

Nº7

OTOÑO 2022

REVISTA

de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

ISSN 2796-8642

<https://revistaecae.ptn.gob.ar/>



ecae

Escuela del Cuerpo de
Abogados y Abogadas del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

N^o7

OTOÑO 2022

REVISTA
de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

ISSN 2796-8642

<https://revistaecae.ptn.gob.ar/>



Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado
de la Procuración del Tesoro de la Nación

Defensa 119 8°- C1065AAA
Buenos Aires, Argentina
Tel. +54 11 4331-2712/14/20
C. e.: revistaecae@ptn.gob.ar



REVISTA
de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO
Revista de la ECAE Versión digital
ISSN 2796-8642
Registro DNDA en trámite.

Licencia Creative Commons



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina
(CC BY-NC-ND 2.5 AR)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

AUTORIDADES

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

DR. ALBERTO A. FERNÁNDEZ

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

DR. MARTÍN IGNACIO SORIA

PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN

DR. CARLOS ALBERTO ZANNINI

SUBPROCURADORES DEL TESORO DE LA NACIÓN

DR. HORACIO DIEZ

DR. SEBASTIÁN SOLER

DIRECTOR DE LA ECAE

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO

SUBDIRECTOR DE LA ECAE

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO (ECAE)
gcroxatto@ptn.gob.ar

EDITOR EJECUTIVO

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL (ECAE)
pcabral@ptn.gob.ar

SECRETARIO DE REDACCIÓN

DR. JOSÉ IGNACIO LÓPEZ (UNLP)
joseignaciolopez8@gmail.com

EDITORES ASOCIADOS

PROF. JULIA CONTRERAS (ECAE)
jecontreras@ptn.gob.ar

DRA. AGUSTINA IGLESIAS SKULJ (ECAE)
aiglesias@ptn.gob.ar

DRA. AYELÉN TOMASINI (ECAE)
atomasini@ptn.gob.ar

DR. ALEJANDRO ANANIA (UBA)
alejandroanania@gmail.com

DR. HORACIO GOETT (ECAE)
hgoett@ptn.gob.ar

DRA. VIOLETA PAULERO (ECAE)
vpaulero@ptn.gob.ar

EDITORES DIGITALES

DRA. GRACIELA ETCHETTO (ECAE)
ggetchetto@ptn.gob.ar

DIRECCIÓN PEDAGÓGICA

LIC. GABRIEL BRENER (ECAE)
kimbrena@gmail.com

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

LIC. PAULA SÁNCHEZ
psanchez@ptn.gob.ar



CONSEJO EDITORIAL

Prof. Robert Alexy

Universidad Christian-Albrechts de Kiel. Alemania

Prof. Alberto Filipi

Universidad de Roma. Italia

Prof. Víctor Abramovich

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Eugenio Raúl Zaffaron

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Raúl Gustavo Ferreyra

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Patricio Sammartino

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Isaac Damsky

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Carlos Aymerich

Universidad de A Coruña. España

Prof. Pablo Gutiérrez Colantuono

Universidad Nacional del Comahue. Argentina

Prof. Gabriela Stortoni

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Analía Elíades

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Graciana Peñafort

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Carlos Raimundi

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Jimena Zicavo

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Nicolás Cendoya

Universidad de la República. Uruguay

Prof. Rafael Valim

Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Brasil

Prof. Olivia Blanca Capcha Reymundo

Universidad San Marco. Perú

Prof. Sara Spuntarelli

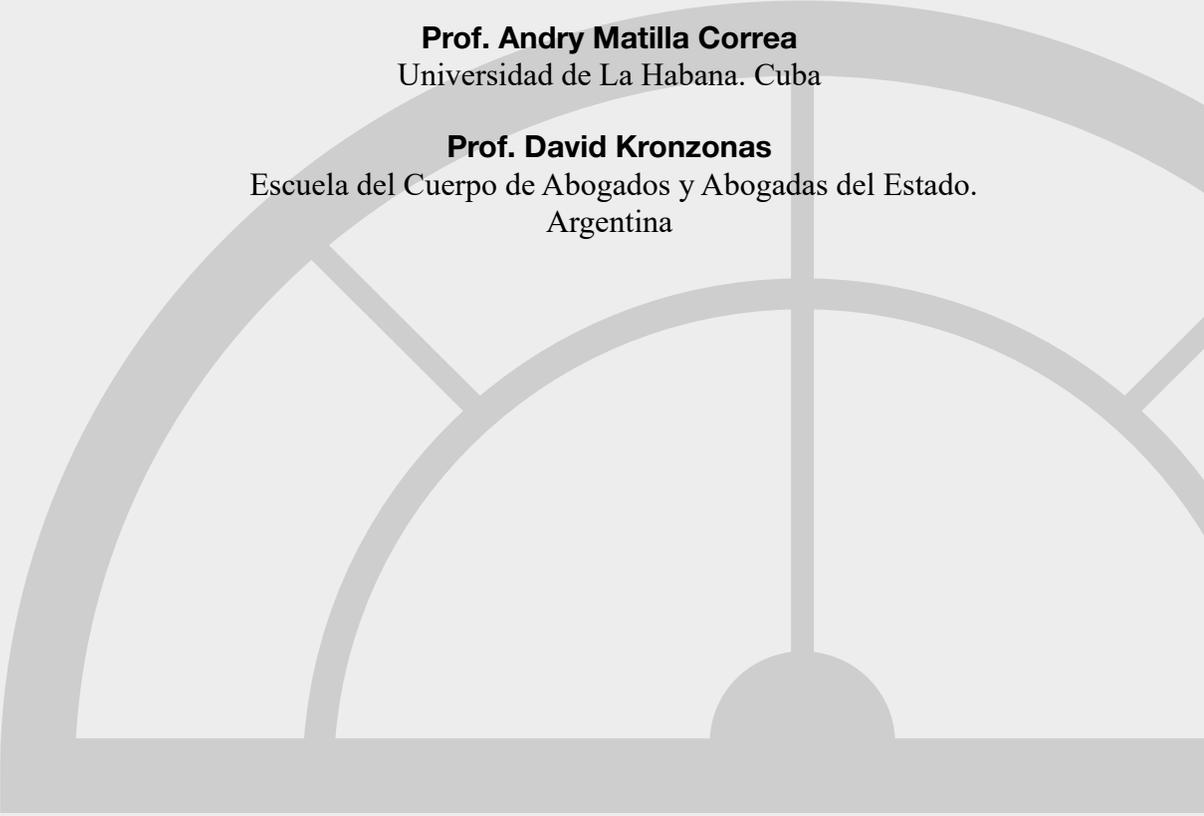
Universidad de Camerino. Italia

Prof. Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana. Cuba

Prof. David Kronzonas

Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado.
Argentina



ÍNDICE

EDITORIAL	13		
Hablar Sin Eufemismos	15		
<i>Guido Leonardo Croxatto</i>			
DOCTRINA	23		
Principio de Legalidad (Segunda y última Parte)	25		
<i>Marcelo José Schreginger</i>			
Bloques Regionales y Grandes Espacios. Perspectiva Nacional frente al modelo globalizador	84		
<i>Marilina Miceli</i>			
Compliance e Integridad o el valor de lo Público como herramientas para la lucha contra la corrupción. Reflexiones desde la Perspectiva Argentina	100		
<i>Gabriela Andrea Stortoni</i>			
Extinción del Acto Administrativo vs. Cesación de los efectos del Acto Administrativo: Disquisiciones conceptuales al respecto y cómo impacta el instituto de la “reincidencia” en esta diferenciación	124		
<i>Tomás Villaflor</i>			
Cannabis Medicinal: Una mirada desde los Derechos Humanos	134		
<i>Luca Gastón del Valle</i>			
Algunos aportes acerca del Desarrollo del Derecho de la Seguridad Social (1904-2004)	152		
<i>Walter F. Carnota</i>			
La Sustancialidad Democrática.....	168		
<i>Silvio Omar Massaro</i>			
		Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC): Su carácter de Servicio Público esencial y estratégico en competencia.....	190
		<i>Por Analía Eliades</i>	
		Los Principios generales del Derecho Administrativo de la subsidiariedad a la solidaridad	216
		<i>Pablo Octavio Cabral</i>	
		INVESTIGACIONES	257
		El Sistema disciplinario militar, según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Construcción de un marco teórico acorde a los Derechos Humanos. (Segunda Parte: Propuesta de modelo de Sistema Disciplinario Militar)	259
		<i>Ariel Panzini</i>	
		El Decreto 239/21: La investigación del endeudamiento con el Fondo Monetario Internacional desde el rol del Estado	296
		<i>Marcelo A. Maisonnave</i>	
		COMENTARIO JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES	313
		Estabilidad impropia en el Empleo Público regido por la Ley de contrato de trabajo exámen del fallo Madorran. Citas jurisprudenciales. Instrucción PTN.....	315
		<i>Diego Martín Teglia</i>	
		Control judicial de la Actividad Administrativa mediante procesos colectivos: estudio del caso “cepis”	328
		<i>Francisco Verbic</i>	



OPINIÓN	367
¿Por qué no es conocida la ECAE en las universidades Públicas Nacionales?	369
<i>Eugenio Ardití Ramos</i>	
La Abogacía Pública y Estatal frente al Estado Terrorista Argentino	376
<i>Guillermo Díaz Martínez</i>	
 PRODUCCIÓN ACADÉMICA	 385
Palabras de apertura del segundo año de la cohorte 2021 2022 de la maestría en abogacía del estado	387
<i>Patricio M. E. Sammartino</i>	
Palabras de apertura del segundo año de la cohorte 2021 2022 de la maestría en abogacía del estado	392
<i>Gabriela Andrea Stortoni</i>	
Palabras de apertura del segundo año de la cohorte 2021 2022 de la maestría en abogacía del estado	396
<i>Guido Croxatto</i>	
Palabras de apertura del segundo año de la cohorte 2021 2022 de la maestría en abogacía del estado	406
<i>David Kronzonas</i>	
Palabras de apertura del segundo año de la cohorte 2021 2022 de la maestría en abogacía del estado	410
<i>Hugo Torres</i>	
 TESIS	 419
Presunción de Remuneratividad	420
<i>Lucía Magalí Rozenberg</i>	



EDITORIAL

GUIDO LEONARDO CROXATTO

HABLAR SIN EUFEMISMOS

GUIDO LEONARDO CROXATTO¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 15-22

¿Cómo tipificar los crímenes que conducen al subdesarrollo?

Con esta pregunta iniciamos una conferencia en la ECAE a cargo de Eugenio Raul Zaffaroni, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia la Nación Argentina. Zaffaroni ha advertido muchas veces que el poder punitivo, además de informal, es estructuralmente selectivo, no dirigiendo nunca su atención sobre los criminales de guante blanco. Si el poder punitivo es estructuralmente selectivo, y las cárceles están llenas de pobres, entonces el ejercicio penal regional casi siempre violenta la constitución de manera directa, porque se incumple desde el vamos un postulado básico de la modernidad: la igualdad ante la ley. Invertir esta selectividad es un gran desafío para los Estados de América Latina, más acostumbrados a encarcelar y a criminalizar la pobreza, consecuencia de otra criminalidad que no vemos. Los grandes crímenes financieros que provocan hambre, dolor y subdesarrollo en nuestros países, no son nunca criminalizados. Los tribunales penales económicos rara vez sentencian o aplican multas. Ni siquiera son percibidos como crímenes. Son parte de una lógica de funcionamiento de mercado. La pobreza de las mayorías se naturaliza como parte de las “reglas de juego”. Se habla cada vez menos de seguridad social. Solo se habla de la seguridad jurídica de las inversiones o de “seguridad” a secas, naturalizando (y dando por descontado) el recorte de una idea. Se recorta el concepto de seguridad (que nace en el plano internacional, no para el plano interno, por eso es un

1 Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado y Director de esta Revista.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

contrasentido teórico la doctrina de la seguridad “nacional”) a una sola de sus caras. Se empobrece así nuestro lenguaje, empobreciendo nuestra discusión institucional y jurídica. Se pide “seguridad”. Pero seguridad es seguridad social, alimentaria, etc. Se va perdiendo de vista que lo esencial en materia de seguridad –internacional o local– no es la punición (también en el plano interno, la seguridad arranca con la socialización inclusiva, no reprimiendo las consecuencias de la marginalidad masiva): es la cooperación entre países. Sólo así se constituye una sociedad más “segura”. Cooperando. Incluyendo. Integrando. Reconociendo –y no recortando– derechos y garantías.

Parece insólito que en una sociedad donde la mitad de la población es pobre y revuelve la basura para vivir, se diga (se repita, y se instale) encima que el gran problema de la “seguridad” es el exceso de “garantías”, que el gran problema es el “garantismo”. Hay que salir de este contrasentido vergonzante pero tan instalado en una sociedad empobrecida que pide más “seguridad” sin asumir que no hay comida ni techo para muchos. 11 millones de argentinos comen en comedores populares. Un número atroz para uno de los principales productores de alimentos del mundo. Millones de argentinos no tienen pues “garantizado” ni lo básico. Si hay algo que en la Argentina no sobra son garantías. Tal vez en Dinamarca sobre “garantismo”, y tampoco (por eso tienen mayores tasas de “seguridad”). Pero en Argentina no sobran “garantías”. No sobra nada. Tampoco “garantismo”. La única manera de construir una sociedad más segura es reconociendo cada vez más garantías y derechos. No recortando los pocos que existen. El garantismo no puede ser una mala palabra.

Las universidades públicas argentinas tienen, con honrosas excepciones, una impronta liberal. Eurocéntrica. Que mira a la “civilización” y piensa que nuestros países son “incultos” y están llenos de “atraso”. Esta mirada despectiva sobre nuestras naciones (pienso en Radiografía de la Pampa, de Martínez Estrada) es parte de un discurso colonizador que sirve para la depredación económica y financiera, la fuga de recursos y la no defensa de nuestros intereses y nuestra soberanía. La ECAE entrena a los abogados para hacer la tarea que hoy no se está haciendo: defender los intereses de la Nación. En la ECAE se forman los abogados del Estado que van a llevar adelante nada menos que la defensa de los intereses nacionales, del Estado y de todos los argentinos. Esta tarea –porque los abogados del Estado más que un trabajo tenemos una tarea– requiere de un marco teórico preciso y de una teoría del Estado clara que no siempre tenemos.

Nuestra tarea requiere de una justificación. Necesita argumentos.

De los trabajos presentes en este número me resulta particularmente interesante el artículo breve del estudiante de abogacía Eugenio Ardití Ramos, nieto del célebre historiador revisionista (uno de los oradores en el entierro de Manuel Ugarte, cuyos restos fueron repatriados con su ayuda²), que comienza con una pregunta para nada menor: “¿Por qué no es conocida la ECAE en las universidades públicas nacionales?”³. Ese desconocimiento acerca de la ECAE, el lugar donde se forman los abogados que defienden a la Argentina, en las facultades de derecho nacionales (que debieran tener en ese trabajo su eje o uno de sus pilares), no es casual. No es un accidente. Es revelador de la forma en que se piensa (aun hoy) el ejercicio de la profesión del abogado. No se nos forma ni se nos formó nunca para defender los intereses del Estado ni el bienestar de la Nación (latinoamericana⁴). No es prioridad. No se nos forma con una mirada fuerte sobre lo público. Al contrario. Se evita esa mirada latinoamericanista de rescate de lo público, de los intereses locales: se forman profesionales más consustanciados con la historia (y los intereses) de Europa (se le otorga a esta formación desconectada de nuestras realidades sociales el nombre de “técnico”, se pondera esa formación como “neutral”) que con la cruda historia latinoamericana, aún por escribirse y donde los y las abogadas –en la medida en que se formen para defender los intereses (tantas veces vapuleados) de la Nación–

2 Abelardo Ramos, J. La Nación Inconclusa. De las Repúblicas Insulares a la Patria Grande. Ed. De la Plaza. Buenos Aires. 1994.

3 También merece destacarse el escrito de Hugo Torres, Breve semblanza de una Maestría, que cuenta con precisión emotiva la forma en que la Maestría en Abogacía Pública, que existía en la Procuración del Tesoro de la Nación, fue dada de baja, desmantelada, dejando a los abogados y abogadas en un limbo. Fue el impulso de estos abogados, que trabajaron juntos en tiempos oscuros, el que permitió recuperar esa Maestría, que en la actualidad volvió a dictarse. Parece un contrasentido que la Escuela que tiene por misión formar a los abogados del Estado “discontinúe” la única maestría que existía para capacitar a esos abogados. De esta forma, con esta “discontinuidad”, se buscaba “tercerizar” en universidades privadas la formación del servicio jurídico, sirviendo, naturalmente, a otros intereses, donde el predominio no lo juega la Nación. No lo juega el Estado. Por eso la Maestría fue “discontinuada”.

4 El título original del libro célebre de Jorge Abelardo Ramos, Historia de la Nación Latinoamericana, iba a llamarse (y en una sola edición se llamó) en realidad Latinomaria, un país, título mucho más firme que el que finalmente los editores y el propio autor, embajador en México del menemismo (cuyas cartas sobre el ser nacional acaban de editarse), terminaron eligiendo.

tienen un importante rol que jugar. La meta de la ECAE es que la abogacía pública vuelva a ser el eje de la profesión. La abogacía es pública por definición. No es la abogacía pública la que necesita una justificación. Al contrario. (Se la estigmatiza tanto por eso, cuando es ella la única que no necesitaría exponer sus presupuestos, lo común es la base del Derecho, es la base del Estado, es la base de la enseñanza universitaria). Es la abogacía que no prioriza los intereses colectivos, comunitarios, y se centra en la privatización, y en los intereses no comunes, la que necesita justificar su idea de la “justicia”, si es que la tiene⁵.

Hoy se habla mucho de “teorías” de la Justicia. La justicia se teoriza pero no se practica. ¿De qué manera se forma a los abogados en nuestro país? Es una pregunta importante que no siempre nos hacemos. Se supone (o se decía) que los abogados nos formamos sobre todo para defender la “Justicia”, pero no siempre profundizamos o explicamos todo lo que hay detrás de esa palabra. Qué significado concreto tiene hoy para nosotros. ¿Tiene alguno? Esta pregunta antes era el corazón de la carrera de abogacía. Todos empezamos a estudiar derecho porque creíamos que a través del derecho podíamos construir un mundo mejor o un mundo poco menos injusto. Hoy la pre-

5 Hay conceptos que damos por sentado pero requerirían cierta justificación. La universidad –como la abogacía– es pública (y universal..., y es común) por definición. Decir universidad “pública” (cuando es universitaria porque es de acceso universal, porque penetra todo un “universo” en sus pasillos) es en rigor una redundancia que repetimos porque la privatización ha impuesto su lenguaje y su lógica (de “mercado” en la educación misma, el mercado nos forma, el “mercado” nos moldea, nos educa). El contrasentido –instalado– es la universidad “privada” (un espacio “universitario” que no es en realidad “Universal”, que no es para todos, que no es “universitario”, no representa a ningún “universo”, sino a un sector, a menudo privilegiado y muy homogéneo). Del mismo modo que la universidad, la abogacía es pública por definición (sólo así se tiende a la justicia). Todo esto se resume en la idea de Estado. Lo que requiere una mayor precisión es la justicia privada, la abogacía privada, la privatización del Derecho (privado), (arbitration, etc), la universidad privada, el comercio como idea previa (individualista) a lo común que representa el Estado. Mecanismos con los que la lógica mercantil se impone poco a poco a la lógica pública del Estado constitucional de Derecho, con el funcionamiento público de los tribunales de Justicia. Poco a poco se reemplaza la acción pública de los tribunales de justicia (la idea de justicia solo se entiende desde lo común, desde la voluntad general), por los acuerdos privados, entre “privados”. La idea misma de “justicia” (remite a lo común, base de lo público) va desapareciendo ante el avance de la privatización de esferas jurídicas y académicas. El Derecho va perdiendo espacio. Por eso hace falta una teoría de lo común en una democracia liberal.

gunta por la “justicia” parece haberse corrido de las aulas de derecho a las aulas de filosofía. Parece una pregunta que le queda demasiado “grande” al Derecho. Muy grande para los abogados. Una pregunta “metafísica” (de “teoría”, ahora hay “teorías” de la Justicia) que ya no se hacen los abogados rasos, sino los especialistas en filosofía moral, los doctores en seminarios particulares en universidades del primer mundo, en encuentros elegantes, académicos. Los abogados comunes, los abogados a secas, debíamos recuperar esa pregunta. Sin ella, nuestra profesión no tiene sentido. No tiene horizonte. Somos autómatas que ponen sellos. Parece una pregunta “abstracta” de los que hacen filosofía, y no ya una pregunta “concreta” de los que hacen derecho.

¿Por qué hay tan poco conocimiento en la facultad de derecho de la UBA sobre la existencia y misión misma de la ECAE? ¿Qué nos dice este total desconocimiento sobre la perspectiva “profesional” que se tiende a nuestros futuros abogados? ¿Hacia donde se los conduce? qué tipo de “trabajo” se espera de ellos? No uno vinculado a la defensa de los intereses de la Nación, seguramente. No se dirige al derecho público, sino al derecho privado, corporativo. No se prioriza lo social. La mirada liberal, eurocéntrica, es funcional al subdesarrollo y el atrasado. La ECAE combate esos flagelos formando abogados comprometidos con la defensa del interés público. Y para esa formación uno de los primeros pasos es romper una visión eurocéntrica y colonizada del propio Derecho. La forma en que se enseña abogacía en muchas facultades es una mirada que no ofrece ningún compromiso con la historia de saqueo que han vivido –y en buena medida aún viven– nuestros países. Por eso la historia del derecho y la filosofía (y el derecho político como campo) desaparecen poco a poco de los programas de estudio, dejando en su lugar estudios más formales, como lógica jurídica, y técnicos, como Law and Economics. Lo mismo que se enseña en Estados Unidos y en Europa. Pero no somos ni Estados Unidos ni Europa. Pequeño detalle.

Pero repitamos: ¿Qué nos dice que en la UBA no se conozca la ECAE? Nos indica que se forma a los futuros abogados no para defender los intereses de la nación, sino sobre todo para otra cosa: para hacer (buenos) negocios privados, defender empresas, litigar contra el Estado, desarrollarse lejos de América Latina, favorecer sectores que son a su vez funcionales a los centros de poder económico (Europa y EEUU) que son los que definen los modelos de educación que se reproducen luego aquí, en América Latina, con estos

otros “intereses” de fondo, que determinan a fuego la mirada con que los y las abogadas se forman y piensan su “profesión” liberal. Formar abogados sin una mirada consustanciada, sin conocimiento de historia, sin “teorías del Estado” contextualizada, es formar abogados sin un marco teórico, es formar abogados que no saben luego defender los intereses de su propio suelo. Su propio país. O incluso cuando quieren, no saben –y no pueden- hacerlo. Ese es uno de los secretos liberales de nuestra “formación” (o deformación) profesional. El Derecho es el que se deforma. Se deshumaniza. Se vuelve “técnico”⁶. Se vuelve neutral. Una “neutralidad” tramposa.

En la ECAE pensamos que los y las abogadas del Estado no pueden no tener una teoría del Estado. Que la base de su formación, el suelo de su formación, debe ser esa teoría. Esa teoría puede ser una teoría feminista del Estado, una teoría latinoamericanista del Estado, una teoría que marque la importancia de combatir el subdesarrollo, el hambre, la marginalidad. Sin esa teoría es muy difícil que los abogados puedan llevar adelante una tarea firme y comprometida en defensa de los intereses nacionales. Es muy difícil que puedan frenar el saqueo⁷.

6 Dice Eduardo Ignacio Llorente, presidente de Las Tres Virgenes, (quien, como los dueños de Puerto Bemberg, en Misiones, son legítimos herederos de miles de hectáreas “donadas” por Julio Argentino Roca en el sur) “Siempre sostuve la importancia del estudio y difusión de las lenguas clásicas, sobre todo del griego y el latín. Y además enfatizar que no están “muertas” ni por asomo, sino que permanecen muy vivas, pero “ocultas y desterradas” en este tiempo de perdición”. No se equivocan. Los grandes terratenientes argentinos suelen ponderar y embanderarse en la cultura “clásica”. Se percibe el estudio de griego y de latín (como derecho romano o historia del derecho), como materias “que sobran”, como una “pérdida de tiempo” en la formación del abogado. En esto tienen razón. Todos son hoy “técnicos”. Pero a esta lectura hay que sumarle el estudio y difusión de las lenguas nativas, de las culturas autóctonas (que también fueron ocultas y desterradas en serio), que fueron asesinadas. Que tampoco están “muertas”. Es probable que en nuestro país alguna vez haya que hacer un mapa crítico de las tierras robadas por Roca a los pueblos originarios y pensar la legitimidad de la transmisión generacional de ese saqueo. Esas lenguas y culturas fueron saqueadas, ocultas, perseguidas y desterradas. No parece legítimo. Aunque es parte de la cultura “clásica”. De la elegancia europea con la que los estancieros –como Bemberg- suelen adornar sus mansiones y palacios, que todavía conservan sótanos donde los empleados eran castigados.

7 Resulta curioso que en nuestro país a cualquier funcionario que defiende la soberanía o los intereses argentinos, se lo cuestione en los medios por eso, que es básicamente hacer bien su trabajo. Es una obligación de cualquier

Nuestras universidades no siempre tienen un compromiso marcado con lo nacional. Muchas veces siguen enfocadas en reproducir en América latina lo que se enseña en Europa, como si aprender Derecho en Argentina fuera como aprender Derecho en París. Pero Europa no es América Latina y la formación de nuestros abogados no puede seguir sosteniendo esta “desconexión” (lo cual significa financiar con nuestra displicencia las asimetrías que nos atenazan como sociedad). Mucho menos a la hora de defender la “justicia”. Nuestros abogados no siempre están consustanciados con la historia del suelo en el que habitan. La mirada de la universidad colonial no siempre ha cambiado. Muchos abogados se forman para ser abogados de empresa, o para viajar a estudiar en y para los intereses de los centros de poder económico y académico (cara y cruz) de Europa o Estados Unidos. No se forman -en general- para conocer -y menos aún para defender- los intereses del suelo en el que habitan. No conocen siquiera la historia de América Latina: no se los forma ni se los educa para eso. Y eso tampoco es casual. Tiene sus razones que vale la pena explorar. Porque detrás de esa carencia, de esos agujeros en la formación de nuestros abogados, se cimientan luego la expoliación, el atraso, el robo, la criminalidad sofisticada⁸. Por eso la Escuela donde

funcionario en cualquier país serio del mundo defender los intereses de su Nación. Es su primer -y tal vez su único- compromiso. Solo en la Argentina se cuestiona a los funcionarios que defienden la soberanía. En cualquier país serio esto sería una obligación. No es casual, en el mismo sentido, que no haya tanto conocimiento sobre la ECAE en muchas universidades de “prestigio”. No es casual esa “desconexión” o falta de vínculo: expresa intereses concretos, que se materializan en la forma en que se enseña el Derecho: en forma anti nacional. No nacional. Para impugnar cualquier atisbo de soberanía. Se quiere delegados coloniales.

8 El comité de la ECAE acaba de apobar (Marzo 2022) la Especialización en delitos económicos complejos y prevención de lavado de activos, posgrado producto de un convenio tripartito firmado en diciembre pasado entre la PTN, la AFIP y la UIF, para capacitar a abogadas y abogados de los tres organismos en el combate a la criminalidad económica y financiera más sofisticada, generando herramientas que permitan consolidar la defensa de los intereses públicos. Como con la Maestría en Abogacía Pública, recuperada en 2020, todos estos programas en rigor ya existían en la Escuela y fueron uno a uno dados de baja, desmantelados, privando a los y las abogadas del Estado argentino de un espacio de formación crítico orientado a la defensa del Estado y del interés público, lo cual estuvo muy lejos de representar un accidente. Todos estos programas ya existían, y fueron desapareciendo uno por uno porque en una política de vaciamiento del Estado, nadie quería abogados preparados para resistir y defender el interés público nacional. Querían un cuerpo no formado.

se forman y preparan nada menos que los y las abogadas que van a defender los intereses de la Nación argentina, que tienen en sus manos semejante tarea, estaba en un estado de semi abandono. Porque capacitar a los abogados no era una prioridad para quienes buscaban rifar los recursos nacionales. No lo era defender el interés de la Nación. Hoy sí se busca formar bajo esa consigna básica a los abogados que ingresan al Cuerpo: nos capacitamos para defender a la Nación.

¿Cómo se forma a los abogados en nuestro país? bajo qué presupuestos? Arditi Ramos profundiza, expone, deja “picando”, como se dice en el fútbol, esta pregunta. Yo agregaría: ¿para qué? ¿Para qué se forma y prepara hoy a los abogados argentinos? ¿Para defender (o no) el interés público?

Podríamos preguntarnos también por qué no es conocida no solo la ECAE; sino tampoco la Procuración del Tesoro de la Nación, que a menudo es confundida con la Procuración General de la Nación en los medios. No es casual ese desconocimiento: es revelador de un Estado que no siempre estuvo bien defendido o bien asesorado. Por eso nuestra sociedad no sabe cuál es o qué rol cumple un Procurador del Tesoro: porque no está acostumbrada a tener uno⁹.

Estos programas eran una amenaza para cualquiera que quisiera hipotecar los recursos de la Nación, rifar los intereses del Estado. Hoy vuelven porque la decisión institucional es volver a jerarquizar la abogacía pública y volver a defender los intereses de la Nación. Para eso hacen falta abogados y abogadas bien preparados, que cuenten con las herramientas que realmente necesitan y no tienen. La Escuela no fue cerrada, lo que pasó con ella fue aun peor: fue desmantalada desde adentro, enflaqueciendo y empobreciendo poco a poco los programas que ya existían, como una forma de ir vaciando la Escuela y vaciando la formación de los abogados que elegían ir allí a formarse. Así se terminaba tercerizando la formación del servicio jurídico de la Nación. Esta gestión terminó con esta tercerización implícita, tácita, recuperando el peso y prestigio de esta Escuela.

⁹ En el Estado plurinacional de Bolivia, por ejemplo, la Procuración del Tesoro nace con el gobierno de Evo Morales, lo cual está bien lejos de representar un accidente: bajo ese gobierno hubo una fuerte impronta de defensa de los recursos nacionales.



DOCTRINA

MARCELO JOSÉ SCHREGINGER

MARILINA MICELI

GABRIELA ANDREA STORTONI

TOMÁS VILLAFLOR

LUCA GASTÓN DEL VALLE

WALTER F. CARNOTA

SILVIO OMAR MASSARO

ANALÍA ELIADES

PABLO CABRAL

PRINCIPIO DE LEGALIDAD (SEGUNDA Y ÚLTIMA PARTE)¹

MARCELO JOSÉ SCHREGINGER²
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 25-82. Recibido 12/8/2021 - Aceptado 1/9/2021

Sumario: En la primera parte se abordó la conceptualización del principio de legalidad como regla social de convivencia que pone límites al posible actuar arbitrario de los integrantes de una comunidad, quienes deben respetar las reglas impuestas previamente por ellos mismos o por una autoridad que ejerce poder sobre ellos. Se aborda la consagración del principio de legalidad en nuestra CN, la que establece en su artículo 19 una regla de clausura general. Se explicitan las facetas formal y substancial del principio de legalidad. En esta segunda entrega se examina la faceta substantiva o material, por la cual se garantiza el respeto al acuerdo de convivencia social con el objetivo fundamental de brindar previsibilidad, certeza y seguridad jurídica al actuar, asimismo la protección a los derechos humanos fundamentales básicos y, en constituciones como la Nacional, el derecho a procurar o exigir, determinados derechos fundamentales para el desarrollo humano digno. Asimismo, se trata la recepción del principio de legalidad por la Convención Americana de Derechos Humanos y, finalmente, la previsión en el artículo 75 inciso 32 de la CN de una cláusula constitucional de “cierre” o de supremacía de la ley como fuente normativa para regular todos los cometidos estatales.

1 Segunda y última parte del trabajo publicado en el número anterior..

2 UNLP-Especialista en Derecho Administrativo, docente, autor de diversas publicaciones, actualmente es Juez de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

Palabras clave: Derecho Constitucional; Principio de Legalidad; Derechos Humanos; Federalismo.

Abstract: In the first part, the conceptualization of the principle of legality as a social rule of coexistence that limits the possible arbitrary action of the members of a community, who must respect the rules previously imposed by themselves or by an authority that exercises power, was addressed. The consecration of the principle of legality in our National Constitution is addressed, which establishes in its article 19 a general closure rule. The formal and substantial facets of the principle of legality are made explicit.

In this second installment, the substantive or material facet is examined, by which respect for the social coexistence agreement is guaranteed with the fundamental objective of providing predictability, certainty and legal security when acting, also the protection of basic fundamental human rights and, In constitutions such as the National, the right to seek or demand certain fundamental rights for dignified human development. Likewise, it deals with the reception of the principle of legality by the American Convention on Human Rights and, finally, the provision in article 75, paragraph 32 of the CN of a constitutional clause of “closure” or supremacy.

Key words: constitutional law; principle of legality; human rights, federalism.

V. SUBSTANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad no solo constituye una técnica para establecer un orden, prelación y armonización normativa sino que, de acuerdo a su faceta material o sustantiva, es el que garantiza el respeto al acuerdo de convivencia social, con el objetivo fundamental de brindar previsibilidad, certeza y seguridad jurídica al actuar y protección a los derechos humanos fundamentales básicos, y en constituciones como la Nacional, el derecho a procurar o exigir, determinados derechos fundamentales para el desarrollo humano digno.

Por ello nuestra carta fundamental consagra principios, derechos y garantías de distinta índole, que definen, sirven de base estructural o delimitan el desarrollo normativo reglamentario de aquellos.

Desde el punto de vista substancial el principio de legalidad asig-

na al Congreso - como representante de la voluntad popular - la regulación de los derechos y garantías esenciales para la convivencia y el desarrollo de los habitantes del país, como también la asignación de atribuciones a los diferentes estamentos del poder en los distintos niveles de coordinación en la organización política del estado.

Es así que en nuestra Constitución Nacional vamos a encontrar no solo cláusulas destinadas a reconocer potestad reglamentaria de derechos individuales y colectivos de sus habitantes y políticos de sus ciudadanos, sino también un grupo de normas que asignan a los legisladores competencia para alterar el orden constitucional de atribución de poder –inclusive para modificar la propia Constitución –, otras que le asignan potestad para reglar cuestiones vinculadas con la organización nacional y la de las jurisdicciones locales, en algunos casos la Carta federal asigna competencia para tomar decisiones concretas que constituyen actos de gobierno que, en su aplicación efectiva pueden requerir el dictado de leyes en sentido formal³.

Este entramado normativo substancial, no solo surge del artículo 75 de la Constitución Nacional - destinado a enunciar las atribuciones del Congreso - sino que la atribución competencial a la Legislatura fue asignada en forma específica por diversas normas que encontramos tanto en la primera (Declaraciones, derechos y garantías) como en la segunda parte (Autoridades de la Nación) de la Carta Fundamental y que podemos clasificar de la manera siguiente:

a).- Cláusulas que atribuyen al Congreso potestad para modificar la estructura de poder en el Estado federal:

1.- El artículo 30 de la Constitución Nacional establece el mecanismo para decidir la necesidad de reforma de la propia Constitución.

2.- La Constitución - a partir de la reforma - atribuye competencia al Congreso para que, bajo los parámetros en ella establecida, regla-

3 GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”; t.I., op. cit., cap. VII-11, El autor sujeta toda la actividad de la administración a la regulación normativa del Congreso en los siguientes términos: “Lo mismo ocurre con los llamados ‘actos de gobierno’ o ‘actos políticos,’ ‘institucionales,’ etc.: todos los actos del Poder Ejecutivo, incluso los dictados en ejercicio de una atribución otorgada en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, están sujetos a regulación legislativa. Si esta materia pudo dar lugar a distintas opiniones en el anterior texto constitucional, ello no parece ya posible ante la fuerte limitación de la facultad reglamentaria que impone la nueva Constitución de 1994, tanto en su texto como en su espíritu”.

mente el régimen electoral (artículo 37) y de partidos políticos (artículo 38), lo que determinará la forma de participación representativa de los ciudadanos de la república, pero ya en la Constitución fundacional de 1853/60 prescribía el deber del congreso de dictar una ley general para reglamentar la elección directa de los Diputados la que debe respetar las pautas de cantidad y elección previstas en el cuerpo de la Constitución. El artículo 38 establece los principios a respetar para que los ciudadanos puedan elegir y ser elegidos en los organismos de poder, el artículo 37 para el reconocimiento y regulación de los partidos políticos, ambos regímenes deben ser dictados bajo estricta reserva legal conforme lo dispone el artículo 99 inciso 3 y de acuerdo a lo previsto en el artículo 77, sancionados con una mayoría agravada.

3.- La regulación de los sistemas de democracia semidirecta previstos en los artículos 39⁴ (Iniciativa popular) y 40 (consulta popular)⁵ generan una modulación de la dinámica del poder, ya que los ciudadanos, sobre todo en el caso de la consulta popular de ser vinculante, participan en la conformación de la voluntad decisoria para provocar un cambio normativo en el ordenamiento jurídico. En ambos mecanismos los proyectos producto de la iniciativa o de la consulta generadas, deben tener comienzo en la Cámara de Diputados, ello por ser la que representa a la población en su conjunto.

4.- El artículo 75 inciso 21, estipula que deberá admitir o desechar los motivos de dimisión del Presidente y declarar, en caso de proceder, a una nueva elección; este inciso se complementa con el artículo 88 y, si bien, el acto institucional⁶ de aceptación o rechazo no tiene carácter normativo, en cambio sí lo tiene el mecanismo sucesorio que

4 Reglamentado por Ley 24747, sancionada el 27 de noviembre de 1996, promulgada de hecho el 19 de diciembre de 1996 y publicada en BO N° 28550 del 24 de diciembre de 1996.

5 Reglamentado por Ley 25432. Sancionada el 23 de mayo de 2001, promulgada de hecho el 21 de junio de 2001 y publicada en BO N° 29677 del 27 de junio de 2001.

6 MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", t.II., Abeledo Perrot, Bs. As., 1966, p.757. El acto institucional se vincula a la propia organización y subsistencia del Estado y no incide en forma directa e inmediata en la esfera jurídica del particular o administrado, los que solo pueden verse afectados por actos emitidos como consecuencia de un acto institucional.

establece la legislatura reglamentando al citado artículo 88⁷.

5.- El artículo 75 inciso 22 no solo constitucionaliza determinados tratados de derechos humanos, sino que establece el mecanismo para constitucionalizar otros a futuro.

6.- El artículo 75 inciso 24 establece el mecanismo de aprobación de tratados de integración, en éstos se pueden delegar competencias a organizaciones supraestatales.

7.- De acuerdo al artículo 75 inciso 31 el Congreso es el encargado de declarar la intervención federal de una provincia o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los supuestos previstos en el artículo 6, así también para aprobar o revocar la declarada por el Poder Ejecutivo durante el receso, atribución en cabeza del Presidente prevista en el artículo 99 inciso 20. Las leyes que disponen la intervención no solo contienen el acto institucional declarativo, ya que contienen normas de actuación, instrucciones y plazos⁸.

b).- Cláusulas que atribuyen al Congreso potestad para proverse los medios para cumplir con sus cometidos y para regular y planificar el gasto público:

1.- El artículo 4, junto con los artículos 52 y 75 incisos 1, 2 y 5 atribuyen competencia a la Legislatura para establecer los recursos necesarios para cumplir con sus cometidos. El artículo 75 inciso 8 atribuye al Congreso la determinación anual del cálculo de recursos y fijación del gasto público a través de la ley de presupuesto; El artí-

7 La Ley 20972 (sancionada 11 de julio de 1975, promulgada el 21 de julio de 1975, publicada en BO N° 23202 el 22 de julio de 1975) establece el mecanismo de designación transitoria del cargo de Presidente como también el que debe realizar el Congreso en los términos del artículo 88 de la Constitución Nacional para los casos de vacancia definitiva.

8 Por ejemplo la Ley 25236 de intervención federal a la provincia de Corrientes (sancionada el 16 de diciembre de 1999, promulgada el 16 de diciembre de 1999 y publicada en BO N°29296 del 20 de diciembre de 1999), prorrogada por el Decreto 480/2000 y por la Ley 25343 (sancionada el 11 de octubre de 2000, promulgada parcialmente el 30 de octubre de 2000 y publicada en BO N° 29516 del 1 de noviembre de 2000), en el que se puede constatar la dinámica de la intervención que, en el caso de los miembros del poder judicial fueron puestos en comisión (artículo 3 de la Ley 25236), se estableció un órgano de enjuiciamiento que actuaría durante la intervención (artículo 4 de la Ley 25343), y, para el caso de nombramientos en el poder judicial durante la vigencia de ésta, una vez normalizadas las instituciones provinciales debían ser sometidos al acuerdo del Senado (artículo 2 de la Ley 25343).

culo 74 autoriza a establecer sueldos a legisladores, el artículo 107 a ministros y el artículo 110 a los jueces de la Nación.

2.- El artículo 17, destinado a proteger la propiedad, también consagra la prerrogativa del Estado para obtener bienes y exigir servicios necesarios para cumplir sus cometidos, ya sea a través de contribuciones, la expropiación o servicios personales obligatorios.

3.- El artículo 4 asigna al Congreso atribuciones para contraer empréstitos y operaciones de crédito para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional, dicha prerrogativa es reiterada en forma genérica entre las atribuciones del Congreso en el inciso 4 del artículo 75.

4.- El artículo 75 inciso 7 para regular o acordar el pago de deuda del Estado tanto interna como externa.

5.- El artículo 52 asigna a la legislatura, y exige que se inicien por la Cámara de Diputados⁹, las iniciativas de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas. Como complemento de esta última prerrogativa el artículo 75 inciso 27 atribuye al Congreso competencia para regular las fuerzas armadas, su organización y gobierno, sin perjuicio que el artículo 99 inciso 12 inviste al Presidente de la Nación como el Comandante en Jefe de las mismas.

c).- Cláusulas que atribuyen al Congreso potestad para dictar normas que hacen a la organización nacional en general:

1.- El artículo 3 para la declaración de la Capital Federal y el artículo 75 inciso 30 para dictar la legislación exclusiva correspondiente a las cuestiones relativas a la competencia del gobierno federal.

2.- El artículo 75 inciso 30 atribuye competencia para dictar las normas necesarias para cumplir sus fines específicos en establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Asimismo el inciso 15 - mantenido en la reforma de 1994 - asigna compe-

9 GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación..."; op. cit., t.I., p. 31. La autora señala que ello "...constituye una aplicación del más antiguo y clásico principio de representación democrática en virtud del cual el pueblo no puede ser obligado a pagar tributos o ingresar a las fuerzas armadas para la defensa de la Nación, sin que por medio de sus representantes preste consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones". Por ser la representa proporcionalmente a los habitantes de la nación en general. La Cámara de Diputados es la que representa proporcionalmente a los habitantes de la Nación en general, en cambio la de Senadores representa los intereses de cada jurisdicción local.

tencia para dictar leyes destinadas a regular la actuación gubernamental en los territorios nacionales, siendo el último provincializado el de Tierra del Fuego¹⁰.

10 Cabe destacar que, en un principio en el artículo 1 de la Ley 23775 (sancionada el 26 de abril de 1990 de provincialización del territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur) se había vetado la parte en la que se precisaban los límites de la Provincia (ello por Decreto 905/90 del 10 de mayo de 1990) básicamente por los siguientes fundamentos: "Que sin embargo, la delimitación contenida en el artículo 1º del texto sancionado requiere de mayores precisiones, para adecuarlo al orden jurídico vigente. Que en ese orden de ideas, los límites fijados en la norma precitada podrían generar, involuntariamente, interpretaciones de terceros Estados que no responden a las posiciones sostenidas en la materia por nuestro país". Posteriormente, por Ley 26552 (sancionada el 18 de noviembre de 2009, promulgada de hecho el 9 de diciembre de 2009 y publicada el 11 de diciembre de 2009 en BO N°31799) se incorporó un nuevo párrafo al artículo 1 de la Ley 23775 en el que se precisa la delimitación territorial de la provincia incluyendo a la Antártida e islas del Atlántico Sur.

Sin perjuicio de ello, el artículo 2 de la Ley 23775 estipula que: "En lo que se refiere a la Antártida, Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y demás islas subantárticas, la nueva Provincia queda sujeta a los tratados con potencias extranjeras que celebre el Gobierno federal, para cuya ratificación no será necesario consultar al Gobierno provincial".

Así también la actividad que allí se desarrolla es desplegada por el gobierno federal, estando vigente el decreto ley 18513 (promulgado el 31 de diciembre de 1969 y publicado el 9 de marzo de 1970 que fija la orientación superior para la actividad antártica argentina y establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales para el planeamiento, programación, dirección, ejecución, coordinación y control de dicha actividad, así también el Tratado Antártico ratificado por Ley 15802 (sancionada el 25 de abril de 1961, promulgada el 5 de mayo de 1961 y publicada el 16 de mayo de 1961 en BO N° 19532).

Actualmente por Decreto 368/2018 se constituye con carácter permanente el Comando Conjunto Antártico, señalando en sus primeros considerandos:

"Que la vigencia del sistema del TRATADO ANTÁRTICO genera derechos y obligaciones para sus países miembros, imprimiendo a la Antártida Argentina una peculiar situación política y jurídica.

Que el centro de gravedad de la actividad antártica argentina es la actividad científica y técnica y el mantenimiento de la presencia argentina en el continente antártico, por lo que a ello deberá supeditarse toda otra acción que se lleve a cabo en dicho continente.

Que la ejecución anual de la Campaña Antártica asegura la continuidad en el desarrollo de las actividades científicas, técnicas, logísticas y económicas que permiten a la REPÚBLICA ARGENTINA cumplir con los compromisos derivados del TRATADO ANTÁRTICO, consolidando su prestigio internacional dentro del sistema.

Que el MINISTERIO DE DEFENSA conjuntamente con el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO entiende en la planificación,

3.- El artículo 75 inciso 6 establece que deberá crear y reglamentar el funcionamiento de un banco federal con facultad para emitir moneda, pudiendo crear otros bancos nacionales.

4.- El artículo 75 inciso 13 dispone que le corresponde regular el comercio interno y externo, en este caso complementado con el artículo 75 inciso 1 respecto de su competencia para legislar en materia aduanera y los derechos de importación y exportación mencionados en el artículo 4.

5.- El artículo 75 inciso 10 prevé la atribución del Congreso para regular la libre navegación en los ríos interiores conforme al principio de libertad de circulación consagrado por el artículo 26, habilitar puertos y crear y suprimir aduanas.

6.- El artículo 75 inciso 14 atribuye competencia para crear un correo y regular el funcionamiento de la comunicación postal¹¹, el correo también es mencionado dentro de los recursos de los que dispone el tesoro nacional en el artículo 4 y, a su vez, su regulación normativa se correlaciona con la garantía de inviolabilidad de los papeles privados y correspondencia¹².

7.- El artículo 75 inciso 15 no solo asigna competencia para fijar fronteras, sino que ello incluye la regulación normativa de las zonas y áreas adyacentes¹³. El inciso 16 prevé la regulación de la seguridad fronteriza.

dirección y ejecución de la actividad antártica. ...”

11 La ley de correos es el decreto ley 20216/73 publicado en BO del 23 de marzo de 1973, Ley 23789 de telegramas y cartas documento gratuitos (sancionada el 20 de junio de 1990, promulgada el 24 de julio de 1990 y publicada en BO N° 26936 del 31 de julio de 1990).

Actualmente la comunicación, producto de los continuos avances tecnológicos y la era digital, prevalentemente, se produce a través de otros medios, en este sentido la legislatura ha dictado normas para regularlos, tal el caso de la Ley 27.078 de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (sancionada el 16 de diciembre de 2014, promulgada el 18 de diciembre de 2014 y publicada en el BO N°33034 del 19 de diciembre de 2014), la Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (sancionada el 10 de octubre de 2009, promulgada el 10 de octubre de 2009 y publicada en BO N°31756 el 10 de octubre de 2009).

12 MANILI, Pablo L., “El Correo Nacional” en obra colectiva “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (director), Pablo L. Manili (coordinación), t.III., editorial Hammurabi, Bs. As., 2010, p.528.

13 Actualmente está regulado en el decreto ley 18575/70.

8.- El artículo 75 inciso 28 exige autorización del Congreso para el ingreso de tropas extranjeras a nuestro país, como también para la salida de las nacionales fuera de él, cuestión que ha sido reglamentada por la legislatura¹⁴.

9.- El inciso 75 inciso 25 consagra un acto netamente institucional de naturaleza no normativa, como lo es la autorización para declarar la guerra o hacer la paz, sin perjuicio del carácter normativo de cuestiones derivadas de tales actos¹⁵. El inciso 26 complementa al precedentemente citado al asignar al Congreso atribución no solo para facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias sino también para reglamentar el destino de las presas, cuestión ésta que tiene naturaleza normativa.

d).- Cláusulas que atribuyen al Congreso potestad para desarrollar planes de acción positiva para el progreso del país y lograr equilibrar desigualdades sociales:

1.- El artículo 75 inciso 17, incorporado con la reforma de 1994, no sólo tiene por finalidad el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos originarios en nuestro país, sino que asigna al Congreso el deber de dictar normas de carácter positivo para reglamentar las bases de la cláusula constitucional¹⁶, sin perjuicio de los derechos

14 La Ley 25880 (sancionada el 31 de marzo de 2004, promulgada el 21 de abril de 2004, publicada en BO N° 30386 del 23 de abril de 2004) establece el procedimiento conforme al cual el Poder Ejecutivo debe solicitar al Congreso de la Nación la autorización establecida en el artículo 75 inciso 28 de la Constitución Nacional, para permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y la salida de fuerzas nacionales fuera de él.

15 Tal el caso del reclutamiento de tropas, que constituye una limitación a la libertad de actuar cuando es obligatorio y que, de acuerdo al artículo 52 de nuestra Constitución, requiere expresamente regulación legislativa.

16 Previo a la reforma se dictó la Ley 23302, sancionada el 30 de septiembre de 1985, promulgada de hecho el 8 de noviembre de 1985 y publicada en BO n°25803 del 12 de noviembre de 1985. El artículo 1 expresa su objeto: “Declárase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes”.

Con posterioridad a la reforma constitucional se dictó la Ley 26160, sancionada

que la manda reconoce de por sí a los indígenas y a sus comunidades.

Cabe observar que tanto la CSJN como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han intervenido en procura del cumplimiento de esta cláusula constitucional, recientemente, en Fallos 344:698¹⁷, el Máximo Tribunal Federal en el considerando 14 del voto de la mayoría, señala las razones por las cuales, pese a declararse incompetente, decidió dictar una medida cautelar destinada a proteger derechos fundamentales de las personas involucradas y luego hacer su seguimiento a través de audiencias e informes periódicos. Indica su responsabilidad constitucional de llamar la atención de las autoridades Nacionales y provinciales (en el caso la provincia de Chaco) a fin de que brindar asistencia alimentaria, sanitaria, social y educativa a las comunidades aborígenes, calificando como intolerable el estado en que se encontraban y la carencia de planes y normas sociales para revertir tal situación; calificando como anómica la situación inicial existente al abordar el caso.

La Corte destaca en el considerando 15 de la decisión de la mayoría, que las acciones positivas exigidas por inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional se corresponden con potestades concurrentes entre Nación y provincias y expone que fueron los Estados locales

el 1 de noviembre de 2006, promulgada el 23 de noviembre de 2006 y publicada en BO n°31043 del 29 de noviembre de 2006.

Por el artículo 1 de la ley se declara la emergencia por cuatro años en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes. En su artículo 2 se dispone suspender durante la emergencia la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1. Además, se prescribe que la posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada. Se dispone por el artículo 3 la obligación de realizar de un relevamiento técnico —jurídico— catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas

La emergencia fue prorrogada por la Ley 26554 (B.O. 11/12/2009) hasta el 23 de noviembre de 2013, por Ley 26894 (publicada el 21/10/2013) hasta el 23 de noviembre de 2017 y por Ley 27400 (publicada el 23/11/2017) hasta el 23 de noviembre de 2021.

17 CSJN, sentencia del 8 de abril de 2021 en causa D. 587. XLIII. ORI caratulada “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ Proceso de Conocimiento”, Fallos: 344:698.

quienes se ocuparon en primer término de las cuestiones indígenas, aun legislativamente, reconociendo sus derechos. Observa que, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 5 de la Carta Magna federal, es un deber de las jurisdicciones locales proveer normativas tendientes a garantizar la operatividad de los derechos reconocidos en la cláusula constitucional a los pueblos indígenas. Asimismo nuestro Máximo Tribunal en Fallos 336:2271¹⁸ ha establecido que el ejercicio de las potestades concurrentes de las provincias al normar y reglamentar acciones positivas, en cumplimiento de la cláusula de reconocimiento de derechos a los pueblos originarios, tiene que respetar los estándares mínimos fijados por la legislación federal, los que le servirán de guía sin que las jurisdicciones locales puedan contradecirlos o disminuirlos.

La Corte Suprema de Justicia Nacional ha intervenido en diversos casos marcando las particulares características de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y la protección sobre ella¹⁹

El Máximo Tribunal federal, por mayoría, también ha reconocido el derecho a consulta y participación indígena en la vida pública en pie de igualdad con el resto de la sociedad y de adoptar medidas concretas para intervenir activamente en la definición de políticas que involucran sus intereses²⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha intervenido en defensa de los derechos de los pueblos originarios de nuestro país, así en el caso “Asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) vs.

18 “CSJN, sentencia del 10 de diciembre de 2013 en causa C. 1324. XLVII. REX caratulada “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad, Fallos: 336:2271

19 Tal es el caso de sentencia del 10 de noviembre de 2015 en causa M. 466. XLIX. RHE caratulada “Martínez Pérez, José Luis c/ Palma, Américo y otros s/ medida cautelar s/ casación”, Fallos: 338:1277. En donde la Corte, adhiriendo al dictamen de la Procuración, tuvo en cuenta, para revocar un desalojo cautelar, al artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los artículos 13, 14 y 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, a los artículos 25 y 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y a la Ley nacional 26.160 sobre emergencia respecto de las tierras de los pueblos originarios, ya citada.

20 CSJN, sentencia del 8 de abril de 2021, en causa C. 1490. XLVII. REX caratulada “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/acción de Inconstitucionalidad”, Fallos: 344:441.

Argentina” (2020)²¹

La Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de distintos derechos de 132 comunidades indígenas que habitan 643 mil hectáreas en el departamento Rivadavia, en el Chaco salteño.

La Corte Interamericana encontró al Estado de Argentina responsable por la violación de los derechos a la propiedad comunitaria, a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua de las comunidades indígenas y al derecho a la garantía judicial del plazo razonable.

Analiza los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que prevé el compromiso de los Estados parte de adoptar medidas destinadas a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, contenidos en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, tanto por vía legislativa como por otros medios.

2.- El artículo 75 inciso 18 asigna potestad al Congreso para regular políticas de acción positiva para lograr el desarrollo y prosperidad del país (cláusula que mantiene su redacción conforme a la concepción de la Constitución de 1853/1860), pudiendo otorgar privilegios o estímulos para fomentar la instrucción, la inmigración, el desarrollo de la industria, medios de comunicación y la atracción de capitales tanto nacionales como extranjeros.

Por el artículo 125, concurrentemente, atribuye potestad a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para adoptar acciones positivas en procura del desarrollo y prosperidad de sus jurisdicciones.

3.- El artículo 75 inciso 19, incorporado por la reforma de 1994, amplía los términos del programa enunciado en el inciso 18, con el objeto de profundizar los lineamientos para la adopción de medidas positivas de progreso que conduzcan a un desarrollo humano igualitario, con justicia social y con una distribución territorialmente armónica.

4.- El artículo 75 inciso 23 asigna a la legislatura el deber de dictar

21 Corte IDH, sentencia del 6 de febrero de 2020 en “Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación LHAKA HONHAT (Nuestra tierra) vs. Argentina” (Fente: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_

normas para adoptar medidas de acción positiva que garanticen igualdad real de oportunidades y trato para todos los habitantes, pero en particular para niños²², mujeres²³, ancianos²⁴ y personas con discapaci-

22 La reforma de 1994 incluye dentro de las Convenciones con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 a la Convención sobre los Derechos del Niño. La Ley 26061 regula el Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada de hecho el 21 de octubre 21 de 2005, publicada en BO n° 30767 del 26 de octubre de 2005.

La Ley 27364 tiene por objeto la creación del Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales a fin de garantizar su plena inclusión social y su máximo desarrollo personal y social, fue sancionada el 31 de mayo de 2017, promulgada de hecho el día 22 de junio de 2017, publicada en BO n° 33652 del 26 de junio de 2017. La Ley 27489 crea en el ámbito del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación, el programa “Cédula Escolar Nacional” con el fin de coadyuvar a garantizar la inclusión educativa de las niñas, niños y adolescentes en edad de escolaridad obligatoria y promover los controles sanitarios y/o el plan de vacunación obligatorio respecto de éstos; dicha norma fue sancionada el 12 de diciembre de 2018, promulgada de hecho el 4 de enero de 2019, publicada en BO n° 34029 del 8 de enero de 2019.

23 Encontramos dentro de las Convenciones con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La Ley 24632 aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - “Convención de Belem do Pará”, sancionada el 13 de marzo de 1996, promulgada el 1 de abril de 1996 y publicada en BO N°28370 del 9 de abril de 1996.

La Ley 26485 regula el régimen de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, sancionada el 11 de marzo de 2009, promulgada de hecho el 1 de abril de 2009, publicada en el BO N° 31632 del 14 de abril de 2009. La Ley 27039 tiene por objeto la difusión y publicidad de la línea telefónica gratuita de alcance nacional “144”, para la atención de consultas de violencia de género, sancionada el 19 noviembre 2014, promulgada de hecho el 15 diciembre 2014 y publicada en BO N° 33042 del 5 enero 2015. La Ley 27210 que crea el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género, sancionada el 4 de noviembre de 2015, promulgada de Hecho el 23 de noviembre de 2015, publicada en BO n° 33265 del 26 de noviembre de 2015. La Ley 27539 regula el cupo femenino y el acceso de las artistas mujeres a los eventos de música en vivo que hacen al desarrollo de la industria musical, sancionada el 20 de noviembre de 2019, promulgada el 18 de diciembre de 2018, publicada en BO n° 34266 del 20 de diciembre de 2019. La Ley n° 27.234, establece las bases para que, en todos los establecimientos educativos del país, públicos o privados, de nivel primario, secundario y terciario se realice la jornada “Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género”, sancionada el 26 de noviembre de 2015, promulgada de hecho el 30 de diciembre de 2015, publicada en BO N°33288 del 4 de enero de 2016. La Ley 27499 de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación, sancionada el 19 de diciembre de 2018, promulgada el 9 de enero de 2019, publicada en BO N°34031 del 10 de enero de 2019-. Denominada “Ley Micaela” como homenaje a una joven víctima de femicidio, Micaela García, quien había luchado por los derechos de las mujeres y personas en situación vulnerable.

24 La Ley 27360, aprueba la Convención Interamericana sobre Protección de

dad²⁵. En la segunda parte del inciso se atribuye al Congreso la regulación de un régimen de seguridad social especial e integral para el niño en situación de desamparo y para la madre²⁶.

Tales medidas de acción positiva a cargo del Congreso Nacional son un piso que las jurisdicciones locales pueden complementar²⁷, tal

los Derechos Humanos de las Personas Mayores, sancionada el 9 de mayo de 2017, promulgada el 30 de mayo de 2017, publicada en BO n° 33635 del 31 de mayo de 2017.

25 Ya el decreto ley 22431/81 establecía el “Sistema de protección integral de los discapacitados” antes de la reforma constitucional, este luego fue modificado por sucesivas leyes tales como la Leyes 24308, 24314, 24901, 25504, 25634, 25635 y 25689. Así también el decreto ley 19279/71 establece el Régimen de automotores para discapacitados.

Recordemos que el artículo 8 del decreto ley 22431/81, en su versión original, ya preveía un cupo de un 4% para ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para cargos en el Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, entes públicos no estatales, empresas del Estado y Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

En el año 2003 la Ley 25689 modifica el artículo dándole mayor amplitud, aclarando que el Estado Nacional comprende a los tres Poderes e incluyendo en el listado de sujetos obligados a las empresas privadas concesionarias de servicios públicos

La Ley 24308, sancionada el 23 de diciembre de 1993, promulgada el 11 de enero de 1994 y publicada en BO n° 27810 del 18 de enero de 1994, previa a la reforma, complementa al decreto ley 22431/81 y regula cuestiones atinentes a las concesiones de pequeños comercios en dependencias públicas y concesionarios de servicios públicos.

La Ley 24901 prevé el “Sistema de Prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”. Sancionada el 5 de noviembre de 1997, promulgada el 2 de diciembre de 1997 y publicada en BO n° 28789 del 5 de diciembre de 1997.

La Ley 26378, sancionada el 21 de mayo de 2008, promulgada el 6 de junio de 2008 y publicada en BO n° 31422 del 9 de junio de 2008 aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. Luego, la Ley 27044, sancionada el 19 de noviembre de 2014, promulgada el 11 de diciembre de 2014 y publicada en BO n° 33035 del 22 de diciembre de 2014 le otorga jerarquía constitucional al mismo en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

26 Ley Nacional de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia N° 27.611, conocida también como “Ley de los Mil Días”, sancionada el 30 de diciembre de 2020, promulgada el 14 de enero de 2021, publicada en BO n° 34562 del 15 de enero de 2021.

27 Etchichury, Horacio Javier, “El federalismo no es excusa: las provincias argentinas y los derechos sociales” (Fuente: <https://www.redalyc.org/journal/3873/387361141026/html/>).

Clérico, Laura, “Los derechos de las personas con discapacidad: Notas y

previsión surge del juego armónico del artículo 75 inciso 23 y 125 de la Constitución Nacional y que es receptada en cada jurisdicción²⁸. Asimismo, las Constituciones locales lo prevén, tal el caso del artículo 36 y 37 en la provincia de Buenos Aires.

Respecto de la equidad de género, la Constitución Nacional en el artículo 37, segunda parte, prescribe la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, así también la exigencia de garantizar acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y del régimen electoral.

Ya la Ley 24012²⁹ - antes de la reforma constitucional -, modificó el Código Nacional Electoral y exigía un cupo del 30 % de mujeres para la conformación de listas de candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas, de lo contrario no sería oficializada la lista.

Con posterioridad a la vigencia de la reforma se dicta la Ley 27120³⁰ que mantuvo el cupo del 30 por ciento al regular en el artículo 60 bis del Código Nacional Electoral, pero agregó que, en el caso de las categorías de senadores nacionales para cumplir con dicho cupo mínimo, las listas deberían estar conformadas por dos personas de diferente sexo, tanto para candidatos titulares como suplentes.

Actualmente, por Ley 27412 “de paridad de género en ámbitos de representación política”³¹, se avanzó aún más en la equiparación, se

preguntas a 20 años de la reforma constitucional”, Revista La Ley 2014-E ,1071. En el caso con relación a la protección integral de las personas con discapacidad.

28 Tal el caso de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que, en su artículo 37 garantiza derechos sociales de la familia, de la niñez, de la juventud, de la mujer, de la discapacidad, de la tercera edad, a la vivienda, a la salud, de los indígenas y de los veteranos de guerra. Asimismo, por el artículo 38 dispone que las utilidades producidas por los juegos de azar creados por la Provincia deben destinarse a la cobertura de prestaciones sociales y de salud respecto de todos sus habitantes.

29 Ley 24012, sancionada el 6 de noviembre de 1991, promulgada de hecho el 29 de noviembre de 1991, publicada en BO N° 27276 del 3 de diciembre de 1991.

30 Ley 27120, sancionada el 29 de diciembre de 2014, promulgada el 6 de enero de 2015, publicada en BO N° 33045 del 8 de enero de 2015.

31 Ley 27412, sancionada el 22 de noviembre de 2017, promulgada de hecho y publicada el 5 de diciembre de 2017 en el BO N°33772.

modifica el Código electoral nacional y en el artículo 60 bis se determina que todos los cargos de la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones. Modifica e incorpora al Código Electoral Nacional, los artículos 157, 164, 164 octies, que, respectivamente, prevén que, para el caso de vacancia por cualquier razón de los legisladores, ya sea por muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente deben ser sustituidos por los candidatos/as de su mismo sexo, de acuerdo a la mecánica que prevén dichos artículos. Así también la Ley avanza en la paridad de género modificando los artículos 3, 21 y 50 de la Ley 23298 “Orgánica de los Partidos Políticos” exigiéndola en su organización, pero sin el rigor impuesto para cargos de representación estatal, ya que el artículo 3 inciso b no impone el principio de alternancia.

Asimismo la problemática de género no se agota con las situaciones de desigualdad y agresión hacia la mujer, ya que tanto, como derivación de la orientación sexual como de la identidad de género autopercibido, se producen en el ámbito social situaciones de violencia directa o indirecta padecidas por el colectivo LGBTI como categoría vulnerable, lo que implica un reconocimiento como grupo sujeto a protección especial para prevenir tales situaciones, abordar los hechos consumados y adoptar acciones de igualdad real.

En nuestro país se han sancionado las Leyes 26618³² de matrimonio igualitario - luego reconocido por el Código Civil y Comercial³³ - y la Ley 26743³⁴ de identidad de género, pero no existe una norma nacional que, de la misma manera que la Ley 26485 respecto de las mujeres,

32 Ley 26618, sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio de 2010, publicada en BO N° 31949 del 22 de julio de 2010.

33 Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994, sancionado el 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, publicado en BO N° 32985 del 8 de octubre de 2014, vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 de acuerdo a Ley 27077. El nuevo Código no hace distinción con base en el sexo en el régimen matrimonial.

El artículo 402 establece: “Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

34 Ley 26743, sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 23 de mayo de 2012, publicada en el BO N° 324404 del 24 de mayo de 2012.

esté dirigida a prevenir, sancionar y erradicar la violencia derivada de la orientación sexual o identidad de género autopercibida.

A través de la Ley 27635³⁵ se promueve la equidad en la representación de los géneros desde una perspectiva de diversidad sexual en los servicios de comunicación, cualquiera sea la plataforma utilizada y se establece un régimen obligatorio en los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal que establezca la equidad en la representación de géneros desde una perspectiva de diversidad sexual en el acceso y permanencia respecto de la totalidad del personal, incluidos los cargos de conducción o de toma de decisiones. Se estipula un cupo no menor al uno por ciento para garantizar el acceso a personas travestis, transexuales, transgéneros e intersex.

La Ley 27636³⁶ “Diana Sacayán -Lohana Berkins”³⁷ tiene por objeto establecer medidas de acción positiva orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina.

En el artículo 5 se prevé que el Estado nacional, en una concepción amplia que comprende a los tres poderes que lo integran, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas y sociedades del Estado, debe ocupar en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de su personal con personas travestis, transe-

35 Ley 27635, sancionada el 10 de junio de 2021, promulgada el 7 de julio de 2021, publicada en BO n° 34697 del 8 de julio de 2021.

36 Ley 27636, sancionada el 24 de junio de 2021, promulgada el 6 de julio de 2021, publicada en BO n° 34697 del 8 de julio de 2021.

37 Diana Sacayán fue una líder travesti y activista por los derechos humanos que falleció un mes después de la sanción de la ley 14783 (que establece un cupo laboral en el sector público provincial para personas travestis, transexuales y transgénero) aprobada por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires el 17 de septiembre de 2015. Fuente: <http://agenciapresentes.org/2019/05/01/1m-mapa-del-cupo-laboral-travesti-trans-en-argentina/>. “#1Mapa del cupo laboral travesti-trans en Argentina” por: Agencia Presentes, nota: Paula Bistagnino y Luciana Caminos”.

Lohana Berkins fue una líder activista de los derechos LGBTIQ+, siendo la primera persona trans en conseguir un empleo estatal (2000) e impulsora de la Ley de Identidad de Género entre otros logros en procura de la ampliación de derechos del colectivo. Lohana falleció en el año 2016. (Fuente: <https://www.telam.com.ar/notas/202102/543600-quinto-aniversario-muerte-lohana-berkins.html>).

xuales y transgénero.

e).- Cláusulas que atribuyen al Congreso potestad para coordinar el gobierno de las jurisdicciones locales:

1.- El artículo 7, luego de sentar como principio la validez de los actos públicos y procedimientos judiciales de cada jurisdicción local con respecto a las demás, prevé que el Congreso puede regular cual es la forma probatoria de los mismos y los efectos legales que producirán³⁸.

2.- El artículo 75 inciso 2³⁹ prevé el dictado de una ley convenio entre la Nación y las provincias que debe establecer el régimen de coparticipación de contribuciones, y dado la naturaleza de la cuestión, la Cámara de origen debe ser el Senado.

3.- El artículo 75 inciso 2 en su quinto párrafo establece un mecanismo legislativo para transferencia de competencias, servicios y funciones entre jurisdicciones, para lo cual se exige previa asignación de recursos y aprobación paralela por parte de la provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su caso.

4.- El artículo 75 inciso 3 permite por ley especial establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables con una mayoría agravada.

5.- El artículo 75 inciso 9 faculta al Congreso a otorgar subsidios del Tesoro nacional a las provincias cuando no puedan cubrir sus gastos ordinarios previstos presupuestariamente.

6.- El artículo 75 inciso 19, en su segundo párrafo, atribuye potestad a la legislatura para dictar normas destinadas a lograr un crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento del territorio, para lo cual habilita a adoptar políticas diferenciadas para procurar superar los desequilibrios y desigualdades relativas de algunas provincias o regiones frente a otras, para este tipo de normas es necesario que la Cámara de origen sea la de Senadores.

Asimismo, no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por

38 Un ejemplo de ello es el decreto ley 22172/80 sobre comunicaciones entre tribunales y el decreto ley 14983/57 sobre legalización de documentos públicos provinciales.

39 La Ley 23548 de Coparticipación Federal de recursos fiscales, (sancionada el 7 de enero de 1988, promulgada el 22 de enero de 1988 y publicada en BO N° 26313 del 26 de enero de 1988) rige hasta el presente.

ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su caso.

f).- Cláusulas que atribuyen al Congreso potestad para dictar normas de funcionamiento y organización de determinadas instituciones:

1).- El artículo 36 es una cláusula de protección del sistema democrático, ya sea contra los actos de fuerza dirigidos a subvertir el orden institucional conforme a la Constitución como contra los actos de corrupción contra el Estado, como complemento de esto último asigna al Congreso la misión de dictar una ley de ética pública, abarcativa de los funcionarios públicos de todos los poderes⁴⁰ y de todas las jurisdicciones del estado federal, salvo respecto de las cuestiones derivadas a la regulación local⁴¹, sin perjuicio que, por constituir una ley base, las jurisdicciones locales puedan dictar sus propias leyes⁴². A dicha Ley debe sumarse el respeto por las convenciones internacionales a las cuales adhirió la República Argentina⁴³.

40 La Ley de ética pública 25188 (sancionada el 29 de septiembre de 1999, promulgada el 26 de octubre de 1999, publicada en BO N° 29262 del 1 de noviembre de 1999) en su artículo 1 establece: "La presente ley de ética en el ejercicio de la función pública establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Se entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

41 Artículo 47 de la Ley 25188: "Se invita a las provincias al Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires para que dicten normas sobre regímenes de declaraciones juradas, obsequios e incompatibilidades vinculadas con la ética de la función pública".

42 PETRELLA, Alejandra B. "La Ley de Ética Pública de la Ciudad de Buenos Aires", LLCABA 2014, 374; la autora señala que sin perjuicio del plexo normativo constitucional y federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden dictar sus propias normas de ética pública en ejercicio de sus facultades concurrentes.

43 Por ejemplo la Ley 24759 (sancionada el 4 de diciembre de 1996, promulgada de hecho el 13 de enero de 1997, publicada en BO N°28566 del 13 de enero de 1997) que aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Ley 25319 (sancionada el 7 de setiembre de 2000, promulgada

2).- El artículo 75 inciso 6 pone en cabeza de la legislatura la creación de un banco federal con potestad para emitir moneda⁴⁴, lo que se correlaciona con la atribución del inciso 11 para hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras. Así también faculta al Congreso a crear otros bancos⁴⁵.

3).- El artículo 75 inciso 15 asigna al Congreso atribución para dictar una ley especial para la organización, administración y gobierno de los territorios nacionales, los que, tal como señalamos, ya no existen como tales a partir de la provincialización del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

4).- El artículo 75 inciso 19 atribuye a la legislatura competencia para dictar leyes de bases de la educación, no sólo de principios de contenido sino también estableciendo pautas estructurales de organización, tal el caso de las leyes 26206 (Ley de Educación Nacional)⁴⁶ y 24521 (Ley de Educación Superior)⁴⁷.

5).- El artículo 75 inciso 20 prevé que el Congreso es quien debe definir los tribunales que conforman el poder judicial nacional⁴⁸.

6).- El artículo 75 inciso 27 no solo asigna a la legislatura competencia para determinar las condiciones para conformar las fuerzas

de hecho el 6 de octubre de 2000, publicada en el BO N°29506 del 18 de octubre de 2000) que aprueba la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales) y la Ley 26097 (sancionada el 10 de mayo de 2006, promulgada de hecho el 6 de junio de 2006, publicada en BO N° 30923 del 9 de junio de 2006) que aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

44 Actualmente, la Ley 24144 (sancionada el 23 de septiembre de 1992, promulgada parcialmente por decretos 1860/92 y 1887/92. y publicada el 22 de octubre de 1992 en BO N° 27498) y sus modificatorias establece la carta orgánica del Banco Central de la República Argentina.

45 Tal el caso del Banco Nación cuya carta orgánica fue aprobada por decreto ley 21799/78. Así también el Banco Hipotecario Nacional cuya carta orgánica fue aprobada por decreto ley 22232/80, luego constituido en sociedad anónima por Ley 24855 (sancionada el 2 de julio de 1997, promulgada parcialmente el 22 de julio de 1997, publicada en BO N° 28695 del 25 de julio de 1997).

46 Ley 26206, sancionada el 14 de diciembre de 2006, promulgada el 27 de diciembre de 2006 y publicada el 28 de diciembre de 2006 en BO N° 31062.

47 Ley 24521, sancionada el 20 de julio 20 de 1995, promulgada parcialmente el 7 de agosto de 1995 y publicada el 10 de agosto de 1995 en BO N° 28204

48 El decreto ley 1285/58 (y sus modificatorias) de organización de la justicia nacional es complementado por numerosas leyes.

armadas, sino también para definir su organización y gobierno, en este sentido se han dictado la Ley 23554⁴⁹ (Defensa Nacional), la Ley 24059⁵⁰ (Seguridad interior), la Ley 24948⁵¹ (fuerzas armadas) y la Ley 25520⁵² (inteligencia nacional).

7).- El artículo 85 crea un control externo de la actividad administrativa del Estado en cabeza del Poder Legislativo, a través de un organismo con autonomía funcional de asistencia técnica al Congreso, la Auditoría General de la Nación, cuya creación y funcionamiento tiene que ser regulado por una ley aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara⁵³.

8).- En el artículo 86 se instaura la figura del Defensor del Pueblo bajo la órbita del Congreso el que, a través de una ley especial, debe regular su organización y funcionamiento⁵⁴.

9).- El artículo 100 prevé que la Legislatura deberá fijar por ley especial el número de ministros secretarios y la competencia de los mismos⁵⁵, a su vez el inciso 6 del mismo artículo dispone que tanto el proyecto de ley de ministerios como de presupuesto tienen que ser enviados por el Jefe de Gabinete, previo tratamiento en acuerdo de Gabinete y aprobación del Presidente.

10).- El artículo 114 pone en cabeza de la legislatura el dictado de una ley especial, que debe ser sancionada por la mayoría absoluta de

49 Ley 23554, sancionada el 13 de abril de 1988, promulgada el 26 de abril de 1988 y publicada el 5 de mayo de 1988 en BO N° 26375.

50 Ley 24059, sancionada el 18 de diciembre de 1991, promulgada el 6 de enero de 1992 y publicada el 17 de enero de 1992 en BO N° 27307.

51 Ley 24948, sancionada el 18 de marzo de 1998, promulgada el 5 de abril de 1998 y publicada el 8 de abril de 1998 en BO N° 2887.

52 Ley 25520, sancionada el 27 de noviembre 27 de 2001, promulgada el 3 de diciembre de 2001 y publicada el 6 de diciembre de 2001 en BO N° 2979.

53 La Ley 24156 (sancionada el 30 de setiembre de 1992, promulgada parcialmente el 26 de octubre de 1992 y publicada el 29 de octubre de 1992 en BO N° 27503), anterior a su reconocimiento constitucional regula en el Título VII el control externo del sector público nacional y en su capítulo I dispone la creación y regula el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación.

54 La Ley 24284 (Sancionada el 1 de diciembre de 1993, promulgada el 2 de diciembre 2 de 1993 y publicada el 6 de diciembre de 1993 en BO n° 27780) también anterior a la reforma constitucional regula la institución.

55 El decreto ley 22520/81 (t.o. por decreto 438/92) y sus modificatorias (la mayoría de las veces a través de decretos de necesidad y urgencia).

la totalidad de los miembros de cada Cámara, para regular el Consejo de la Magistratura, con funciones para proponer ternas vinculantes para seleccionar a los magistrados inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la administración del Poder Judicial, potestad disciplinaria y reglamentaria de naturaleza organizacional⁵⁶.

11).- El artículo 120 reconoce al Ministerio Público como un órgano independiente integrado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación, debiendo una ley determinar su conformación organizacional⁵⁷.

g).- Cláusulas que atribuyen al Congreso potestad para reglamentar derechos y libertades de los habitantes de la Nación:

1).- Sobre la base constitucional de libertad consagrada en el artículo 19⁵⁸, el artículo 14 establece un amplio catálogo de derechos individuales reconocidos a todos los habitantes del Estado. Se enuncian el derecho a trabajar y a ejercer industria lícita; navegar y comerciar; peticionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del país; publicar sus ideas en la prensa sin censura previa; usar y disponer de la propiedad; asociarse con fines útiles; profesar libremente su culto; enseñar y aprender.

El artículo 14 también tiene una función de reconocimiento general de derechos⁵⁹, pero con un aditamento, tales derechos no pueden

56 La regulación y funcionamiento del Consejo de la Magistratura se encuentra establecido en Ley 24937, sancionada el 10 de diciembre de 1997, promulgada el 30 de diciembre de 1997 y publicada el 6 de enero de 1998 en el BO N° 28808, texto ordenado en Decreto 816/99 y sus modificatorias.

57 Ley 27148 Orgánica del Ministerio Público Fiscal (sancionada el 10 de junio de 2015, promulgada el 17 de junio de 2015 y publicada en BO N° 33153 del 18 de junio de 2015).

Ley 27149 Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (sancionada el 10 de junio de 2015, promulgada el 17 de junio de 2015 y publicada en BO N°3315 del 18 de junio de 2015).

58 GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación...”; t.I., op. cit., p. 83, señala: “El art. 14, junto con el 19, constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución histórica de 1853/60 y son la expresión y consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona”.

59 GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación...”; t.I., op.cit. p.80. La autora señala: “El art. 14, junto con el 19, constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la Constitución histórica de 1853/60 y son la expresión y consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona.”

ejercerse en forma absoluta, quedando en cabeza del Congreso reglamentar su ejercicio; con lo que la Carta fundamental marca la necesidad de modulación de los derechos para permitir la interacción de derechos y libertades de todos los habitantes, como también la aplicación de las políticas gubernamentales en función del interés general plasmado normativamente; regulación legal que, por otra parte queda sometida al tamiz de otros dos principios que constituyen garantías reconocidas constitucionalmente: las de igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional) y razonabilidad (artículo 28 de la Constitución Nacional).

La Ley a la que se refiere el artículo 14 de la Constitución nacional es, aquella emanada del Congreso, esto es en sentido formal⁶⁰, ya sea la legislatura Federal o local (Provincial o municipal –ordenanzas-) de acuerdo al criterio constitucional atributivo de competencia⁶¹, sin perjuicio que, indirectamente, el Poder Ejecutivo sea habilitado a reglamentar derechos constitucionales en virtud de la potestad prevista en el artículo 99 inciso 2 de la Carta federal.

2).- La reforma de 1957 incorpora a la Constitución liberal de 1853/1860, con el artículo 14 bis, el reconocimiento y protección de los derechos sociales al trabajo, a la organización sindical, a la implementación de un sistema de previsión social y seguro social obligatorio, a la protección de la familia y su vivienda y el acceso a esta última; debiendo toda esta regulación realizarse a través de la legislatura⁶², en algunos casos poniendo límites al ejercicio de otros derechos y en otros para desplegar cometidos y políticas de acción positiva⁶³.

60 GELLI, María Angélica, ““Constitución de la Nación...””, t.I., op.cit. p.87. Señala que, conforme a la opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las leyes que impulsan restricciones al ejercicio de los derechos, lo deben ser en sentido formal y material.

61 GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, T. II., 10ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2014, Capítulo V-21, p.223 (Fuente: página web https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf)

62 En la norma se hace una mención específica para el supuesto del seguro social obligatorio.

63 A su vez las jurisdicciones locales pueden prever en sus Constituciones, cláusulas destinadas a garantías y cursos de acción positiva en materia de derechos sociales por sobre los estándares sentados por la carta federal, tal el caso de la provincia de Buenos Aires en los artículos 39 y 40 de su Constitución.

3).- El artículo 16 consagra el principio de igualdad ante la ley, no obstante en muchos casos se reconocen distinciones y privilegios respecto de determinados grupos o categorías, como consecuencia de la protección constitucional estos casos deben estar regulados por ley⁶⁴, así también la CSJN ha elaborado la doctrina de las “categorías sospechosas” cuyo fundamento es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras; en estos casos corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez, por ello se invierte la carga de la prueba.

El Máximo tribunal también aplica este criterio en los casos en que una norma que no contiene una distinción sospechosa en sentido estricto, que en su literalidad aparece como neutra porque no distingue entre grupos para dar o quitar derechos, pero que, aplicada en un contexto social, puede producir un impacto desproporcionado en un grupo determinado, debe ser examinada en su constitucionalidad ante el riesgo de discriminación y comprobar la manera en que se ha implementado y los efectos que su aplicación genera en la realidad⁶⁵.

Asimismo, el principio de igualdad tiene diferentes modulacio-

64 CSJN, Entre muchas, en sentencia del 24 de septiembre de 2015 en causa CSJ 147/2012 (48-H)/CS1 caratulada “Hoyos, Daría Ramón el EN - MO Defensa – Armada si Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, se señala: “10) Que, finalmente, corresponde recordar la reiterada jurisprudencia de este Tribunal según la cual la garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 310:849; 320:305; 322:2346; 329:5567 y 332:1039, entre muchos otros)”.

65 CSJN, sentencia del 12 de diciembre de 2017 en causa CSJ 001870/2014/CS001 caratulada “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, Fallos: 340:1795.

En el caso, por voto de la mayoría, se declaró la inconstitucionalidad de un artículo de una ley provincial de educación, a través de la cual, en la provincia de Salta la enseñanza religiosa debía integrar los planes de estudio, se impartiría dentro de los horarios de clase y cuyos contenidos y habilitación docente requerirían el aval de la respectiva autoridad religiosa. También invalidó la obligación de los padres de manifestar si desean que sus hijos reciban “educación religiosa” por violar su derecho a la intimidad, en este caso regulado a través de una resolución administrativa.

nes, y a la acepción, incluida en la Constitución de 1853/60 que procuró garantizar la igualdad de trato (igualdad como no discriminación), la reforma incorporó cláusulas que pusieron en cabeza del Estado la realización de acciones positivas para superar situaciones sociales de desigualdad estructural, lo que se denominó como igualdad como no sometimiento⁶⁶, lo que repercute a su vez, en la protección y resguardo de los derechos de cada uno de los integrantes de dichos grupos, tal el caso de los incisos 17 y 23 del artículo 75, normas que ya abordamos precedentemente al tratar las cláusulas constitucionales que atribuyen al Congreso potestad para desarrollar planes de acción positiva para el progreso del país y lograr equilibrar desigualdades sociales.

4).- El derecho de propiedad tiene una mención específica no solo en el artículo 14, sino que el artículo 17 exige regulación legal y, en su caso, decisión judicial y previa indemnización para quitarle la propiedad unilateralmente a un habitante - en todo o en parte -, ello para el supuesto de expropiación. Extiende el alcance de la protección a la exigibilidad de servicios personales requiriendo previamente ley o sentencia fundada en ésta sin hacer mención aquí a la previa indemnización⁶⁷ —en este caso también entra en juego la garantía de libertad -. Reitera la necesidad de imponer legalmente todo tributo, establece la prohibición a la requisición militar y a la confiscación de bienes. Esta última prohibición implica entender a la figura como una detracción general de un patrimonio⁶⁸, ya sea como sanción o producto de la imposición de un tributo o por otra razón que implique

66 Saba, Roberto, “El principio de igualdad en la Constitución Nacional”; “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” Daniel A. Sabsay (Director), Pablo L. Manilli (coordinación), t. I., Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 599-627.

67 BADENI, Gregorio, “Instituciones de derecho constitucional”; t.I. op. cit., p. 477. El autor dice que, si bien el Estado puede exigir, en forma igualitaria y razonable, la prestación de servicios personales públicos, entiende que no pueden ser impuestos en forma gratuita, con excepción de aquellos casos que revistan el carácter de sanción penal o consecuencia secundaria de ella.

68 BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-B-, Nueva edición ampliada y actualizada a 2000-2001, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 372. El autor señaló: “La confiscación que como pena y represalia queda abolida es la confiscación general de bienes; no puede asimilarse el decomiso de objetos particulares que son producto o instrumento del delito, ni la recuperación de bienes mal habidos cuando la dispone una sentencia dictada en juicio y fundada en ley.”

perder una parte substancial de su propiedad, no ya como consecuencia del decomiso por razones de seguridad o salubridad o, la confiscación de bienes por ser el instrumento o el resultado directo o indirecto de un delito.

El artículo 17 en materia tributaria es complementado por el artículo 4 que, si bien tiene naturaleza estructural, al enumerar los recursos a los que puede acudir el gobierno para sus cometidos, asegura que las contribuciones sean impuestas por el Congreso bajo los parámetros de equidad y proporcionalidad.

5).- El artículo 18 en lo que hace a la aplicación del principio de legalidad, consagra el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*, por el cual ningún habitante del país puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Exige el cumplimiento de determinadas garantías procesales que hacen al derecho de defensa, prohíbe la aplicación de pena de muerte por causas políticas, como también la aplicación de penas que impliquen tormento o padecimiento.

Asimismo exige regulación legal para poder ingresar al domicilio (ya sea por allanamiento u ocupación), como también para acceder a la correspondencia epistolar y papeles privados⁶⁹.

Las garantías respecto del derecho de defensa y el debido proceso se ven enriquecidas con los tratados y convenciones internacionales constitucionalizados, tal los artículos 7, 8, 9, 10 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como por la interpretación y aplicación que de ella hacen los tribunales internacionales competentes⁷⁰.

Así también los criterios que surgen de opiniones y recomenda-

69 Extensivo a la protección de las comunicaciones electrónicas, ya sea a través de redes sociales, correos electrónicos, chats, u otros medios telemáticos, así también al resguardo de datos informáticos de acceso restringido.

La Ley 26388, sancionada el 4 de junio de 2008, promulgada de hecho el 24 de junio de 2008, publicada en BO n° 31433 del 25 de junio de 2008, modifica el Código Penal de la Nación sustituyendo el texto del artículo 153 e incorporando el artículo 153 bis, 155, 157 y 157 bis para incluir como delitos la intromisión en comunicaciones digitales o telemáticas, como también respecto de datos o bases de datos restringidas, cambiando el nombre del epígrafe del Capítulo III, del Título V, del Libro II del Código Penal por “Violaciones de secretos y de la Privacidad”.

70 CSJN, sentencia del 7 de abril de 1995 en causa G.342.XXVI.RHE caratulada “Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación - Causa n°32, Fallos: 318:514).

ciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tanto en el caso concreto en que se producen, en el que resultan obligatorios, como sirviendo de guía a las autoridades nacionales para interpretar y aplicar la Convención Americana en otros asuntos⁷¹.

Cabe tener presente que la CSJN en Fallos 340:7 entendió que la Corte Interamericana no podía ordenar dejar sin efecto una sentencia dictada por el Máximo Tribunal Nacional por que no era una instancia casatoria de ésta. Sin perjuicio de ello reafirmó que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH), pero dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales, por ello no puede recurrir a un mecanismo restitutivo no previsto en el texto de la Convención⁷².

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención no solo hacen al debido proceso en materia penal sino que también se aplican a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo⁷³.

Por otra parte cada jurisdicción local, a su vez, podrá regular por sobre el estándar mínimo garantizado por el plexo constitucional y convencional, en el caso de la provincia de Buenos Aires, a previsto garantizar el acceso irrestricto, asistencia letrada y la tutela administrativa y judicial continua, efectiva y oportuna en el artículo 15⁷⁴ de

71 CSJN, Sentencia del 6/8/2013 en causa C. 568. XLIV. RHE caratulada “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia de Chubut s/ Proceso de conocimiento”, Fallos: 336:1024).

72 CSJN, Sentencia del 14 de febrero de 2017 en causa M. 368. XXXIV. REX caratulada “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Fallos: 340:47).

73 Entre otras, Sentencia de 31 de enero de 2001 en caso “Tribunal Constitucional Vs. Perú” Serie C No. 71 párrafo 70; sentencia del 2 de febrero de 2001 en caso “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” Serie C N° 72 párrafo 125; sentencia de 6 de febrero de 2001 en caso “Ivcher Bronstein Vs. Perú”, Serie C N°74, párrafo 103).

74 Artículo 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires: “La

su Constitución a partir de la reforma de 1994.

6).- El artículo 21 impone la obligación de todo ciudadano a integrar las fuerzas armadas en defensa del Estado. Si bien la norma hace mención a la regulación, tanto por parte del Congreso como del Poder Ejecutivo; cabe entender que la limitación a la libertad solo puede ser impuesta por la Legislatura y que la referencia al Poder Ejecutivo lo es en los términos del artículo 99 inciso 2, ya que, este último tiene atribución para dictar los reglamentos de ejecución necesarios para llevar adelante sus cometidos, más aún, siendo el Presidente, el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (cfr. artículo 99 inciso 6).

Asimismo el artículo 52 exige no solo que el reclutamiento de tropas sea dispuesto por ley sino también que la Cámara de origen sea la de Diputados⁷⁵.

7).- Si bien la declaración de estado de sitio previsto en el artículo 23 y en el artículo 75 inciso 29, constituye un acto eminentemente institucional, sus consecuencias, limitando garantías y derechos de los habitantes de la Nación, deben estar reguladas normativamente, aún en los casos en que sea declarado por el Presidente, ya sea en el supuesto de ataque exterior previsto en el artículo 61 como durante el receso de la legislatura en caso de conmoción interior de acuerdo al artículo 99 inciso 16, sin perjuicio del control que debe hacer la legislatura que debe ser convocada inmediatamente⁷⁶ para aprobar o suspender el declarado por el Poder Ejecutivo.

Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

75 De la misma manera que para los tributos, ello por ser imposiciones que se aplican a toda la población, siendo dicha Cámara la que los representa proporcionalmente.

La CSJN en sentencia del 24 de febrero de 2009 en causa H. 270. XLII. REX caratulada “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-Ley 25873-Dto. 1563/04 s/Amparo Ley 16.986”, Fallos: 332:111, garantizó la protección de los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional al entender que resultaron vulnerados por la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04 que autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar en qué casos y con qué justificativos esa intromisión podía llevarse a cabo.

76 GELLI, “Constitución de la Nación...”, t.II., op. cit., p. 250.

El artículo 43 cuarto párrafo de la Constitución al consagrar la garantía de habeas corpus estipula que rige plenamente durante el estado de sitio. Ya la ley 23098 (régimen legal del habeas corpus) en su artículo 4⁷⁷ prevé el control de la detención en el caso concreto al articularse la garantía procesal.

Asimismo el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constitucionalizada por el artículo 75 inciso 22, establece importantes límites⁷⁸ como garantía de determinados derechos que enumera⁷⁹.

77 Art. 4° de la Ley 23098 (sancionada el 28 septiembre 1984, promulgada el 19 de octubre 1984 y publicada el 25-oct-1984 en BO N° 25538) dispone:

“Estado de sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto:

1° La legitimidad de la declaración del estado de sitio.

2° La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.

3° La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.

4° El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional”.

78 ZIULU, Adolfo G., “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (director), Pablo L. Manili (coordinación), t.I., editorial Hammurabi, Bs. As., 2009, p.1001

79 Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Suspensión de Garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4. (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

8).- El artículo 32 constituye una garantía a la libertad de prensa ya enunciada en el artículo 14 que veda la censura previa de una publicación periodística. Este artículo prohíbe al Congreso federal dictar leyes restrictivas a la libertad de imprenta, como también la asignación de competencia federal basada en la materia. Dicha cláusula no implica negar una reglamentación razonable, distinguiéndose aquellas que puedan afectar con exclusividad el ejercicio de la libertad de prensa o el desarrollo de la actividad de las empresas periodísticas de la regulación de situaciones comunes a otros derechos constitucionales - incluido el ejercicio de la libertad de prensa- a través de leyes civiles, comerciales, tributarias o laborales⁸⁰.

9).- En la reforma de 1994 se incorporan los artículos 41 y 42, ambos establecen deberes y reconocen derechos, el primero de ellos de protección del medio ambiente; el segundo en defensa de usuarios y consumidores.

El artículo 41 pone en cabeza del Congreso de la Nación dictar una norma de presupuestos mínimos de protección del medio ambiente⁸¹, las que se complementarán con las que dicten las jurisdicciones locales⁸².

El artículo 42⁸³ asigna a la legislatura la elaboración de un marco

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

80 GELLI, “Constitución de la Nación...”, t.I., p. 482.

81 Podemos citar junto a la Ley 25675 general de medio ambiente, la ley 25612, de residuos industriales, ley 25670 de gestión de PCB, ley 25688 de gestión de aguas, ley 25831 de información ambiental, ley 25916, de gestión de residuos domiciliarios, ley 26331 de protección ambiental de los bosques nativos, ley 26562 de control de actividades de quema, Ley 26639, de protección de glaciares, ley 26815 de creación del sistema federal de manejo del fuego, ley 27279 de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios, Ley 27520 de presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global, Ley 27621 para la implementación de la educación ambiental integral en la República Argentina.

82 En el caso de la provincia de Buenos Aires el artículo 28 de su Constitución contiene una cláusula protectoria del medio ambiente.

83 Ley 24240 de defensa del consumidor (sancionada el 22 de septiembre de 1993, promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993 y publicada en BO

procedimental de prevención y solución de conflictos respecto de usuarios y consumidores, así también para establecer los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional⁸⁴.

La particularidad de los derechos reconocidos en estos artículos es que, si bien pueden ejercerse como derechos individuales, muchas veces conforman derechos de incidencia colectiva⁸⁵, los que son reconocidos como tales en el artículo 43 segundo párrafo de nuestra Carta fundamental, al enunciar la posibilidad de interponer amparo contra cualquier forma de discriminación, en protección de derechos ambientales, de la competencia, de los derechos de usuarios o consumidores, así como de los derechos de incidencia colectiva en general. En este mismo párrafo al reconocer legitimación amplia, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, se dispone que debe ser por ley la determinación de los requisitos y formas de organización de estas últimas.

10).- El artículo 75 inciso 12 asigna a la legislatura nacional la prerrogativa para dictar leyes sustantivas en materia civil, comercial, penal, de Minería y del Trabajo y la Seguridad social, también sobre bancarrotas (concursos preventivos y quiebras); asimismo se hace mención a las leyes de nacionalidad y ciudadanía, como a la que regule el juicio por jurados.

El inciso deja a salvo la competencia de las legislaturas locales para dictar las normas procesales, no obstante la mención que hace respecto de implementación del juicio por jurados que pone en cabeza del Congreso nacional, lo que supone una modulación del proceso

Nº27744 el 13 de octubre de 1993) es previa al reconocimiento constitucional de los derechos de usuarios y consumidores por la reforma, si bien tuvo varias modificaciones posteriores.

84 Las Constituciones de las jurisdicciones locales también pueden reconocer derechos y garantías de usuarios y consumidores, siempre sobre los estándares mínimos sentados por la Carta Federal, en el caso de la provincia de Buenos Aires se encuentra previsto en el artículo 38 de su Constitución, lo que tiene importancia, sobre todo, respecto de los servicios públicos de competencia local.

85 La CSJN, en sentencia del 24 de febrero de 2009 en causa H. 270. XLII. REX caratulada “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-Ley 25873-Dto. 1563/04 s/Amparo Ley 16.986”, Fallos: 332:111 define y distingue tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

penal cuya regulación es competencia de las jurisdicciones locales⁸⁶.

El juicio por jurados se normó en varias provincias argentinas⁸⁷ y se encuentra previsto en el nuevo Código Procesal Penal Federal - cuya vigencia actualmente quedó supeditada a una implementación paulatina -⁸⁸, derivando la regulación del instituto a una ley específica que hasta la fecha no ha sido dictada⁸⁹.

La Constitución hace mención en varios artículos a la comisión de delitos derivados de excesos o alteración del orden constitucional (tal el caso de los artículos 22, 29 y 36), pero en el caso del artículo

86 GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación...”, t.I, p. 411.

87 Por ejemplo en la Provincia de Córdoba por Ley 9182 del 2004; en la Provincia de Neuquén por Ley 2784 de 2011 se aprueba el nuevo Código Procesal Penal incluyendo el instituto; en la Provincia de Buenos Aires a través de la Ley 14543 del 2013 se incorpora el juicio por jurados al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires Ley 11922; en la Provincia de Río Negro por Ley 5020 del 2014 se aprueba un nuevo Código Procesal Penal incluyendo el juicio por jurados; en la Provincia de Chaco por Ley 7661 de 2015; en la Provincia de Mendoza por Ley 9106 de 2018; en la Provincia de San Juan por Ley 1851 de 2018 incorpora el instituto en su nuevo Código Procesal Penal, en la Provincia de Entre Ríos por Ley 10746 de 2019, en la provincia de Chubut por Ley XV N° 30 de 2019 “Juicio por Jurados y Vocales Legos”, publicada el 17 de febrero de 2020.

88 El nuevo Código Procesal Penal Federal fue aprobado por la Ley 27063 de 2014 (según texto ordenado por Decreto 118/2019).

Por DNU 257/2015 se estableció que la entrada en vigencia del Código Procesal Penal Federal aprobado por Ley 27063 lo será de conformidad con un cronograma de implementación progresiva que debe establecer una Comisión bicameral de monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación y previa consulta al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Así tenemos las resoluciones 2/2019, 1/2020 y 1/2021 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e implementación del Código Procesal Penal Federal, en las que se dispone el relevamiento y monitoreo de distintas jurisdicciones, implementación de determinados artículos respecto de todas las jurisdicciones penales federales del territorio Nacional y de la Justicia Nacional Penal (mientras les resulte de aplicación el Código Procesal Penal Federal) y en forma integral para los organismos judiciales que se van determinando.

89 El artículo 249 de la Ley 27063 dispone: “Integración del tribunal de jurados. La ley de juicio por jurados determinará la composición, integración, constitución, sustanciación y deliberación del juicio en el que participe un tribunal de jurados”.

119 se pone en cabeza del Congreso el dictado de una ley especial para el caso de traición a la patria.

VI. RESERVA DE LEY

Una variante del principio de legalidad, denominado de reserva de ley⁹⁰, supone que los derechos vinculados con determinadas materias no podrán ser regulados sino a través de normas emanadas del Poder Legislativo, lo que implica el respeto del mecanismo previsto en la Constitución para que las normas sean el producto de un debate deliberativo entre todas las fuerzas que representan a los diferentes sectores que conforman sus cuerpos (incluyendo la consideración de los intereses de los grupos minoritarios).

A su vez, de acuerdo al sistema de gobierno, el principio de reserva de ley puede tener variantes.

En nuestro país, bajo un régimen presidencialista - aún atenuado luego de la reforma constitucional de 1994 - se adoptó el sistema clásico, tradicional, ortodoxo, rígido o absoluto⁹¹ de reserva de ley para determinadas materias, las que en principio son las mencionadas expresamente en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional: penal, tributaria, electoral y régimen de partidos políticos.

Ya el principio de reserva de ley rígido había sido reconocido como tal desde la conformación constitucional de nuestra Nación

90 Spisso, Rodolfo R., “Derecho Constitucional Tributario”, LexisNexis, Bs. As., 3ra. Edición, Bs. As., 2007, p. 260.

91 Casás, José Osvaldo “El principio de legalidad tributaria, decretos leyes, reglamentos y reglas generales administrativas, PET 2008 (agosto-400), 6

(Con base en los artículos 17⁹² y 18⁹³ de la Constitución 1853/60) y

92 CSJN, sentencia del 9 de mayo de 2006 en causa N. 165. XXXVII. ORI Caratulada “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c/ Tucumán, Provincia de s/ acción declarativa”, fallos: 329:1554, considerando 10: “Que resulta necesario recordar que el principio de legalidad o de reserva de la ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. En tal sentido este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones. ...”.

Asimismo, en sentencia del 15 de abril de 2014 en causa C. 486. XLIII. REX caratulada “Camaronera Patagónica S.A. el Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, fallos: 337:388 se contempla la posibilidad de poner un piso y un techo a las alícuotas aplicables. En el considerando 9 del voto de la mayoría, se expresa: “...En efecto, el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación. Al guardar silencio el citado cuerpo legal respecto de la alícuota máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación, coloca a la resolución impugnada a extramuros de las normas y principios constitucionales antes reseñados”.

93 En materia penal la CSJN ha destacado que el art. 18 de la Constitución Nacional exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas aplicables. Tal requisito constitucional no se satisface con la existencia de una norma general previa, sino que ésta debe emanar de quien está investido del poder legislativo (V.gr., considerando 9 de la sentencia del 19 de octubre de 1989 en causa L. 119. XXII. Caratulada “Legumbres SA. y otros s/ contrabando”, fallos: 312:1920).

Este principio es aplicado en materia sancionatoria, pero con modulaciones, en este sentido, en sentencia del 4 de septiembre de 2018 en causa FLP 001298/2008/CS001 caratulada “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo” (considerando 11 del voto de la mayoría) se expone: “11) Que, por otra parte, el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional requiere que exista una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que, además, se establezcan las penas a aplicar (Fallos: 327:2258). Es por ello que la “ley anterior” de la garantía constitucional citada y el principio de nullum crimen, nulla poena sine lege, exigen indisolublemente la doble precisión por ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo (Fallos: 237: 636; 275: 89; 307: 511; 310:1909; 328:940).

Así, tratándose de materias que presenten contornos o aspectos tan peculiares; distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse

moldeado por la interpretación jurisprudencial, fundamentalmente de la CSJN.

En el primer caso rige el principio No taxation without representation, por el que ningún tributo puede aplicarse sin consentimiento general⁹⁴. Por este la ley debe establecer todos los elementos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria (presupuesto de hecho, base de cálculo, exoneraciones, alícuotas), así como los relativos a la responsabilidad tributaria, a la tipificación de infracciones, imposición de sanciones y a las limitaciones a los derechos y garantías individuales⁹⁵.

En materia penal rige el principio nullum crimen, nulla pena sine lege previa por el que ningún habitante del país puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso⁹⁶. Aquí se exige la doble precisión por ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar.

Dicho principio, a su vez, resulta aplicable, a la materia sancionatoria administrativa, ello con la modulación y apertura que supone la dinámica de los cometidos concretos de la función ejecutiva, aunque siempre debe estar definido el núcleo principal de la conducta sujeta a infracción⁹⁷.

inválido, en principio, el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo (Fallos: 246:345; 311:2456; 328:940)”.

94 SPISSO, Rodolfo R.; “Derecho Constitucional Tributario”; LexisNexis, 3ra. Ed., Bs. As., p.261. Este principio es receptado en su primera formulación escrita por la Carta Magna inglesa, otorgada a los barones por el rey Juan sin tierra de Inglaterra el 15 de junio de 1215.

95 CASÁS, José Osvaldo, “El principio de legalidad tributaria: decretos leyes, reglamentos y reglas generales administrativas”, PET 2008 (agosto-400), 6.

96 PEREZ DUHALDE, Ramiro, “Principio de legalidad estricta en materia penal. Breve historia y desvíos. El caso del terrorismo” en página web www.sedici.unlp.edu.ar > Revistas > Anales > Año 12 | Número 45, en su artículo el autor señala: “La estricta legalidad en la represión penal, es lo que manda el artículo 18 de la CN, al ordenar que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. A la ley previa estableciendo el delito y la pena, se le suma inescindiblemente el principio de judicialidad de la pena. Legalidad estricta del delito y la pena, y judicialidad estricta para su verificación, son pilares fundamentales del sistema”.

97 GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte”;

En otros regímenes, fundamentalmente en países con gobiernos parlamentarios, rige el principio de reserva de ley atenuada, flexible o relativa, en que la ley que crea el tributo solo tiene la exigencia de definir los elementos fundamentales que sirven para individualizarlo, concretamente, sujetos activo y pasivo del tributo y hecho imponible; sin exigir precisión absoluta respecto de otros elementos, como la base imponible o las tarifas.

Con la reforma de 1994 el principio de reserva de ley se estructuró claramente, definiendo un ámbito de prohibición expresa, los requisitos de excepción para la transferencia legislativa a la Administración o, para que el Poder Ejecutivo asuma ante una situación de necesidad y urgencia la atribución legislativa, cerrando así el círculo constitucional de asignación de atribuciones de creación normativa.

Recordemos que el Poder Ejecutivo, de acuerdo al artículo 86 inciso 2⁹⁸ (actual artículo 99 inciso 2) de la Constitución de 1853/1860 podía completar los ámbitos de la Ley emanada del Congreso⁹⁹, el

JA 2006-III-1206 expone: “..., la doctrina ha señalado que es necesario que la ley describa, cuando menos, el núcleo principal de la conducta infractora, sin que pueda cuestionarse por la eventual remisión a la labor reglamentaria para su perfeccionamiento. La procedencia de la colaboración reglamentaria exige no sólo la habilitación legal, es decir, la autorización expresa de la ley al reglamento para acudir a completar la descripción de la infracción, sino también la remisión legislativa, o, dicho, en otros términos, la existencia del citado núcleo descriptivo en la propia norma legal”.

98 BALBÍN, Carlos F., “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”, en obra colectiva “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (Dirección) – Pablo L. Manili (Coordinador), t.IV, Hamurabi, José Luis Depalma editor, Bs. As., 2010, p. 152, señala: “La Constitución de 1853/60 sólo preveía la potestad del poder Ejecutivo de completar las leyes, esto es, un poder propio del presidente de desarrollar la ley no condicionado por una habilitación del Congreso, conforme el inc. 2° del art. 86 del texto constitucional (actual art. 99, inc.2°). En otras palabras, la Constitución de 1853/60 sólo reconoció un poder reglamentario del presidente limitado –decretos de ejecución-.

El autor observa que la facultad del Poder Ejecutivo es residual y subordinada, ya que su campo de actuación es definido en cada caso particular tras la regulación del Congreso, ya que, si este regulo los detalles o pormenores el Poder Ejecutivo no podrá hacerlo.

99 CSJN, Sentencia del 20 de junio de 1927 en causa A. M. Delfino y Cía., apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima, por infracción al artículo 117 del Reglamento del Puerto de la Capital., fallos 148:430, el Máximo Tribunal a partir de dicho fallo, interpretó con amplitud la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, en este sentido al permitir la determinación

que fue precisándose a través de la evolución jurisprudencial.

Podemos apreciar que si bien la reforma constitucional plasmó formalmente un ámbito de creación normativa mucho más amplio en cabeza del Poder Ejecutivo, también delimitó una zona de regulación sobre la cual explícitamente no puede avanzar, ya que determinadas materias quedan reservadas al Congreso¹⁰⁰ que, como señalamos, dentro del poder del Estado, es el que asume la representación proporcional de los distintos sectores que conforman toda la sociedad, asumido en nuestro país a través de los partidos políticos.

Para resguardar la supremacía legislativa, el artículo 99 inciso 3 proporciona una cobertura adicional, incorporando expresamente dentro de la zona de reserva legal estricta a la materia electoral y al régimen de partidos políticos, ello con el objeto de resguardar a través de los propios órganos de representación democrática las normas que predeterminan su participación¹⁰¹, permitiendo por otra parte asegurar el pluralismo propio de la representación proporcional¹⁰².

de multas siempre que el Poder Legislativo le haya marcado el tope, en este sentido se señaló: “Que las observaciones precedentes autorizan a formular la conclusión de que cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino a título de una facultad propia consagrada por el art. 86, inc. 2, de la Constitución, y cuya mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo. Habría una especie de autorización legal implícita dejada a la discreción del Poder Ejecutivo sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues, como es obvio, el Poder Ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquélla ni crear la ley, ni modificarla”.

100 CASSAGNE, “El principio de legalidad y el control...”, op.cit., p.120. Señala que la reserva de ley constituye la máxima expresión del principio de legalidad en sentido estricto.

101 GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, t.II., op. cit., p. 367: “Las dos últimas materias excluidas, surgieron de la desconfianza mutua entre los líderes que convinieron llevar a cabo la reforma constitucional de 1994. Quisieron con ello, preservar las reglas del proceso democrático y la competencia electoral”:

102 BARRA, Rodolfo – LICHT, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LA LEY 2016-B, 660. Los autores fundamentan la incorporación de las normas electorales y el régimen de partidos políticos como materias cuya regulación normativa queda vedada expresamente al Poder Ejecutivo a través de decretos de necesidad y urgencia en la necesidad de asegurar el funcionamiento de la democracia representativa, el pluralismo y los derechos

VII. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LOS REGLAMENTOS DELEGADOS

La reforma constitucional de 1994 incorpora al texto de la Carta Fundamental la figura de la “delegación legislativa”¹⁰³ a través del artículo 76, superando con ello los esfuerzos jurisprudenciales¹⁰⁴ para compatibilizar la variada creación normativa del Poder Ejecutivo en ámbitos que en principio son privativos del Congreso.

Este artículo se complementa con la cláusula transitoria octava¹⁰⁵ que intenta dar una solución a la vigencia de toda la normativa delegada preexistente, estableciendo un plazo de cinco años de caducidad desde la vigencia de la Carta Fundamental, si no tuvieren otro plazo, debiendo el Congreso ratificarlas expresamente para que puedan continuar vigentes luego de consumado dicho plazo.

El artículo 76¹⁰⁶ marca un principio fundamental en un sistema

de las minorías.

103 COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo”, op. cit., p. 258. El autor definió: “Así, considero que corresponde entender por reglamentos delegados, habilitados o de integración a los actos de alcance general normativo dictados por el Poder Ejecutivo o, eventualmente, por otro órgano de la Administración Pública, sobre materias propias de la competencia del Congreso, con base sobre la autorización previamente acordada por éste mediante una ley formal”.

104 La CSJN desde “Delfino” ya citado, hasta sentencia del 2 de diciembre de 1993 en causa C. 802. XXIV caratulada “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, Fallos: 316:2624, el Máximo Tribunal federal fue sentado los requisitos de lo que denominó la “delegación impropia” sobre la base del originario artículo 86 inciso 2 (actual artículo 99 inciso 2) de nuestra Constitución.

105 Cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”. (Corresponde al Artículo 76).

106 Artículo 76 de la Constitución Nacional: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

presidencialista como el de nuestro país, cuál es el de prohibición de la delegación legislativa; complementado con la estipulación que prevé el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución Nacional, destinado a regular los decretos de necesidad y urgencia, en cuanto señala que: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”¹⁰⁷.

Ahora bien, ambas cláusulas se encargan de señalar las excepcio-

107 La CSJN en sentencia del 24 de noviembre de 2015 en causa CSJ S. 539. XLV. ORI24/11/2015 ORIGINARIO caratulada “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallos 338:1389, en la primera parte del considerando 21 señala:

“Que, en consonancia con ello, no resulta ocioso recordar que la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir “disposiciones de carácter legislativo”, sea a iniciativa propia (artículo 99, inciso tercero, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte).

Ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan “decretos de necesidad y urgencia” o “decretos que ejercen facultades delegadas” (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente, conf. causas CSJ 2701/2004 [40-C] /CS1 y CSJ 767/2004 [40-C] /CS1 “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN -PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, pronunciamiento del 4 de noviembre de 2008, considerando 9°).

En lo que se refiere a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o “decretos delegados”), el artículo 76 de la Constitución Nacional establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a “materias determinadas de administración o emergencia pública”; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. El artículo 100, inciso 12, añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación”. La letra del texto constitucional (artículos 99, inciso tercero y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar. La definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, es el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente: la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal (conf. Causas CSJ 2701/2004 [40-C]/CS1 Y CSJ 767/2004 [40-C]/CS1, citadas). ...”.

nes a la regla, ya sea a iniciativa de la legislatura en los reglamentos delegados o del Poder Ejecutivo para los decretos de necesidad y urgencia. A estas normas cabe sumar la atribución prevista en el inciso 2 del artículo 99, para regular los pormenores de las leyes, necesarios para llevar adelante los cometidos de la administración, tal el caso de la precisión, dentro de determinados parámetros legislativos de los límites para el ejercicio de derechos o la imposición de obligaciones o deberes a terceros.

De acuerdo al artículo 76 el contenido de la delegación podrá ser respecto de “materias determinadas de administración o de emergencia pública”, lo que abre una amplia puerta a las excepciones; sobre todo para el caso de la “emergencia”, que no define una “materia” sino un “estado” o “situación” que puede abarcar una amplia variedad de ámbitos de actuación del gobierno sobre la vida en sociedad, lo que implica también, la potencialidad de afectar una mayor variedad de derechos de terceros de diferente índole.

La cláusula constitucional pone cuatro requisitos: que las materias estén determinadas¹⁰⁸, que la legislatura establezca las bases de la delegación, que fije un plazo para su ejercicio y que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo sean refrendados por el Jefe de Gabinete de Ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación, trámite reglamentado por

108 Aquí el adjetivo “determinadas” que viene a precisar “materias” parece referirse a “administración” porque “emergencia pública” no sería una materia sino un estado de situación, no obstante, ello las bases de la delegación tienen que definir el ámbito en el cual rigen lo que supone en sí mismo una determinación.

El artículo 1 de la Ley 25148 (sancionada el 11 de agosto de 1999, promulgada el 23 de agosto de 1999 y publicada el 24 de agosto de 1999 en BO N° 29214) distingue ambos supuestos al establecer: “Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratifícase en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El Poder Ejecutivo Nacional ejercerá su atribución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100 inciso 12 de la Carta Magna. (el resaltado no pertenece al original).

Ley 26122¹⁰⁹. La subdelegación ha sido admitida por la CSJN¹¹⁰.

La definición de “materias determinadas de administración” ha dado lugar a diferentes interpretaciones, ya sea extensivas o restrictivas¹¹¹, reflejando las leyes de delegación un concepto amplio¹¹².

109 Ley 26122 régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes (sancionada el 20 de julio de 2006, promulgada el 27 de julio de 2006 y publicada el 28 de julio de 2006 en BO N° 30957).

110 CSJN, sentencia del 3 de julio de 2012 en causa Y. 18. XLV. ROR caratulada “YPF SE c/ ESSO SAPA y otros s/ Proceso de conocimiento”, fallos: 335:1227. Entre otras cuestiones, en el considerando sexto se dijo: “Al respecto, esta Corte tiene dicho que las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (Fallos: 318:137; 330:1855). Sin embargo, en esto asiste razón las apelantes, no resulta suficiente invocar una ley genérica poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (artículo 3° de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción los principios constitucionales de legalidad y división de poderes (Fallos: 326:2150, 4251)”.

111 COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo”, op. cit., p. 267, describe distintas interpretaciones y señala:

“...la delegación legislativa en materias de administración se refiere, en principio, a las regulaciones legales formales que deben dar soporte al accionar ejecutivo sobre los derechos individuales.

Y comprende, asimismo, a la regulación relativa a aquellas materias que por expresa imposición constitucional –como sucede, por ejemplo, con bancos y universidades– debe ser objeto de disciplina legislativa”.

112 Artículo 2 de la Ley 25148:

“A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con:

- a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización;
- b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno;
- c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios;
- d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a

Ahora bien, no puede encuadrar en el concepto la regulación de derechos o la imposición de obligaciones que no hacen a la propia gestión administrativa, tal el caso de la creación o la determinación de los elementos esenciales constitutivos de los tributos¹¹³ o en materia sancionatoria, la determinación del hecho punible¹¹⁴ o los límites para la cuantificación de la sanción¹¹⁵, los que, bajo esos parámetros pueden ser reglamentados por el Poder Ejecutivo en uso de la atribución consagrada por el artículo 99 inciso 2 de la Constitución, criterio que fue sentando la Corte para definir el ejercicio de la denominada “delegación impropia”¹¹⁶.

La CSJN ha extendido la protección de las materias señaladas en el artículo 99 inciso 3: penal, tributaria, electoral y de partidos políticos, no solo vedando el dictado de decretos de necesidad y urgencia, sino que las ha considerado indelegables¹¹⁷ así también en otros casos en que la Constitución exige una ley específica¹¹⁸.

cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;

e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;

f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”.

113 CSJN, sentencia del 15 de abril de 2014 en causa C. 486. XLIII. REX caratulada “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ Amparo”, fallos: 337:388.

114 Más allá de la generalidad que la definición del hecho punible pueda admitir, el que, por otra parte, quedará sujeto al principio de razonabilidad.

115 CSJN, sentencia del 19 de abril de 2005 en causa F. 711. XXXVI caratulada “Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c/ Secretaría de Energía - resol. 79/99 s/ amparo ley 16.986”, fallos: 328:940.

116 BIANCHI, Alberto B., “La delegación legislativa: evolución y estado actual”, Fórum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 3, 2015, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina (Fuente página web: www.bibliotecadigital.uca.edu.ar). El autor señala que la CSJN aplica los principios que ya había construido antes de la incorporación del artículo 76 a la Constitución Nacional.

117 CSJN, sentencia del 24 de abril de 2007 en causa C. 4043. XXXVIII. REX caratulada “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/Transferencia de paquete accionario a Nabisco”, fallos: 330:1855, en el que la Corte hace suyo el dictamen de la Procuración.

118 CSJN, sentencia del 24 de noviembre de 2015 en causa CSJ S. 539. XLV.

Las jurisdicciones locales, por constituir una atribución propia que hace a la organización política interna¹¹⁹ pueden prohibir o admitir la delegación legislativa.

En la provincia de Buenos Aires la reforma constitucional de 1994 no modificó la situación preexistente respecto de la prohibición expresa de delegación por parte del Poder Legislativo que surge del artículo 45¹²⁰.

ORI24/11/2015 ORIGINARIO caratulada “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallos 338:1389, en el considerando 25 se señaló: “Que en el caso particular de esta causa la delegación no solo no surge de la norma en virtud de la cual el Poder Ejecutivo pretendió actuar, sino que además, de seguir el argumento del Estado Nacional habría implicado una delegación sobre una materia que -como se señaló- resulta indelegable (potestad excepcional de establecer y modificar asignaciones específicas)”.

El inciso 3 del artículo 75 de la Constitución Nacional prevé: “Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

119 CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R. – CALDERÓN, Maximiliano R., “Los decretos de necesidad y urgencia en las Provincias”, en obra colectiva “Estudios de Derecho Público”, Director Enrique M. Alonso Regueira (Director), Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Bs. As., 2013, (fuente página web: www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/004-edp-2-castro-calderon.pdf). Allí se señala: “que a tenor de sus arts. 5 y 122, la Constitución nacional no impone a las provincias un modelo institucional predeterminado. Solamente exige que el que adopten sea compatible con los estándares constitucionales”.

120 En el caso de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 45 de la Carta local prescribe: “Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ella”.

OROZ, Miguel H. E. “DNU y decretos delegados en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. El quebrantamiento de la legalidad y la renuncia a su control”, en Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, agosto 2010, p. 181. El autor interpreta que: “... en el ámbito de la provincia de Bs. As. es jurídicamente inviable, al menos desde el punto de vista teórico, el dictado de actos por parte del órgano Ejecutivo, que impliquen la regulación de materia legislativa, tanto a través de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia como de los reglamentos delegados. Sin embargo, esta circunstancia, no parece estar demasiado presente en las autoridades locales (1), pues basta con releer y examinar el Boletín Oficial y advertir inmediatamente y sin mucho esfuerzo, una profusa y copiosa actividad de emisión de actos de tal naturaleza”. Así también aborda la respuesta jurisprudencial en distintos casos, que si bien escasos, parecen inclinarse por la validación de actos de naturaleza legislativa

VIII. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

El artículo 99 inciso 3 dio cobertura constitucional a la atribución del Poder Ejecutivo para dictar, sin habilitación previa del Congreso, disposiciones de naturaleza legislativa¹²¹, siempre y cuando se dé una situación de necesidad y urgencia y circunstancias que hagan imposible acudir al trámite ordinario para la sanción de las leyes.

La norma establece cuatro materias prohibidas expresamente: penal, tributario, electoral o el régimen de partidos políticos. Las dos primeras con un reconocimiento constitucional desde la vigencia de 1853.

Para algunos autores, por ser un instituto de aplicación restrictiva, también se extendería a otras cuestiones.

Rodolfo Spisso¹²² entiende que resulta un gravísimo error no haber incluido entre las excepciones al instituto de la expropiación, lo que debilitaría la protección que antes de la reforma la Constitución le otorgaba al derecho de propiedad. Asimismo, señala que la exclusión de la materia tributaria es absoluta, no se podrían crear tributos, derogarlos, aumentar o reducir alícuotas, conceder exenciones, tampoco establecer o modificar regímenes de coparticipación tributaria.

Badeni considera que quedan excluidas aquellas materias cuya regulación constitucional exige mayorías especiales o asigna a alguna de las Cámaras la calidad de originaria¹²³.

Como señaláramos precedentemente la Carta Federal requiere mayorías agravadas para dictar las leyes de iniciativa popular (artículo 39), consulta popular (artículo 40), de coparticipación federal (artículo 75 incisos 2), de asignación específica de recursos coparticipables (artículo 75 inciso 3), para aprobar tratados y convenciones de derechos humanos (artículo 75 inciso 22), para aprobar tratados de

emitidos por el Poder Ejecutivo provincial.

121 BALBÍN, Carlos F., “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”, op.cit., p.160, define: “Los decretos de necesidad y urgencia son las normas de alcance general que dicta el Ejecutivo sobre materias legislativas, sin autorización del Congreso”.

122 SPISSO, Rodolfo R., “Derecho Constitucional Tributario”, op.cit., p. 291.

123 BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional”; op. cit., t.II., p.427.

integración (artículo 75 inciso 24), para reglar el régimen electoral y de partidos políticos (artículo 77), para regular el trámite de intervención del Congreso para los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99 inciso 3), de creación y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación (artículo 85) y de regulación del Consejo de la Magistratura (artículo 114).

Se establece como Cámara de inicio a la de Diputados para las leyes de reclutamiento de tropas y tributarias (artículo 52), como también para reglamentar la iniciativa popular (artículo 40); en cambio los proyectos de leyes de coparticipación federal (artículo 75 inciso 2) y de promoción para lograr el equilibrio en el desarrollo provincial y regional (artículo 75 inciso 19) deben iniciarse por la Cámara de Senadores.

Julio R. Comadira¹²⁴, expone que la materia penal debe comprender también la represivo-contravencional y, en general, las facultades restrictivas de la libertad física; así también debiera equipararse a las materias relativas a la función judicial, en especial los aspectos referidos a la jurisdicción, aquí con cita de Juan Carlos Cassagne¹²⁵. El autor observa que también deben quedar fuera del ámbito de los decretos de necesidad y urgencia cuestiones inherentes a la propia integración del Poder Ejecutivo (v.gr. la facultad del Congreso para admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente) o cuando debe evaluar los actos del Poder Ejecutivo por expresa atribución del Congreso al Legislativo (v.gr. aprobación o suspensión del estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo en receso del Legislativo), por entender que aceptarlo implicaría una variante de la suma del poder público en cabeza del Ejecutivo. Sostiene que no sería viable considerar prohibidas otras materias además de las enunciadas y que, en tal sentido, hubieran debido vedarse las cuestiones vinculadas con la soberanía nacional, las relativas al crédito público, la integridad territorial del Estado o la conducción de las relaciones

124 COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo”, op. cit., p. 242.

125 CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia”, Revista La Ley 1991-E-1179. Allí el autor observa: “En principio, un reglamento de necesidad y urgencia no podría regular (por ejemplo) el procedimiento a seguir en los pleitos entre particulares o los litigios en que es parte el Estado ni tampoco reformar definitivamente los códigos de fondo”.

exteriores de la Nación¹²⁶.

Rodolfo Barra y Miguel Licht¹²⁷, dentro de la enumeración explícita, incluyen dentro de la materia penal todos los supuestos previstos en el Código Penal y leyes especiales, abarcando a las sanciones administrativas aplicables por los jueces penales, a las normas procesales de ejecución de la acción penal, a las leyes relativas a la ejecución de la condena, salvo en lo que respecta a la ley orgánica del servicio penitenciario y los procedimientos jurídicos y condiciones básicas para las construcciones carcelarias. Distinguen la materia tributaria de aquellos aportes económicos vinculados a relaciones de servicio que pueden ser organizados de manera eminente por un reglamento administrativo y que generen la obligación de pagar una suma de dinero. Con relación a la materia electoral y al régimen de partidos políticos, ejemplifican como supuestos prohibidos la regulación del ejercicio de los derechos electorales de los ciudadanos y de las autoridades representativas contempladas en la Constitución nacional, la calidad de elector, el domicilio, el procedimiento, los mecanismos de control, especialmente el judicial, autoridades electorales, los medios para emitir el voto, el procedimiento para el escrutinio; respecto de los partidos políticos, su reconocimiento como tales, la democracia interna o su plataforma electoral. Observan que no puede haber otras excepciones más allá de estas, tal el caso de la regulación de cuestiones substanciales propias del Código Civil, Comercial, de Minería, del Trabajo, de la Seguridad Social.

En cambio, sí admiten otras materias excluidas por su propia naturaleza, tal el supuesto de aquellas leyes que requieren para su sanción una mayoría especial, el caso de la ley de coparticipación por requerir el acuerdo unánime de todas las provincias. Excluyen a las cuestiones relativas a la actividad materialmente administrativa de la Legislatura, como también aquellos actos ajenos a la actividad normativa, tales como el otorgamiento de acuerdos para designación de jueces o embajadores, la promoción de juicio político, la aprobación de cuentas de inversión, la designación de funcionarios cuando ello está en cabeza del Poder Legislativo, tal el caso del Defensor del Pueblo o de los auditores de la Auditoría General de la Nación (Cfr. artículo 122 de la Ley 24156).

126 COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo”, op. cit., p. 244.

127 BARRA, Rodolfo – LICHT, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LA LEY 2016-B, 660.

Balbín¹²⁸ señala como prohibiciones explícitas las previstas en el inciso 3 del artículo 99 y enuncia como prohibiciones implícitas a: la sanción de una ley formal en términos constitucionales explícitos, la previsión constitucional de mayorías o procedimientos especiales, las facultades que resultarían desnaturalizadas en caso de reconocer su ejercicio por el Ejecutivo, las competencias materialmente administrativas y los actos complejos.

Como señalamos anteriormente respecto de la delegación legislativa, las jurisdicciones locales podrán prohibir o admitir la atribución del Poder Ejecutivo correspondiente para el dictado de decretos de necesidad y urgencia por ser una cuestión correspondiente a su organización político institucional interna¹²⁹.

En la provincia de Buenos Aires la reforma constitucional de 1994 no modificó la situación preexistente, así como mantuvo la prohibición expresa del artículo 45, tampoco incorporó la habilitación competencial para que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos de necesidad y urgencia, más aún, el artículo 3 (texto según la reforma de 1994) prescribe en su segundo párrafo que: “...la arrogación ilegítima de funciones de un poder en desmedro de otro, será nula de nulidad absoluta y los actos que de ellos se deriven quedarán sujetos a revisión ulterior”.

Sobre esta base constitucional la SCBA fue resolviendo diversos casos¹³⁰ en los que el Poder Ejecutivo dictó decretos de necesidad y

128 BALBÍN, Carlos F. “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”; op. cit., p.167.

129 CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R. – CALDERÓN, Maximiliano R., “Los decretos de necesidad y urgencia en las Provincias”, en obra colectiva “Estudios de Derecho Público”, Director Enrique M. Alonso Regueira (Director), Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Bs. As., 2013, (fuente página web: www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/004-edp-2-castro-calderon.pdf). Allí se señala: “que a tenor de sus arts. 5 y 122, la Constitución nacional no impone a las provincias un modelo institucional predeterminado. Solamente exige que el que adopten sea compatible con los estándares constitucionales”.

130 Taglianetti, Esteban F.; Raffo, Mariano; Ibarra, Daniela; Deantoni Mosca; Aravena, Erika; Simioni, María Victoria; Fernández, Guillermina; Novelli, Fernando; Grace, Jacqueline y Herrera, Daniel. “Análisis de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el año 2018” Universidad Católica de La Plata, Argentina, “Revista Derechos en Acción Año 4/Nº 13, primavera 2019, Investigaciones, p. 511-634. En este trabajo de investigación se vuelcan diferentes casos en los que la SCBA con

urgencia, sentando su criterio en sentencia del 31 de mayo de 2021 en causa A 74.552¹³¹.

En el caso se dispuso declarar la invalidez de un decreto de necesidad y urgencia que prorrogó la emergencia policial -luego ratificado por ley- y la consecuente resolución ministerial que había declarado prescindible a la actora; asimismo la invalidez de la parte pertinente de dicha ley posterior, en cuanto pretendió convalidar retroactivamente los efectos del decreto. Se determinó que tales normas y actos consecuentes se oponen a los artículos 3, 31, 45, 57 y cc. de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y doctrina artículos 1, 17, 28, 31, 99 inc. 3, segundo párrafo de la Constitución Nacional).

En el fallo se marcan las diferencias del régimen constitucional provincial respecto del Nacional.

Se señala que en la provincia de Buenos Aires se ha reconocido al Poder Ejecutivo potestad para emitir reglamentos autónomos o independientes derivadas de la jefatura de la Administración y para dictar reglamentos de ejecución conforme lo dispuesto en el artículo 144 inciso 2 de la Constitución local; en cambio el texto constitucional no habilita a la autoridad administrativa a dictar normas de jerarquía legislativa, ni en contextos de normalidad ni frente a situaciones apremiantes.

Por otra parte, más allá del caso concreto, se prevé la posibilidad hipotética, ante supuestos de incontestable gravedad, de iniciativas normativas de urgencia promovidas por el poder administrador, siempre que ellas fueran fundadas, razonables y necesarias para conjurar una súbita situación objetiva de calamidad pública, cuando no pudieren tener una consecuente respuesta a través del poder legislativo (punto V.5 del voto del Dr. Soria).

Como también en el punto V.6.b. cuando se analiza la invalidez del decreto y sus actos aplicativos, se la atribuye a tres factores: “i] no se acreditó una necesidad concreta y objetiva que impusiera la

composición propia y con conjueces sentó criterio respecto de decretos de necesidad y urgencia, tanto en casos en los que luego fueron ratificados por leyes posteriores como cuando ello no había ocurrido.

131 SCBA, sentencia del 31 de mayo de 2021 en causa A. 74.552 “Fe, Silvia Fernanda c/ Ministerio de Seguridad s/ Pretensión Anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal” (Voto del Dr. Soria al que adhieren el resto de los ministros votantes: Kogan, Torres y Petiggiani, con algunas consideraciones adicionales en el voto de este último).

expedición del decreto como única alternativa regulatoria disponible; ii] no ha existido, ni se ha alegado circunstanciadamente, un suceso excepcional que haya impedido sancionar una ley (de hecho, ningún obstáculo debió superar el legislador las reiteradas veces que fue llamado a intervenir en esta materia; conf. leyes 13.188, 13.409, 13.704, 13.842 y 14.060) o tornado gravemente disfuncional aguardar a la sanción de la ley; iii] la motivación del decreto es harto insuficiente”.

IX. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

El artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Esta disposición ha receptado el principio de legalidad respecto de los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

Se ha entendido que en algunos casos el principio se ve acentuado, ya sea por aplicación de la Convención o de la propia Constitución nacional¹³².

La CIDH en Opinión Consultiva n°6/86¹³³ del 9 de mayo de 1986 concluye, por unanimidad: “que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.

Esta posición no implica desconocer la posibilidad de delegación

132 ALONSO REGUEIRA, Enrique M., “Artículo 30. Alcance de las Restricciones” en La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Enrique Alonso Regueira (Director), La Ley – Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Bs. As., 2013, p.535.

133 CIDH, OC-6/86 OPINIÓN CONSULTIVA OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

legislativa, en sus justos límites, en este sentido en dicha Opinión Consultiva en el considerando 36 se expuso: “Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.

En su voto concurrente en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁴, el Juez Humberto Antonio Sierra Porto, analiza los alcances de la reserva de ley en la Convención Americana. En su considerando 31 señala: “En conclusión la eficacia jurídica directa, el valor normativo de los derechos establecidos en la Convención Americana es compatible con la existencia de reserva de ley en tanto esta es necesaria o conveniente según las funciones de configuración, armonización de derechos, o actualización. Sin embargo, la vigencia de los derechos convencionales y la obligación de garantizar el goce efectivo de éstos permite que en ausencia de ley los jueces puedan decidir de manera tal que amparen a las personas a quienes se les conculquen sus derechos. Además, en supuestos en los que las exigencias de configuración, ponderación o armonización de derechos no sean esenciales para determinar las obligaciones derivadas del derecho convencional, además de la protección judicial se puede, es más, existe el deber de que mediante reglamento se proteja el derecho”.

Precedentemente, al referirse a la necesidad de precisión de los derechos fundamentales, en el considerando 29 expone: “Sobre este punto, corresponde aclarar que no toda disposición que defina el ámbito de conductas protegidas por un derecho humano debe ser materia de ley formal y material pues esto supondría, por una parte, una carga imposible de cumplir por parte del legislador a quien se le exigiría configurar en abstracto todas las posibles manifestaciones del derecho fundamental regulado. Por otra parte, lo anterior implicaría el riesgo que aquellas conductas que hacen parte del ámbito de protección del derecho y no hayan sido enunciadas, no podrían ser obje-

134 CIDH, OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicita por la República de Costa Rica “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”.

to de protección por medio de los mecanismos internos de defensa de los derechos humanos”.

Es decir, la precisión y concreción de los derechos fundamentales exige muchas veces una dinámica que excede a la ley formal y material, por lo que allí se reconoce el ámbito de regulación fuera de la legislatura.

En el considerando siguiente extiende dicha posibilidad ante la necesidad de actualización de los derechos producto de la evolución social, cultural o específicamente tecnológica.

En este sentido en el considerando 30 expresa: “La tercera función que la ley cumple es la de actualizar el contenido de los derechos humanos. En efecto, el sistema jurídico, debe evolucionar a la par de la sociedad y no puede desconocer los cambios que en ésta se operan, so pena de tornarse ineficaz. En este orden de ideas, respecto a los derechos humanos, la ley debe mantener vigentes el alcance de las garantías y libertades reconocidas por la Convención y por el derecho interno. Así, corresponde a la ley, regular nuevas maneras de ejercicio de los derechos humanos, estrechamente ligadas a los avances y desarrollos tecnológicos. Al igual que la función de configuración, las leyes que actualizan indican significados, alcances, contenidos que en el momento en el que se creó el derecho no se previeron o simplemente no existían. Un ejemplo de ello sería el alcance de la libertad de expresión y el habeas data los cuales no eran imaginables hace 50 o 100 años atrás. Sin embargo, tampoco es posible pretender que la actualización del alcance de las normas se dé exclusivamente bajo la expedición de nuevas normas, pues el legislativo no suele tener la capacidad para responder de forma pronta a las nuevas necesidades, razón por la cual, en muchos casos, dicha evolución es realizada por los órganos competentes para interpretar los tratados de derechos humanos o las Constituciones de los Estados”.

X. CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE “CIERRE” O DE SUPREMACÍA DE LA LEY COMO FUENTE NORMATIVA PARA REGULAR TODOS LOS COMETIDOS ESTATALES

El artículo 75 inciso 32 asigna al congreso la potestad de: “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

Con ello el constituyente ha colocado una cláusula de cierre y

asignando a la Legislatura un poder normativo sobre toda la actividad estatal¹³⁵, no solo respecto de las atribuciones propias sino de las relativas a los otros poderes; obviamente, limitándose a la tarea de normar, es decir, el Congreso no podrá administrar (salvo en lo que debe gestionar dentro de su propia estructura institucional) ni podrá juzgar (excepto el proceso de juicio político previsto en los artículos 53, 59 y 60, asimismo el examen del derecho y títulos de sus miembros previsto en el artículo 64).

Se consagra en cabeza de la Legislatura un poder implícito¹³⁶ para regular todo ámbito de la actividad estatal que no se haya expresamente asignado ni a ésta ni a los otros dos poderes, ya que, no solo habla de los poderes antecedentes (los enunciados en el artículo 75), sino a “todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

Ahora bien, más allá de la discusión entre quienes rechazan¹³⁷ o

135 GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina”, t.II., op. cit., p.256. La autora señala que los poderes implícitos del Congreso cuestionan el principio de división de poderes en sentido estricto, tanto entre los tres departamentos de gobierno como el federal y que se lo ha justificado en que el Poder Legislativo expresa la soberanía popular y la representación igualitaria de los Estados locales

136 GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación...”; t.II., op. cit., p. 255.

137 GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”; Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, Bs. As., 2013, t.I, Capítulo VII-8 (Fuente página web: https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf); expone: “El Congreso puede legislar sobre todas y cualquiera de las actividades realizadas por el Poder Ejecutivo,25 sin otra limitación que la de que la ley establezca una regulación razonable”, y luego, en el mismo Capítulo pág.41, respecto de la posibilidad de dictar reglamentos relativos a su propio funcionamiento, señala: “Puede admitírseles para regir exclusivamente el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero resulta inconstitucional, en cambio, que se pretenda limitar los derechos de los particulares o la potestad del Congreso sobre la administración, por cuanto el art. 14 de la Constitución establece claramente que la regulación y por ende restricción de los derechos individuales puede hacerse “por las leyes,” esto es, por las leyes del Congreso y no por actos de la administración. Con todo, procediendo con la debida prudencia es posible utilizar este medio reglamentario dentro de sus límites; habrá de cuidarse de no fijar obligaciones de los particulares hacia la administración, que no tengan un sustento legal específico”.

BALBÍN, Carlos F., “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”, en obra colectiva “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias.

plantean la existencia de una zona de reserva de la administración¹³⁸, concretamente, el Congreso dicta normas en esferas de regulación que hacen a la actividad de la Administración derogando sus antecedentes dictados por ésta última, más aún cuando en muchos casos, directa o indirectamente, se pueden ver condicionados, regulados o limitados derechos de terceros¹³⁹.

Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (Dirección) – Pablo L. Manili (Coordinador), t.IV, Hamurabi, José Luis Depalma editor, Bs. As., 2010, p.156, expresa: “..., el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución tiene ciertos caracteres. Ante todo y en primer lugar es una facultad propia del Poder Ejecutivo por disposición constitucional y no una remisión expresa o implícita del legislador a través de la ley; en segundo lugar, su ámbito de actuación está delimitado por la ley que es objeto de reglamentación, las otras leyes y los principios y reglas constitucionales”

Es decir, la ley está por encima de los decretos de modo que éstos no pueden vulnerar el contenido o sentido de aquélla y, en caso de incumplimiento el decreto es nulo. Así en nuestro ordenamiento jurídico el reglamento sólo puede abarcar el ámbito secundario que dejó librado la ley y, además, no puede contradecir o derogar las disposiciones legales, a suplir la ley en caso de omisión del legislador”.

Luego señala (op. cit. p. 159): “A su vez, el papel respectivo de la ley y el decreto en la reglamentación de las materias depende –más allá de las bases constitucionales- de la decisión del legislador que, tal como ya explicamos, puede agotar la regulación con las particularidades o detalles.

Sin embargo, y a título de excepción, es posible el dictado de decretos autónomos en el ámbito de la organización interna de la Administración sin repercusiones en el exterior, es decir, sobre terceros. A su vez, el Congreso puede regular las materias propias del ámbito interno de la Administración, en cuyo caso el Ejecutivo no puede luego mediante un decreto posterior modificar o derogar la ley. Pero el legislador puede derogar la ley y así deslegalizar la materia que ha sido objeto de regulación por él. Una vez deslegalizada el Poder Ejecutivo puede regular la materia dictando el decreto interno.

En síntesis, el decreto llamado comúnmente autónomo o independiente debe circunscribirse en nuestro sistema constitucional, al ámbito interno de la Administración siempre que, además, no haya sido reservado por disposición constitucional al Congreso como ocurre en ciertos casos y que de hecho, no haya sido regulado por el legislador.

Sin perjuicio de nuestro criterio, cierto es que el ejecutivo dicta decretos autónomos, por ejemplo, sobre creación de entes autárquicos o respecto del régimen salarial en el sector público”.

138 MARINEHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, t.I., 2da. edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1977, p. 249.; CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo...”, t.I., op. cit., p.182.

139 Tal el caso de las normas de procedimiento administrativo con las implicancias que sus normas pueden tener respecto del debido procedimiento

Se ha discutido si los otros poderes poseen prerrogativas implícitas¹⁴⁰ que, aún, sin el reconocimiento de una zona de reserva propia podrían utilizar ante la falta de regulación legislativa. En la práctica, tanto el Poder Ejecutivo¹⁴¹ como el Poder Judicial¹⁴² han hecho uso de dichas atribuciones.

Así también estas atribuciones pueden ejercerse, no sólo ante la falta de regulación, sino también para adaptar las normas de acuerdo a la mutación que pueden tener por la evolución tecnológica.

Al abordar los alcances del voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la aplicación del principio de reserva de ley frente a las funciones de esta última, una de éstas funciones es la de actualizar el contenido de los derechos humanos, los que pueden modularse conforme a los avances tecnológicos o la evolución social; y que, ante la celeridad o el dinamismo de los cambios, muchas veces el Poder Legislativo no puede dar una respuesta inmediata a los mismos, entonces son los organismos encargados de aplicarlos los que dicten las normas necesarias para per-

administrativo y, eventualmente, el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad procesal; así también en el régimen de empleo público respecto de los derechos de los agentes.

140 GELLI, María Angélica, ““Constitución de la Nación...””; t.II., op. cit., p. 256. Expresa que resulta menos consistente postular dichos poderes implícitos en cabeza de los otros poderes, sin perjuicio que fueron reconocidos tanto doctrinaria como jurisprudencialmente en cabeza del presidente de la Nación y la CSJN.

BADENI, Gregorio, “”, “Instituciones De Derecho Constitucional”, t.II., op. cit. p. 272. Observa que en el texto constitucional la potestad solo se le reconoce al Congreso y que ello, sumado al carácter restrictivo de la atribución llevó a la doctrina constitucional a sostener que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no pueden invocar facultades implícitas, con cita en nota de Juan A. González Calderón, Segundo V. Linares Quintana y César Enrique Romero.

141 CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t.I., p.184 dentro de los ejemplos de reglamentos autónomos señala al decreto 7520/44 que reguló el recurso jerárquico, el decreto 1429/72 sobre régimen de licencias para los agentes públicos, así también observa que se ha sostenido (Jorge José Docobo) que el decreto 1759/72 reglamentario del decreto ley 19549/72 está dentro de la categoría.

142 La CSJN dicta Acordadas regulando el régimen de empleo (Reglamento de la Justicia Nacional del 17/12/52 publicado en BO N 17382 del 22 de abril de 1953, régimen de licencias Acordada 34/77.

mitir su ejercicio, obviamente, sin poder avanzar sobre el núcleo esencial de dichos derechos. Un ejemplo de ello, es el caso del Poder Judicial al prever y reglamentar los Procesos Colectivos y su registro, como también la implementación de herramientas vinculadas a las tecnologías de la información y comunicación (TICs)¹⁴³ cuyo uso se vio acentuado como consecuencia de las acciones adoptadas du-

143 CSJN, Acordada 32/14 (publicada en BO del 3 de noviembre de 2014) de creación del Registro de Procesos Colectivos y Acordada 12/2016 (publicada en BO N° 33353 del 8 de abril de 2016) Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos. En esta última se deja expresa constancia en el considerando 10) de la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos fijando las reglas para ello hasta tanto el Poder Legislativo Nacional lo haga. También ha tenido una profusa actividad reglamentaria con el objeto de avanzar en la utilización de herramientas tecnológicas, tal el caso de las notificaciones electrónicas (V.gr. Acordadas 31/2011, 14/2013, 38/2013, 3/2015, 38/2016, 23/2017)

De la misma manera la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por Acordada 3660 del 21 de agosto de 2013 dispone la creación del Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva, incluyendo todo tipo de procesos, allí quedarían incluidos los amparos de incidencia colectiva, en cuyo caso sí se encuentra normada la creación de un Registro por el artículo 21 de la Ley 13928 (texto según Ley 14192).

Así también la SCBA dicta distintas disposiciones que, con el fin de regular la implementación de los sistemas de presentaciones electrónicas (Acordada 3886 del 14 de marzo de 2018) y notificaciones electrónicas (Acordada 3845 del 22 de marzo de 2017) impactan en el proceso y, por ende, en la forma en que deben actuar las partes. Estos dos Acuerdos fueron reemplazados por el Acuerdo 4013 del 15 de abril de 2021 (modificado por el Acuerdo 4016) que aprueba el nuevo “Reglamento para las presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos”, sustitutivo de los dos regímenes anteriores y que, de acuerdo al Acuerdo 4023 del 9 de junio de 2021 regirá desde el 23 de agosto de 2021, integrado en su caso con los aportes y revisiones resultantes de la instancia participativa abierta por la SCBA.

Por otra parte, la SCBA, por Acuerdo 3989 del 21 de octubre de 2020 la SCBA crea el “Registro de domicilios electrónicos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”, integrado por el conjunto de domicilios electrónicos inscriptos en el sistema que se establece en dicha normativa. Esta norma fue modificada por el Acuerdo 4000 del 23 de diciembre de 2000. Luego, por Resolución de SCBA n° 1472/2020 se aprobó el “Reglamento del Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”. Este régimen constituye un hito trascendental en la digitalización total del proceso debido a que permite, respecto de las personas comprendidas, la traba de la litis a través de notificaciones electrónicas a los domicilios asentados en el registro. Por otra parte, este régimen fue consolidado como ley en sentido formal y material, producto del reenvío previsto en el artículo 12 de la Ley 15230.

rante las medidas de aislamiento y distanciamiento social preventivo obligatorio derivadas de la pandemia y que permitieron dar continuidad al servicio de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO REGUEIRA, Enrique M., “Artículo 30. Alcance de las Restricciones” en La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, Enrique Alonso Regueira (Director), La Ley – Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Bs. As., 2013
- BADENI, Gregorio, “Instituciones de derecho constitucional”, 1ra. Reimpresión, editorial AD-HOC SRL, Bs. As., 2000.
- BALBÍN, Carlos F., “Los decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia”, en obra colectiva “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (Dirección) – Pablo L. Manili (Coordinador), t.IV, Hamurabi, José Luis Depalma editor, Bs. As., 2010
- BARRA, Rodolfo – LICHT, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, LA LEY 2016-B
- BIANCHI, Alberto B., “La delegación legislativa: evolución y estado actual”, Fórum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 3, 2015, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina (Fuente página web: www.bibliotecadigital.uca.edu.ar)
- BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-B-, Nueva edición ampliada y actualizada a 2000-2001, Buenos Aires, Ediar, 2006
- CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia”, Revista La Ley 1991-E-1179.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t. I.
- CASÁS, José Osvaldo “El principio de legalidad tributaria, decretos leyes, reglamentos y reglas generales administrativas, PET 2008 (agosto-400)
- CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R. – CALDERÓN, Maximiliano R., “Los decretos de necesidad y urgencia en las Provincias”, en obra colectiva “Estudios de Derecho Público”, Director Enrique M. Alonso Regueira (Director), Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Bs. As
- COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, LexisNexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2003.
- Etchichury, Horacio Javier, “El federalismo no es excusa: las provincias argentinas y los derechos sociales” (Fuente: <https://www.redalyc.org/journal/3873/387361141026/html/>)
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte”, JA 2006-III-1206

- GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, T.II, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008.
- GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”; Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, Bs. As., 2013, t.I
- GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, T. II., 10ª ed
- MANILI, Pablo L., “El Correo Nacional” en obra colectiva “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (director), Pablo L. Manili (coordinación), t.III., editorial Hammurabi, Bs. As., 2010
- MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, t.II., Abeledo Perrot, Bs. As., 1966
- OROZ, Miguel H. E. “DNU y decretos delegados en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. El quebrantamiento de la legalidad y la renuncia a su control”, en Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, agosto 2010
- PEREZ DUHALDE, Ramiro, “Principio de legalidad estricta en materia penal. Breve historia y desvíos. El caso del terrorismo” en página web www.sedici.unlp.edu.ar > Revistas > Anales > Año 12 | Número 45
- PETRELLA, Alejandra B. “La Ley de Ética Pública de la Ciudad de Buenos Aires”, LLCABA 2014.
- SABA, Roberto, “El principio de igualdad en la Constitución Nacional”; “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” Daniel A. Sabsay (Director), Pablo L. Manilli (coordinación), t. I., Hammurabi, Bs. As., 2009
- SPISSO, Rodolfo R., “Derecho Constitucional Tributario”, LexisNexis, Bs. As., 3ra. Edición, Bs. As., 2007
- Taglianetti, Esteban F.; Raffo, Mariano; Ibarra, Daniela; Deantoni Mosca; Aravena, Erika; Simioni, María Victoria; Fernández, Guillermina; Novelli, Fernando; Grace, Jacqueline y Herrera, Daniel. “Análisis de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires durante el año 2018” Universidad Católica de La Plata, Argentina, “Revista Derechos en Acción Año 4/Nº 13, Primavera 2019
- ZIULU, Adolfo G., “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (director), Pablo L. Manili (coordinación), t.I., editorial Hammurabi, Bs. As., 2009

BLOQUES REGIONALES Y GRANDES ESPACIOS. PERSPECTIVA NACIONAL FRENTE AL MODELO GLOBALIZADOR

MARILINA MICELI¹

Universidad Abierta Interamericana - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 84-98. Recibido 1/09/2021 - Aceptado 25/02/2022

Resumen: La vigente globalización hace aparecer a los factores clásicos diluidos, la internacionalización de la economía generó un sistema financiero más allá de las soberanías territoriales, la política dominante pasó a estar del lado de aquellos, que, con mejores posibilidades de negociación en el mercado pautan las reglas de juego. El presente trabajo, aborda dicha problemática, siendo, a priori, el proceso de integración regional quien se presenta como puente de transición en la creación de bloques que evidencian su fortalecimiento por vía de aglutinamiento territorial, compartiendo recursos y políticas comunes de manera funcional y como alternativa viable.

Palabras clave: Constitución Nacional/ Globalización / Regionalización.

Abstract: The current globalization makes the classical factors appear diluted, the internationalization of the economy generated a financial system beyond territorial sovereignties, the dominant policy became on the side of those, who, with better negotiation possibilities in the market, regulate the rules of the game. The present work addresses this problem, being, a priori, the regional integration

¹ Profesora Adjunta interina de la Facultad de Dcho de la UBA, profesora titular de la Universidad Abierta Interamericana y Asociada de la Universidad J F Kennedy esa sería la filiación (UBA/UAI/UAFJK) profesora de posgrado UAI y JFK, Miembro de la Asociación Iberoamericana de Dcho Romano AIDROM, de la Asociación Argentina de Dcho Romano ADRA y del Instituto de Historia y Cultura Clásica de la Universidad Católica de la Plata UCALP



process that is presented as a transition bridge in the creation of blocs that show their strengthening by way of territorial agglutination, sharing resources and common policies in a functional way and as viable alternative.

Keywords: National Constitution/ Globalization/ Regionalization.

El siglo XXI comienza con importantes cambios en la comunidad internacional; podemos mencionar, el proceso de globalización económica, la conformación de bloques regionales, la creciente transnacionalización e interdependencia y la tendencia a la producción de transferencia del poder decisorio a instancias sub- nacionales².

Si en los años 90 del último siglo, la democracia y la libertad de elección predominaron en el análisis jurídico-político, en los inicios del presente siglo, esa centralidad ha pasado a corresponderle a los procesos de integración que lo complementan y posibilitan.

En el Continente Americano, especialmente en América Latina, la veta comercial, dentro del marco del proceso de globalización, es la que origina la proliferación de acuerdos en donde la regionalización se presenta como alternativa viable de fortalecimiento, ALCALC, ALADI y MERCOSUR, son claros ejemplos de ello.

La explicación, en relación al motor de dicha transformación mundial, se ha denominado globalización; carente de un perfil definido que permita elaborar una teoría unitaria o conceptualización unívoca, la metáfora se ve a la orden del día, “sociedad amébrica” según Kenichi Ohmae, “aldea global” según McLuhan, “tercera ola” para Alvin Toffler, en donde autores como Canclini nos hablan de “la generación de una nueva cultura híbrida”. (Novo, Chiacchiera y Bevilacqua, 2009)

Zygmunt Bauman nos hablaba hace más de una década de la liquidez de las estructuras en “Modernidad Líquida”, “Tiempos Líqui-

² Hablamos de producción de transferencia de los sujetos intervinientes puesto que, los estados, pueden delegar o descentralizar funciones en órganos provinciales, departamentales, regionales, municipales, intendencias, comunas y a su vez, cada jurisdicción puede realizar lo propio, descentralizando tareas en un órgano jurídico-político más específico. Estos ejemplos no agotan nuevas instancias, pues debemos considerar que no solamente el fenómeno ocurre instancias adentro sino, que también puede ser de carácter internacional y en vez de estados nacionales, la delegación puede tener inicio desde un gran bloque, como por ejemplo Mercosur o Comunidad Europea.

dos”, incluso, de la forma de relacionarnos en “Amor líquido” y los ribetes educativos, “Sobre la educación en un mundo líquido”.

Frente a estos cambios y, en el plano jurídico, se advierte gran discrepancia entre norma y realidad, la primera es estática y responde a una estructura de estado-nación casi inexistente, en donde jurisdicción y soberanía se circunscriben a territorio y fronteras rígidas definidas y concordantes con un sistema de endo-normas; es decir, de puertas hacia adentro mientras que, paralelamente, y desde lo fáctico, la realidad es dinámica; produciéndose una tensión entre ambos planos.

Esto se debe, a que la conducta, por estar inmersa dentro de una realidad cultural cambiante, adopta nuevas costumbres en donde los valores sociales vigentes buscan y exigen su nuevo correlato jurídico en aras de seguridad, para un sujeto que ya no es local o jurisdiccional sino, persona ciudadana del mundo.

Así las cosas, la dinámica global frente a la estática normativa retrasa las decisiones que en mayor o menor medida pretenden adoptarse, a su vez, la intensificación de las interacciones regionales y globales entremezclan la distinción entre asuntos internos y externos, entre política local e internacional, presuponiendo interdependencia asimétrica y creciente, en un estado de transición e incertidumbre.

Países periféricos sufren la intromisión del modelo y le requieren una pronta adecuación como componente necesario para su eficaz pervivencia. La integración regional o unificación de bloques, se presenta como fuente de fortalecimiento, compartiendo recursos y políticas comunes de manera funcional.

Dice Dromi: “La aldea global es un espacio abstracto, con un poder cultural dominante que provee de definiciones y contenidos a esta gran red de interconexión. La aldea local es su dimensión concreta y personalizada, con una realización urbana y rural adyacente, que integra la heterogeneidad social a la tecnología y al conocimiento de la red global, es la que devuelve -de algún modo- certeza, confianza, desarrollo y seguridades al hombre, (...) La agenda del presente parecería exigir la construcción de nuevos mapas de interconexión y el conocimiento de la nueva geografía científica y de los nuevos mercados y espacios de la cultura del trabajo.” (Dromi, 2005, p. 32)

“En términos políticos, el nuevo impulso integracionista coincidió con un momento de renovación generalizada de gobiernos en América Latina, los que pasaron a incluir en sus respectivas políticas exteriores iniciativas de asociación intrarregionales. Al contrario de

lo que ocurrió en otras épocas, el interés por la integración regional apareció asociado a líneas pragmáticas y desideologizadas de acción internacional acompañadas de una preocupación creciente por el desarrollo de una diplomacia económica.” (Hirst y Russell, 2001, p. 125)

Bajo estas nuevas condiciones nace en el año 1991, la principal experiencia en América del Sur, el denominado Mercosur; Ya en sus comienzos, el Mercosur operativiza las relaciones con Europa y como consecuencia de ello, firma un acuerdo marco con la Unión Europea³, notando el creciente protagonismo de algunos estados vecinos y la necesidad de obtener su cooperación, establece la pertenencia parcial de la República de Chile y la República Plurinacional de Bolivia.

Como unión de bloque, el Mercosur logró también, afirmarse como un todo integrado en el ámbito de las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas, ALCA, por lo que su progresiva conformación hizo que fuera consolidándose, cada vez más, en el mapa globalizador.

En este sentido, indican Hirst y Russell (2001), “Desde sus inicios la literatura académica sobre regionalismo, incluso en los países industrializados, comenzó a citarse al Mercosur, como el principal ejemplo de “Integración Sur-Sur”. A su vez, el peso político del Mercosur cobró relevancia en las negociaciones hemisféricas, desde una estrategia defensiva” (p.157)

Agregando que el Mercosur es el único caso en el que simultáneamente se combinan procesos de consolidación democrática y conformación de una zona de paz.

Tres años después de su creación, en la reunión de Ouro Preto, se constituye el Foro Consultivo Económico y Social, su principal función es económica y trata de brindar mayor organicidad y sentido regional a los intereses empresariales. Lamentablemente, el gran po-

3 La gestión tubo múltiples instancias, incluso un estatuto que indicaba el proceso a seguir para la firma de dicho acuerdo, toda la gestión se demoró 5 años, desde 1995 hasta su entrada en vigor en el año 1999, los lineamientos generales se ocupaban más de la operativización y puesta en marcha, es decir de los detalles técnicos, que de las verdaderas aspiraciones, que, por tal circunstancia, se vieron demoradas, las áreas incluidas buscan la sociedad en temas tales como relaciones políticas, comerciales y de cooperación, con intención de ser extendido al área científica, tecnológica, de infraestructura y de energía renovables.

tencial económico de sus dos principales socios, si bien, coadyuvan al fortalecimiento regional, internamente generan competencia por la productividad individual y su respectivo desarrollo local, como correlato.

“La tensión entre asimetría y estrategia productiva es producida por las diferencias generadas entre la estructura post sustitutiva, que viene consolidándose en la Argentina, y la reactivación de una estrategia industrialista del lado brasileño. Esta diferencia en el contexto de las asimetrías, que siempre estuvieron presentes en la vinculación entre los dos países, además de dificultar la integración de sus economías, abre un espacio para presiones internas y externas que rápidamente ganan el perfil de politizaciones negativas.” (Hirst y Russell, 2001, p. 178)

En términos concretos la República Federativa de Brasil conservó y modernizó sectores productivos pesados, como el automotriz y el químico, además de los bienes de capital y el de informática, mientras que la República Argentina se focalizó en el desarrollo de la industria alimentaria generando allí, sus ventajas productivas.

Los signos del creciente protagonismo de las autoridades locales al interior de los procesos de integración regional se han multiplicado a partir de la década del 80 a nivel mundial. Dentro de este proceso globalizador, las ciudades comienzan a estrechar corredores comunicacionales que darán, con el transcurso del tiempo, nacimiento a lo que hoy se denomina, en nuestro continente, Mercociudades, su correlato europeo, Eurociudades, generándose, un nuevo espacio de carácter glocal de decisión.

En este sentido Granato y Oddone (2008) afirman “Las ciudades pueden influir positivamente en los procesos de integración aportando una mirada local, y a partir de ese marco intervenir sobre otros procesos globales; son las ciudades y sus ciudadanos quienes viven y conviven en forma directa con tales procesos, soportando los diferentes impactos y problemas actuales.” (p.15)

Los orígenes de la Red de Mercociudades se remonta al mes de marzo del año 1995, fecha en que se llevó a cabo en la ciudad de Asunción, capital de la República del Paraguay, el encuentro Internacional del Mercosur “Opciones y Desafíos para las Ciudades en el Marco de la V Reunión de Alcaldes de la subregión Cono Sur de la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas (UCCI).

En dicho encuentro, las ciudades de Asunción, Montevideo, Brasilia, Río de Janeiro, Buenos Aires y Santiago de Chile firmaron,

el 7 de marzo, una declaración de anuncio en la que manifestaban la intención de crear un Consejo de Ciudades del Mercosur con el objetivo de “vincular esfuerzos y recursos orientado a estrategias de desarrollo urbano”.⁴

Ya no se trata de una unión de estados de América del Sur, sino de la unión de sus ciudades más importantes, generándose una nueva subregión con bajada local intra espacios, con órganos de consejo, unidades técnicas y de coordinación que funcionan como bisagra canalizadora y catalizadora de necesidades y aspiraciones, desde lo local hacia lo transnacional y viceversa.

Como se expresa en la declaración de Porto Alegre, en su Segunda Cumbre, año 1996: “La realización de una integración que contribuya para el fortalecimiento de la democracia, del combate a las desigualdades y a la exclusión social y la mejora de la calidad de vida de las poblaciones depende decisivamente de que las Ciudades pasen a desarrollar un papel de protagonismo en el escenario internacional.”⁵

En Europa, y de manera concordante al fenómeno latinoamericano, las Eurociudades, indican: “Europa vive y se expresa a través de sus ciudades. (...) que conforman la columna vertebral del territorio (...). La integración y el dinamismo europeo son el producto de una red de ciudades que poseen un rico patrimonio histórico-cultural, una gran capacidad de innovación tecnológica y social, y una sólida estructura de servicios tanto para compañías como para sus ciudadanos”.⁶

Dentro de nuestro continente podemos mencionar también a la Red Andina, la Red denominada CAN, entre las que se encuentran Bogotá, Quito, Lima y Caracas también tienen como finalidad integrar una región glocal consolidada de trabajo mancomunado.

En definitiva, La conformación de regiones, vista como una nueva alternativa o vía de estructuración de poder y fortalezas frente a

4 Ver en Declaración de anuncio de creación del Consejo de Ciudades del Mercosur, de fecha 7 de marzo de 1995.

5 Las actas de cada cumbre y su contenido pueden consultarse en la web ya que se encuentran publicadas desde la primera a la última celebrada.

6 En la web puede consultarse el documento constitutivo de la red de Eurociudades Tanto las ciudades vinculadas dentro de la red de mercociudades como las incluidas dentro del grupo de eurociudades, son consideradas como grandes ciudades por su grado de desarrollo poblacional y actividad económico-financiera, es por ello que podemos denominarlas macro ciudades de igual manera ocurre con las restantes redes mencionadas,

los embates de un fenómeno que influye, modela y subordina; inicia su proceso.

Es propicio analizar cómo fue el impacto interno en la República Argentina.

Pues, como indica Pedro Frías (2005), “El rol de los poderes locales en el desarrollo político es decisivo, porque el acceso de las organizaciones sociales a las instituciones representativas, y a la consolidación de las libertades, se realiza más y antes en los niveles locales que en los centrales.” (p. 18)

En la República Argentina, los intentos regionales más concretos datan de mediados del siglo pasado, en aquel entonces, la reorganización político jurisdiccional era central en la agenda de los gobiernos como camino a transitar para el desarrollo eficaz de la economía primaria que se sustentaba en la diversidad y extensión territorial del Estado.

Cabe aclarar que, desde siempre, en nuestra organización nacional, han coexistido dos factores, uno la provincia y otro la región; por un lado, la organización política de carácter deliberado o racional y por el otro, la distribución regional que obedece a causas de orden no voluntario ni convencional sino, más bien, a caracteres étnicos, territoriales y sociales y, que en mayor o menor medida siempre se las ha reconocido.

Pero, a partir de la última reforma constitucional, en el año 1994, se plantea un nuevo federalismo de concertación y coordinación dentro de un plano de subordinación, puesto que la Constitución Nacional reformada, a partir de la inclusión del Art. 124, positiviza y faculta a cada una de las provincias a crear regiones “para el desarrollo económico y social” y así mismo, a darse sus propios órganos con facultades competentes hacia el cumplimiento de los fines perseguidos.⁷

Tal como lo explica Antonio María Hernández, regiones que tengan en cuenta aspectos culturales, sociales y económicos, trabajando

⁷ Art. 124: Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

en la promoción de economías regionales. Con una fuente formal de carácter racional y proyectivo que les da origen y con el objeto de tender a la igualdad de oportunidades, impulsando la solidaridad entre las provincias;⁸ se les concede cierta autonomía provincial, cooperando a fin de afianzar nuestro federalismo y cuidando también el planeamiento nacional.

Por lo que podemos afirmar que, la República Argentina, al igual que los restantes Estados, es también escenario de la dinámica integracionista que caracteriza el fin del milenio a nivel mundial, tanto hacia el exterior del Estado-Nación como a su interior y que involucra no solamente a las relaciones inter jurisdiccionales sino también a las relaciones entre el estado y la sociedad civil.

Países, provincias, departamentos, ciudades, municipios, comunidades, jurisdicciones, se aúnan para el cumplimiento de objetivos comunes, conforman sus características identitarias, planifican guías de acción, proyectan su continuidad.

Estas regiones internacionales, nacionales, locales, transnacionales, y subnacionales, comienzan a adquirir mayor protagonismo a fines de los 80 aceptan sus vías de comunicación y acción como retroalimentación simultáneo.

Así las cosas, nuestras provincias aumentaron su visibilidad, el fortalecimiento institucional local, como parte de la descentralización, facilita la construcción de redes de colaboración y cooperación entre los diferentes niveles de la administración pública, avanzando en su bajada, hacia, una democracia más participativa, cercana.

A partir del año 1994, rige un nuevo federalismo de concertación y coordinación dentro de un plano de subordinación- el convencional comprende que, a mayores instancias institucionales entre el individuo y el estado, corresponden mayores garantías para el desempeño

⁸ Las normas son herramientas de la ciencia jurídica; como todo utensilio, es carente de valor per se, creada por el hombre es siempre cultural, pero en particular salvo la costumbre jurídica de carácter espontáneo, todas son racionales, deliberadamente el juez emite una sentencia, el legislador una ley, el presidente un decreto, el órgano municipal una ordenanza, los estados firman convenios o tratados y las partes los contratos. Estas herramientas pueden cumplir diferentes finalidades, resolver conflictos entre las partes, modificar el orden político de un estado o promover el logro del bien común, en estos casos se dice que su finalidad es programática, es decir de carácter proyectivo, portan consigo la regulación de las conductas propendiendo al logro de determinado fin, como puede ser la justicia, la seguridad, la paz. La solidaridad, la integración regional, la alfabetización, entre otros.

de la libertad y la justicia en democracia, por esa razón es que, sin mayores inconvenientes, en el debate pre-constituyente, la cláusula regional queda incorporada, indefectiblemente, en el Art. 124 C.N.⁹

En definitiva, y espero no excederme en reiteraciones, se trata de tender a la igualdad de oportunidades y de la solidaridad entre provincias dándoles, de manera facultativa, por imperio constitucional, la facultad de crear sus propias regiones, otorgándoles cierta autonomía a fin de afianzar el federalismo, cuidando el planeamiento nacional.

El tipo de región que incorpora el emergente proceso de regionalización subnacional interprovincial en Argentina es el denominado “asociativo”, en donde se trata de una organización intencional, relacionada con el espacio de sinergias contiguas, como un proceso de horizontalización de relaciones, tanto respecto de las instancias jurisdiccionales como de los actores que la integran.

Por imperio jurídico constitucional la regionalización es entonces, únicamente, una jurisdicción de carácter instrumental que no puede avanzar hacia la esfera de lo político absorbiendo, de ninguna manera, las autonomías provinciales.

La finalidad programática perseguida en todos los casos, apunta a acortar las distancias entre las necesidades locales y nacionales, armonizar la bajada de poder de gobernabilidad al plano jurisdiccional a una instancia regional más acotada, al mismo tiempo que la voz local se eleve al ámbito central del estado, es decir crear un feed back o corredor comunicacional, en donde se pueda pergeñar un andamiaje coordinado de satisfacción de necesidades mutuas, en aras del desarrollo económico financiero de todo el estado en su conjunto, homogeneizando las fuerzas centrífugas y centrípetas que convergen en el poder central.

La federación por regiones es una alternancia al federalismo tradicional, que fortalece cada bloque en lo económico y social y representa lo intercultural de cada provincia en una nueva fusión formal, como correlato de un fenómeno que globaliza y penetra, entremezcla y genera dependencias, confunde y desordena, licua y exacerba.

Dromi nos habla de la incertidumbre de la “aldea global” frente a

⁹ Art 124 CN Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines.

la seguridad que presenta la “aldea local”, pareciera que lo cercano es más conocido y lo conocido brinda certidumbre, certidumbre que permite ordenar y readaptar a lo que funcionalmente aspiramos. Es decir, tomar lo real, proyectarlo hacia un ideal y buscar el proceso por el cual transitar el cambio.

Para hacerlo se generó una asociatividad al interior de nuestra federación, sobre la base de un entramado de regiones endonacionales, de este modo, a través de los acuerdos interprovinciales se impulsó el regionalismo que, arrojó como resultado la creación de cuatro nuevos espacios jurisdiccionales, Región del Norte Grande (NOA), Región Centro, Región Patagónica y Región de Cuyo.

Siguiendo la coherencia sistémica de nuestro ordenamiento jurídico, de la reforma constitucional se derivaron nuevas normas provinciales para efectivizar la aplicación de las facultades conferidas.

“La actividad de las provincias, en materia externa, ha sido acompañada por la legislación adecuada y la reforma en sus propias cartas”. (Colacrai y Zubeizú, 2004, p. 11)

Se crearon instituciones internas, como órganos de consejo, unidades técnicas y unidades de coordinación que funcionan como bisagra de gestión.

En todos los casos se unificaron fronteras en donde se consolidan uniones, se genera la potenciación del bloque, se cobra una mayor y mejor notoriedad jurisdiccional de cada una de sus partes. Al mismo tiempo, se influyen unas sobre otras, como una fuerza centrípeta que se dirige al corazón de las mismas, las conmueve, las revoluciona y les requiere nuevas adaptaciones que provocaran nuevos cambios y nuevos ajustes.

En este sentido, la autonomía regional de las provincias se ve morderada o moldeada por la participación nacional, el control constitucional, así como también, la ausencia de otorgamiento de poder, que hacen que, éstas, no constituyan un nuevo nivel de decisión, manteniendo así el equilibrio de poderes e influencias que impactan directamente en el poder central del estado.

Pero que, como indica Pedro Frías (1980), por medio de la región se provoca un acercamiento entre provincia y nación que, permitirá dar a la política nacional la triple dimensión del país como totalidad, como complementación de regiones y como unidad indestructible de estados indestructibles. (p. 145)

A modo de conclusión: Así las cosas, frente al proceso de globalización, la creación de grandes espacios redunda en un fortalecimiento

to estructural de la región, que genera mejor posicionamiento frente al nuevo paradigma globalizador. Visión que fue captada por todos los agentes que integran el nuevo paradigma, no siendo Argentina una excepción a la regla.

Quizás esta nueva cosmovisión, permita, también, nuevos acercamientos, nuevas igualdades y perspectivas equiparables.

REFERENCIAS

- Colacrai, M., y Zubezú, G. (2004). Las Vinculaciones Externas y la Capacidad de gestión Internacional desplegadas por las Provincias Argentinas en la última década. Una lectura desde las Relaciones Internacionales. Buenos Aires: CARI.
- Dromi, R. (2005). El Derecho Público en la Hipermodernidad. Madrid-México: Hispania Libros y Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Frías, P. (1980). Introducción al Derecho público Provincial. Buenos Aires: Depalma.
- Frias, P. (2005). La descentralización del Poder en Italia y Argentina. En A. M. Hernández, La descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- Granato, L., y Oddone, N. (2008). Mercociudades, Red de Integración una nueva realidad en América Latina. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Hirst, M., y Russell, R. (2001). El Mercosur y los cambios en el sistema político internacional. Buenos Aires: Ed. Fundación OSDE.
- Novo, E., Chiacchiera, A., y Bevilacqua, S. (2009). La región en el marco de la Globalización. VI Jornada de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Río Cuarto: Facultad de Cs. Humanas de la Universidad Nacional de Río Cuarto.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera de Prat, Cesáreo. (2006). De la Europa de las regiones a la Europa con las regiones. Revista de Estudios Autonómicos i Federals, N° 2.
- Alberti Rovira, Enoch. (1996). El federalismo actual como federalismo cooperativo. Revista mexicana de Sociología, Vol. 58, n.º 4.
- Albuquerque, Francisco. (1999). Identidad y Territorio. En M. Elgue. Globalización, Desarrollo Local y Redes Asociativas. Buenos Aires: Ed. Corregidor.
- Bidart Campos, G. (2004). Compendio de Derecho Constitucional, Buenos Aires: Ediar.
- Bidegain, C. M. (1998). Curso de derecho constitucional: Territorio, población, el poder-organización. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Boggione, Santiago. (2011). Apuntes de Relaciones Internacionales y Ciencia Política, Perspectivas, aproximaciones teóricas e instrumentos de trabajo para un escenario complejo, Buenos Aires: UAI.
- Botto, Mercedes, (2013). Integración regional y actores subnacionales. El caso del Mercosur. Revista Temas y Debates. Año 17, número 25.
- Brewer-Carías, Allan R. (2005). La Descentralización del Poder del Estado De-

- mocrático Contemporáneo. En *La descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires.
- Campbell, Jorge. (1999). *Mercosur: entre la realidad y la utopía*. Buenos Aires: Ed. CEI, Nuevo Hacer.
- Carasales, Julio. (1997). *De rivales a socios. El proceso de cooperación nuclear entre Argentina y Brasil*. Buenos Aires: Ed. GEL.
- Cáceres Narizzano, Celeste. (1997). *Integración regional y subregional: realidad actual y perspectivas educativas*. En G. Recondo (Comp.). *Mercosur. La dimensión cultural de la integración*. Buenos Aires: Ed. Ciccus.
- Colacrai, M. y Zubelzú, G. (2004). *Las Vinculaciones Externas y la Capacidad de gestión Internacional desplegadas por las Provincias Argentinas en la última década. Una lectura desde las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: CARI.
- Colacrai de Trevisán, M. y Zubelzú de Bacigalupo, G. (1998). *El creciente protagonismo externo de las provincias argentinas*. En AAVV, *La política exterior de Argentina 1994/1997*. Rosario: Ed CEDIR.
- De La Balze, F. (2000). *Argentina y Brasil. Enfrentando el siglo XXI*. Buenos Aires: Ed. ABRA.
- Devlin, R. (codirector) (2004). *Integración & Comercio. Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración y Programas Regionales, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe. N° 20, año 8*, Buenos Aires.
- Dromi R. y Menem, E. (1994). *La Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (2005). *El Derecho Público en la Hipermodernidad*. Madrid-México: Hispania Libros y Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Durán Saenz, M. S. (2009). *Los procesos de integración en América Latina ¿Salió viable para el crecimiento de la región? La globalización como entorno de las políticas de desarrollo*. En revista *Sociedad Global*, volumen 3, N° 2.
- Ferrer, A. (1998). *Hechos y ficciones de la globalización Argentina y el Mercosur en el sistema internacional*. Buenos Aires: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- Fraga, R. (2008). *El Mercosur y el Bicentenario, Antecedente del Mercosur en 1882*. En *Temas de Política Exterior, comercio y Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: Lamboglia Roten, APCPSN.
- Frías, P. (1980). *Introducción al Derecho público Provincial*. Buenos Aires: Depalma.
- Frías, P. (1987). *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Depalma.
- Frías, P. (1996). *La regionalización del país*. Buenos Aires: La Nación, 18 de octubre.

- Frías, P. (2005). *La descentralización del Poder en Italia y Argentina*. En *La descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- Gaddis, J. (1991). *Toward the post war World*, *Foreign Affairs*, New York, Vol. 70 N. 2.
- Gaddis, J. (1997). *Estrategias de la contención: una evaluación crítica de la política de seguridad norteamericana de posguerra*. Buenos Aires: Ed. GEL.
- Gentile, J. H. (2005). *Gobernabilidad y Gobierno Mundial*. En *La descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- Granato, L. y Oddone, N. (2008). *Mercociudades, Red de Integración, una nueva realidad en América Latina. Colección Claves para todos*. Buenos Aires: Ed. Capital Intelectual.
- Held, D. (1997). *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.
- Hernández, A. (1997). *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la Reforma Constitucional de 1994*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Hernández, A. (1997). *La Región Argentina a partir de la Constitución de 1994. Libro del Consejo Federal de Inversiones, Seminario Internacional: Federalismo y Región*, Buenos Aires.
- Hernández, A. (2002). *La Descentralización del Poder en el Estado Argentino*. Mexico: UNAM.
- Hernández, A. (2003). *Rol de las regiones, provincias y municipios en el proceso de integración*. Mexico: UNAM.
- Hirst, M. y Russell, R. (2001). *El Mercosur y los cambios en el sistema político internacional. Programa Mercosur de la Fundación OSDE, con la supervisión académica y certificación de la Universidad Nacional de San Martín*. Buenos Aires: Ed. Fundación OSDE.
- Hobsbawm, E. (1996). *La era de los extremos: una historia del mundo, 1914-1991*. Nueva York: Ed. Vintage Books.
- Huntington, S. (1994). *La Tercera Ola: la democratización a finales del siglo XX*. Barcelona: Ed. Paidós.
- Iza, A. (2004). *Unión Europea ¿Paradigma de integración?*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.
- Jellinek, G. (1980). *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Kohler-Koch, B. (2004). *Gobernanza interactiva: las regiones en la red de la política europea*. En F. Morata (ed.) *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Leita, F. y Negro, S. (2008). *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: La Ley.

- Lavopa, F. y Margo, F. (2014). Doha: ¿Mucho ruido y pocas nueces? Una explicación de por qué los países centrales deberían ceder para concluir la ronda. *Revista Argentina de Economía Internacional CEI*. N° 3. Buenos Aires: Centro de Economía Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, República Argentina.
- Lonigro, Félix V. (2016). *Derecho Constitucional*. 3° ed. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Menem, C. y Dromi, R. (1996). *El nuevo Federalismo. Las regiones para el desarrollo económico-social*. Buenos Aires: Ed. Mimeo.
- Moncayo Jiménez, E. (2011). Globalización: nuevos enfoques teóricos sobre el desarrollo regional (subnacional) en el contexto de la integración económica y la globalización. En *Integración & Comercio*; año 6, n° 16.
- Moneta, C. (1994). El proceso de globalización: Percepciones y desarrollos. En C. Moneta, C. Quenan (comp.). *Las reglas del Juego. América Latina, Globalización Y Regionalismo*. Buenos Aires: Ed. Corregidor.
- Novo, E., Chiacchiera A. y Bevilacqua S. (2009). La región en el marco de la Globalización, VI Jornada de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Facultad de Cs. Humanas de la Universidad Nacional de Río IV.
- Oddone, Carlos N. (2008). La Red de Mercociudades: Integración Regional y Desarrollo Local. En *Sociedad Global*. Vol. 2, N° 1 y 2. Buenos Aires: Ed. UAI.
- Parmigiani de Barbará, C. (1999). La Emergencia de un Desafío: Las Regiones Subnacionales Interprovinciales en Argentina. Ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Ciencia Política, organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Políticos (SAAP). Buenos Aires.
- Popartan, L. y Sandoval, I. (2012). Las regiones en la Unión Europea. Procesos y paradigmas. *Revista CIDOB de afers internacionals*, N° 99.
- Poviña, A. (1969). La integración regional y el municipio. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Julio-Octubre.
- Recondo, G. (2000). *Mercosur: una historia común para la integración*. Buenos Aires: CARI-Multibanco.
- Russel, R. (2008). América Latina en la sociedad internacional: Los nuevos desafíos. En *Ágora Internacional*, Año 3, N° 5, Buenos Aires.
- Trucco, M. (2010). Los desafíos de la Integración Regional en el actual escenario internacional en *Anales I Jornada de la Red de Universidades Ibero-americanas para el Fortalecimiento de las Relaciones Económicas, Políticas y Sociales Regionales*. Buenos Aires: Ed. UAI.
- Zarza Mensaque, Alberto. (2005). Estados Unitarios, Federales y regionales o Federo-Regionales. El Federalismo Argentino luego de la reforma constitucional de 1994. En *La descentralización del Poder en el Estado Contemporáneo*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires.

COMPLIANCE E INTEGRIDAD O EL VALOR DE LO PÚBLICO COMO HERRAMIENTAS PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Reflexiones desde la Perspectiva Argentina

GABRIELA ANDREA STORTONI¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 100-123. Recibido 17/02/2022 - Aceptado 25/02/2022

Resumen: Este artículo se centra en el problema de la corrupción en Argentina, flagelo que genera pobreza, estancamiento e injusticias generalizadas. Las herramientas a implementar para su reducción tienen su eje central en la recuperación de la esencia gregaria de nuestra sociedad, basada en la protección efectiva de los derechos humanos. El propósito es brindar, a través del análisis jurídico, vías que permitan, mediante la eliminación del flagelo, poder reconstruir

¹ Gabriela Andrea Stortoni es abogada, egresada de la Universidad Nacional de La Plata, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid (España), Paris X, Nanterre (Francia), y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA; Especialista en Derecho de la Integración, Universidad Austral; Especialista en Transporte Urbano y Planificación por JICA (Japan Internacional Cooperation Agency). Es profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales públicas y privadas. Forma parte de la Lista de Conjuces de la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal. Desde el año 2020 es Directora, en conjunto con el Profesor Patricio Sammartino, de la Maestría en Abogacía del Estado, de la Escuela de Abogados del Estado/Procuración del Tesoro de la Nación Argentina en conjunto con la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Ejerce la profesión en forma independiente en su estudio, como consultora en materia de derecho público local y contrataciones internacionales y abogada por ante el fuero contencioso administrativo, civil y comercial argentino.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

el marco social, dramáticamente dañado, con el descrédito de las clases dominantes y los factores de poder en nuestro país. Se analiza el alcance del *Compliance*, sus orígenes en el sector privado y luego su proyección en la gestión pública. El impacto de la Ley N° 27.401 y a las herramientas informáticas como aliadas para fortalecer la transparencia en la gestión. El concepto de Integridad, su impacto en la gestión pública y los avances recientes en la materia. Finalmente, se analiza la importancia de generar una cultura pública -como la respuesta más adecuada para combatir la corrupción- y porque, en última instancia, la conciencia de la gestión de los altos valores de un gobierno y sus miembros, generan la responsabilidad de actuar de manera ética y acorde con la ley.

Palabras clave: corrupción - compliance - responsabilidad - derechos humanos.

Abstract: This article focuses on the problem of corruption in Argentina, a scourge that generates poverty, stagnation and widespread injustice. The tools to be implemented for its reduction have their central axis in the recovery of the gregarious essence of our society, based on the effective protection of human rights. The purpose is to provide, through legal analysis, ways that allow, through the elimination of the scourge, to be able to reconstruct the social framework, dramatically damaged, with the discredit of the dominant classes and the factors of power in our country. The scope of Compliance is analyzed, its origins in the private sector and then its projection in public management. The impact of Law No. 27,401 and computer tools as allies to strengthen transparency in management. The concept of Integrity, its impact on public management and recent advances in the matter. Finally, the importance of generating a public culture is analyzed -as the most appropriate response to combat corruption- and because, ultimately, the awareness of the management of the high values of a government and its members, generate the responsibility to act ethically and in accordance with the law.

Key words: corruption – compliance – responsibility – human rights

1. Introducción. 2. *Compliance*: ¿por qué y para qué en el Derecho Administrativo? 3. *Compliance*: ¿función, protocolo o institución? 4. El principio de transparencia y la tecnología como herramienta anticorrupción. 5. *Compliance* en el sector público. 5.1. *Compliance* público *ad extra* (o hacia terceros). 5.2. *Compliance* público *ad intra*

(en relación con la gestión de la administración). 6. Integridad en el Sector Público. 6.1. Concepto. Desarrollo en los últimos años en Argentina. 6.2. La conciencia de lo Público en la formación de los cuadros de la Administración. 7. Palabras finales.

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es el abuso de una posición de confianza para obtener un beneficio deshonesto. Es el resultado de tres factores: oportunidad, beneficio y riesgo. Sus efectos son múltiples y todos devastadores cuando de la cosa pública estamos hablando. Genera una pérdida de confianza en el sistema democrático, afecta la economía y la estabilidad política, y la marca país, desacreditando su presencia como plaza de inversión. Y finalmente, aumenta la pobreza².

En la Argentina del siglo XXI el vocablo ha tenido un uso extendido, no obstante, su alcance parece no estar muy claro, si es una cuestión penal, si puede ser evitable, si es meramente una corriente, una moda. Hay herramientas que se están aplicando y las veremos a continuación, pero la pregunta que flota en el aire estriba en saber si el desafío de la lucha contra la corrupción es algo más complejo que aplicar fórmulas, formatos, esquemas de control, o si por el contrario hay algo más, si se trata de un cambio cultural.

Entre las fórmulas que pretende elevarse a principios o institutos, resalta el *Compliance*, que es un vocablo inglés que identifica la función de cumplimiento legal y ético que alcanza las materias del Derecho, la Economía y Administración. Nace como respuesta corporativa y desde el derecho penal en Estados Unidos, a raíz de la investigación del Watergate denominándose *criminal compliance* o cumplimiento penal.

La necesidad de recuperar la confianza en los negocios, da lugar en 1977 a la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, y en 1985 con el *COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission)*, cuyo objetivo era ser un referente como foro de profesionales destinado a confeccionar marcos de actuación y facilitar la

2 Conf. Vítolo, Daniel Roque “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas” Ed. Rubinzal – Culzoni Editores. 1º Edición. Santa Fe. Argentina. 2018- ISBN 978-987-30-1300-3, págs.. 307 a 372.

orientación sobre la gestión empresarial, el control interno y el evitar el fraude; comité conformado por representantes de la industria, de contabilidad pública y de la Bolsa de Valores de Nueva York. Ahora bien, los nuevos escándalos desatados en el año 2002 (i.e. Enron, Tyco International, WorldCom o Peregrine Systems), dan lugar a la *Sabanes-Oxley Act*, que establece las obligaciones de las empresas en materia de comunicación de su gestión, configurando un verdadero punto de inflexión en los programas de *Compliance* ya que, a partir de ella, las exigencias en esta materia se hicieron más estrictas y se extendieron sus recomendaciones no solo en todo EE. UU. sino también en Europa.

En Europa, Italia será el pionero en la materia con el Decreto Legislativo número 231, de 8 de junio de 2001 *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica* que estableció la responsabilidad administrativa, no penal, de las personas jurídicas, por infracciones cometidas por sus administrativos y personal dependiente. Los eventuales procesos derivados de estas situaciones se siguen ante un juez penal y bajo las normas del proceso penal, aún cuando como decimos su responsabilidad es solo administrativa. El Reino Unido³ y España⁴ recién en el año 2010 van a incorporar las reglas del *compliance*, a raíz de sendos escándalos de corrupción.

Esta regulación va a llegar a Argentina con la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas No 27.401 y los requerimientos de la OCDE y - nuevamente - desde el derecho penal aparece la función del *compliance*, como respuesta de la fórmula anticorrupción.

Lejos de los argumentos de los fanáticos - que ven en el *compliance* las alternativas de solución a todos los problemas de corrupción y ética - o de los de los escépticos y de los negadores de la figura - que entienden que el *compliance* es solo una moda pasajera, que puede ser útil para morigerar o excepcionar la aplicación de una pena - podemos pensar que sea una herramienta destinada a la búsqueda de un proceder ético de la actuación público/privada? ¿Del cumplimiento de lo que corresponde? ¿De la satisfacción del bien común?

3 Por su parte, el Reino Unido, tras un notorio escándalo protagonizado por la empresa BAE Systems PLC, aprobó en el año 2010 su Bribery Act, calificada incluso como la más dura de las legislaciones a nivel mundial, sellando su compromiso con el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción.

4 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Y ello ¿nos acerca al derecho administrativo?

O parafraseando a CASTILLO BLANCO⁵ resulta en realidad que el derecho administrativo se ha visto invadido por el Derecho Penal o incluso suplantado por él, en tanto el derecho penal (mas en contratos y urbanismo) ha servido para dar cabida a lo que nosotros (los administrativistas) no hemos sabido recoger?”

Aún estamos en los prolegómenos de la figura en nuestro país, pero adelantare que esta función, en su aplicación al régimen de derecho administrativo, debería ser entendida como renovación del principio de juridicidad, como definiera nuestro maestro Julio Rodolfo COMADIRA⁶, en tanto cumplimiento con la ley y los principios que la informan, para la vigencia efectiva de los derechos humanos y en ellos la satisfacción del interés público que debe ser perseguido por la actuación administrativa.

2. COMPLIANCE: ¿POR QUÉ Y PARA QUE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO?

El *compliance* se ordena a la internalización de una conducta moral, ética y sobre todo honesta de los actores de los procesos de negocios y no solo a un mero salvoconducto para que las empresas y organizaciones – cualquiera sea su naturaleza jurídica - encuentren atenuación o eximición de la pena que resulta por delitos cometidos.

Se trata de un cambio cultural, de imponer las conductas de los muchos que son honestos, que pagan sus impuestos, que cumplen con sus obligaciones, sobre aquellos que generan sus rindes en base a prácticas corruptas e inmorales que afectan finalmente los derechos de todos.

El *compliance* nos va a recordar que no solo hay que rescatar el cumplimiento de legalidad formal y material, sino el cumplimiento de los principios generales del derecho y los valores éticos que los informan desde el ámbito nacional e internacional, y que estos - como

5 CASTILLO BLANCO, Federico (coordinador) COMPLIANCE E INTEGRIDAD EN EL SECTOR PUBLICO. Ed. , pág. 32. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 2019. ISBN 978-84-1313-727-8.

6 COMADIRA, Julio Rodolfo; “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”, Buenos Aires, El Derecho, N° 13.825, Año LIII, 2015.

soft law - van a ser quienes ordenen la interpretación correcta.

Esto nos lleva necesariamente a los institutos del Derecho Administrativo, donde las reglas del procedimiento, el dictado de los actos administrativos, la contratación pública, el urbanismo, la prestación de servicios públicos, sin cumplimiento de la legalidad y la ética son un marco propicio para su fraude.

3. COMPLIANCE: ¿FUNCIÓN, PROTOCOLO O INSTITUCIÓN?

Ahora bien, como dijimos arriba, el *Compliance* nace como una herramienta de prevención y control de riesgo penal de las actividades corporativas. Las reglas del *compliance* van a traducirse por un lado en una “función” que debe ser atendida, con reglas, códigos y protocolos, y, por otro lado, su institucionalidad en el rol de su garante: el oficial de cumplimiento. Ambas ordenadas al fin de prevención y control.

La necesidad de contar con “catálogo de principios a cumplir” y “protocolos de actuación”, por un lado; y por el otro, las figuras del “Oficial de Cumplimiento” (o por su expresión en ingles “*Compliance Officer*” o “*Chief Compliance Officer*”) van a aparecer como nuevas herramientas de control en el escenario corporativo.

La Ley No. 27401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas introduce la figura al regular las condiciones para la eximición de la pena. En efecto, establece que - luego de verificarse la existencia de un hecho delictivo alcanzado por la ley – se podrán morigerar los efectos penales cuando:

- 1.- la empresa se autodenuncie;
- 2.- devuelva los bienes obtenidos mediante las acciones ilegales,
- 3.- acredite la existencia de un “Programa de integridad” (o de “*Compliance*”) anterior al hecho del proceso. Los tipos penales previstos hoy en la norma están vinculados a supuestos de corruptela económica o financiera principalmente en negocios públicos y la pena en realidad se dirige a afectar la imagen y la reputación de la empresa⁷.

7 Delitos : a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código

El programa de integridad tiene tres elementos esenciales: un código de ética adecuado a la actividad que se desarrolle y que promueva la honestidad en el cumplimiento de las tareas encomendadas, los protocolos de actuación para prevenir los delitos, incluyendo canales de denuncias con protección de los denunciantes; la revisión y mejora continua del sistema; y finalmente la comunicación constante a los miembros de la organización, para generar una cultura del cumplimiento.

A esto se suman dos cuestiones esenciales: el desarrollo de un mapa de riesgos, adecuado a la actividad y de vocación preventiva; y por el otro la introducción del principio de ejemplaridad que exige que el cumplimiento ético derrame desde los órganos de dirección hacia toda la organización.

Por otro lado, se incorpora la figura de un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad, el cual se denomina Oficial de Cumplimiento, que puede ser un órgano colegiado o una persona individual, interna o externa.

Los programas de integridad y la figura del oficial de cumplimiento, a diferencia de la naturaleza represiva del sistema penal, son herramientas de prevención y alerta temprana, que deben ser supervisados por conocedores plenos y cabales de la actividad y el derecho aplicable.

De lo expuesto resulta entonces, que el *compliance* es la función de cumplimiento legal y ético; es el protocolo que resguarda el accionar; y, finalmente, es también la institución que lo resguarda.

Por ende, cuando de su aplicación al derecho administrativo se trata, en tanto función, regulación e institución, el *compliance* para

Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal. La acción prescribe a los seis (6) años de la comisión del delito, y las penas pueden ir desde la multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

su efectividad, deberá regirse por los principios propios de nuestra disciplina, para evitar el incumplimiento.

4. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y LA TECNOLOGÍA COMO ALIADA DEL *COMPLIANCE*:

El principio de transparencia resultó, en principio, una de las herramientas más eficiente en la lucha contra la corrupción, poniendo luz en las actuaciones públicas. Una de las herramientas primigenias fue el Decreto PEN No. 1172/ 2003 que regulaba el régimen de Acceso a la Información.

Esta norma administrativa fue luego elevada a regla formal y material, en la Ley No. 27.275. Aparece allí regulada la denominada transparencia activa que ordena cargar la información pública, en forma casi simultánea a su producción, en plataformas virtuales. Según informaba la web oficial, a fines del año 2019, el nivel de cumplimiento de los organismos nacionales era del orden del 97%.⁸ Ahora bien, la transparencia exige acceso fácil y oportuno a la información institucional, de control e integridad, presupuestaria, de compras públicas, recursos humanos, indicadores y estadísticas de gestión, sistemas de participación ciudadana, régimen de bienes, permisos, normativa aplicable y acceso a los tramites.

En este sentido, el *compliance* también da un giro al concepto de transparencia, en tanto para cumplir con la ley, la transparencia debe ser efectiva, evitando la profusión de información caótica, que termina en el síndrome del laberinto, por exceso, o bien incorporando condiciones de acceso a los programas, pecando por defecto.

Por otro lado, la transparencia no puede afectar la garantía de protección de los datos personales. Esto es, aquellos datos sensibles que puedan revelar origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o morales, afiliación sindical, información referente a la salud o a la vida sexual o cualquier otro dato que pueda producir, por su naturaleza o su contexto, algún trato discriminatorio a su titular.

El principio de transparencia⁹ y la utilización de técnicas telemá-

8 Ver en: <https://www.argentina.gob.ar/aaip/accesoalainformacion/transparenciaactiva>

9 Ampliar en J. M. Gimeno Feliu en "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública" REALA. Nueva

ticas en lo procesos de formación de voluntad de los contratos y de comunicación de la actividad administrativa aparece claramente en el Decreto No. 1023/01, en el inciso c) del artículo 2 y en el artículo 9 que dice que “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas.”

Esta norma es complementada por el Decreto No. 1169/2018 que establece como órgano rector de todos los contratos públicos de la Administración centralizada a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, incluyéndolo en el portal CONTRAT.AR. Estos portales además están utilizando sistemas denominados *blockchain* y *smart contract* como herramientas tecnológicas que suplantán la confianza por la eficiencia matemática del sistema. Desde el derecho Público, VALENTINI¹⁰ explica que el “...*Blockchain* se define como una base de datos distribuida -un registro¹¹-, apoyada en la tecnología *Peer-to-Peer* (P2P)¹² y por tanto compartida por múltiples nodos, en la que se registran bloques de información que poseen una identificación alfanumérica llamada *hash*. Y que además permite almacenar

Época – N.º 7, mayo 2017 – ISSN: 1989-8975 – DOI: 10.24965/real.v0i7.10419 – [Págs. 45-67]

10 ADOPCIÓN DE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: BLOCKCHAIN COMO HERRAMIENTA DE EFICIENCIA, TRANSPARENCIA Y ALIADO CONTRA LA CORRUPCIÓN”, esta publicado en Observatorio de la Contratación Pública, disponible en: www.austral.edu.ar/derecho/2019/04/01/adopcion-de-tecnologias-disruptivas-en-la-contratacion-publica-blockchain-como-herramienta-de-eficiencia-transparencia-y-aliado-contra-la-corrupcion/.

11 Se suele equiparar Blockchain a un libro de contabilidad distribuido (distributed ledger) en el que registran operaciones contables o transacciones.

12 P2P hace referencia al hecho de que la interacción entre los distintos participantes (nodos) se realiza por parejas. Los nodos no están conectados todos entre sí, sino que cada uno está solamente conectado con un número determinado del resto.

dicha información de forma inmutable, segura y ordenada¹³”.

Estas técnicas merecen su tratamiento por separado - y exceden la humilde intención de estas notas preliminares sobre el instituto analizado - pero es conveniente destacar que nos hablan de la búsqueda de sistemas que den fiabilidad a las transacciones y, en materia de derecho público, permitirían reducir la arbitrariedad administrativa, el avasallamiento de derechos, y la corruptela. Veremos cómo avanza este tema.

5. COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO:

El cumplimiento de la normativa constituye un deber para todos. Máxime en el Sector Público. Por lo cual, cuando hablamos implementación del *Compliance* en el sector, podría ser redundante, ya por la existencia de organismos de control de la función pública (AGN, SIGEN, Defensor del Pueblo, Oficina Anticorrupción, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, entre otros) por un lado, y por el otro por la sujeción de los actores públicos y privados involucrados al principio de juridicidad, con fin de interés público a ser perseguido por la administración pública.

13 Dice la autora citada que, en México, se está trabajando en una prueba piloto basada en Blockchain para las licitaciones públicas llamado “Blockchain HACKMX”. Según la información disponible, se prevé que en la licitación digital con Blockchain, se asignará un contrato inteligente (smart contract) para cada etapa de la contratación, a saber: 1) el primer contrato inteligente, actúa como el registro de la “unidad del comprador”; es decir, se publicaría una convocatoria y prescripciones técnicas a cumplir; 2) el siguiente contrato inteligente, registra los datos de los que participan en Blockchain; 3) el tercero, verifica su reputación de los licitadores/proveedores en base a previas subastas; 4) este contrato inteligente guarda la información de todos los proyectos (ofertas), desde el registro hasta la adquisición; 5) el quinto contrato inteligente, evalúa todas las respuestas de los registrados, para asegurarse que cumplan los requerimientos técnicos y otorga al proyecto ganador el aviso de que gana. Se envía propuesta de adjudicación el proyecto al órgano que tiene a cargo la contratación. Como dato innovador, en el esquema de “gobernanza” de la actividad contractual de esta iniciativa del gobierno mexicano, se introduce la participación ciudadana en el proceso de valoración de ofertas en el marco de un procedimiento concreto, a través de la figura ciudadana de evaluadores independientes y otorga voz y voto en la evaluación de propuestas de una licitación pública. En Chile, a través del portal de compras públicas Chile Compra y mediante su aplicación Mercado Público, se lanzó una experiencia piloto para el uso de Blockchain como mecanismo para certificar determinados procesos (órdenes de compra), documentos e información pública.

Ahora bien, la grave crisis de legitimidad de los sistemas de gobierno, y del sector público en su conjunto, nos ponen ante la encrucijada de considerar si efectivamente el régimen legal confuso en sus organismos de control y profuso en normas que no responden a una clara política pública de largo plazo, nos demuestra su ineficiencia e ilegitimidad. Y de allí que los incentivos de mercado que impulsaron la aplicación del *compliance*, en el sector privado, se trasladan a el sector público, como una respuesta a los riesgos de corrupción, y en la necesidad de recuperar la confianza pública.

Veamos, entonces, las variables del *compliance* en el sector público que se vienen aplicando:

5.1. *Compliance* Público *ad extra* (o hacia terceros):

En el marco explicitado, el *compliance* como función de control irrumpe en principio en los contratos públicos, en tanto exigirá un control determinado del sujeto que contrate con la administración. En este punto la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas incorpora una obligación a cargo del Estado contratante de exigir que los oferentes que pretendan contratar con aquella cuenten con un Programa de Integridad. En efecto, el artículo 24 de la Ley citada, bajo el título “Contrataciones con el Estado nacional” establece requerir la existencia de un Programa de Integridad adecuado, conforme los artículos 22 y 23, como condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que: a) según la normativa vigente, por su monto, deban ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado No. 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

Se destaca que el Programa deberá ser de fecha anterior al proceso de contratación de que se trate. Serán cuestiones para debatir si el programa debe ser solamente una exigencia formal, o, por el contrario, como entendemos debería ser, configure una verdadera herramienta de control de legalidad y ética, que alcance desde los accionistas hasta los empleados, a los fines de evitar delitos, hechos de corrupción o incumplimientos a los deberes en las relaciones laborales, ambientales, políticas de no discriminación, etc.

5.2. *Compliance* Público *ad intra* (en relación con la gestión de la administración):

Por otro lado, es el *compliance* necesario en el ámbito interno de la administración. ¿Qué agrega la función *compliance* a los controles existentes en la administración pública?

En materia de gestión pública, ya el Decreto PEN No. 41 del 27 de enero de 1999 introdujo en el sector público el “Código de Ética de la Función Pública”¹⁴, como resultado del trabajo de la Oficina Nacional de Ética Pública, creada por el Decreto No. 152/97 y en línea con el compromiso asumido, activamente, en la elaboración de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

El artículo primero del Código establece que el fin de la función pública es el bien común, ordenado por las disposiciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales ratificados por la Nación y las normas destinadas a su regulación. El funcionario público tiene el deber primario de lealtad con su país a través de las instituciones democráticas de gobierno, con prioridad a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones de cualquier naturaleza. El código va a establecer los principios que ordenan la función pública, así como también las prohibiciones en materia de obsequios, los conflictos de interés y el denominado “periodo de carencia” que alcanzaba a los funcionarios un año antes de su ingreso y hasta un año después de su egreso de la función¹⁵, en lo que este vinculado al

14 Mas recientemente y para un sector determinado, ver Resolución de la SECRETARÍA DE ATENCIÓN CIUDADANA Y SERVICIOS FEDERALES Nro. 2 del 12/06/2018 que aprueba el Código de Conducta de la citada Secretaría.

15 Dice la página oficial de la Oficina Anticorrupción, que con el fin de evitar situaciones injustas y restricciones indebidas al ejercicio del derecho constitucional de “trabajar y ejercer toda industria lícita” (artículo 14 de la Constitución Nacional), la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que el periodo de carencia debía analizarse restrictivamente, ya que “los artículos 13, inciso a), y 15, de la Ley 25.188 [este último en su versión original], son de esas disposiciones legales que no pueden ser extendidas y aplicadas mediante un apego automático e irreflexivo a sus términos literales. Ello así por cuanto una inteligencia literal de estos preceptos podría conducir a resultados seguramente no deseados por el legislador y a soluciones reñidas con la razonabilidad que, incluso, lindarían con una colisión con la Constitución Nacional” (Dictámenes 234:478). Y continuaba expresando: “El seguimiento al pie de la letra de estas normas traería aparejada una suerte de cortapisa rígida para el acceso a los cargos públicos respecto de aquellas personas que, por su formación, capacitación, experiencia y especialización en determinadas materias, reúnen las mejores condiciones para ocupar cargos públicos. De allí que la interpretación literal de los artículos citados no solo no sería razonable, sino que, más aun, podría

ámbito de la función a su cargo estrictamente¹⁶.

Complementariamente, en el mismo año se aprueba la Ley de Ética Pública No. 25.188, que eleva los principios del citado decreto, a Ley formal y material¹⁷.

Por otro lado, las normas de gobierno abierto, sistema de contrataciones públicas electrónicas (portal CONTRAT.AR a cargo de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES conforme Decreto PEN No. 1169/2018) y la ya citada Ley de Acceso a la Información nos presentan – en lo que aquí interesa - cuestiones vinculadas al régimen de *Compliance*:

1.- En la Decisión Administrativa No. 85/2018 sobre “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria de Argentina” establece la “relevancia de contar con instancia de cumplimiento dentro de la estructura de la empresa” destacando la existencia de un responsable Interno. La decisión dice que “el Poder Ejecutivo Nacional como accionista de las empresas recomienda la creación de instancias específicas de cumplimiento dentro de la empresa. Es altamente recomendable la designación de un responsable interno que tenga nivel jerárquico equivalente al gerencial o directivo y que posea formación y antecedentes en la materia. Además, el área a cargo de la implementación y evaluación del Programa de Integridad debe contar con recursos presupuestarios suficientes y con un nivel adecuado de autonomía e independencia respecto de la gestión. Es asimismo relevante que el responsable interno sea depositario de la confianza y el apoyo del Directorio”.

afectar, limitar o restringir el derecho de todos los habitantes de la Nación de ser admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad, que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional”. Debemos destacar, por otra parte, que el período de carencia general de un año antes y después del desempeño de la función fue derogado por el Decreto delegado Nro. 862/01. Esto no es lo sostenido por la OA que considera vigente el período posterior, conforme el artículo 46 del Decreto 41/99.

16 Se destaca que este período de carencia en algunas legislaciones comparadas recomienda que – si es una función de alto cargo y que impediría el ejercicio laboral totalmente – deberá el estado garantizar un ingreso mínimo, de modo que la regulación no sea una sanción.

17 La norma es reglamentada por el Decreto 164/99, y entre otras normas complementarias resulta interesante destacar el Decreto 1179/16 en materia de obsequios, viajes financiados por terceros, etc.

2.- En algunas administraciones autárquicas se ha incorporado la figura de la Unidad de Transparencia (por ejemplo, Disposición 200-E/2017, de AFIP, entre las más completas) que en forma análoga pretende ser una asistencia de la autoridad superior en pos de incrementar la transparencia e integridad en la gestión.

Estas figuras se asimilan – grosso modo – a la del Oficial de Cumplimiento. Dice IVANEGA¹⁸ que deberá analizarse como se conjugan las funciones de los responsables de cumplimiento con las figuras de los controles internos de la administración pública, tales como las Auditorías Internas dependientes de la SIGEN. Si de algo sirve referirnos al sistema corporativo, la aparición de esta nueva figura – de máximo nivel de dirección – resulta el titular de las áreas de legales, recursos humanos y auditoría, como coordinador de su información.

¿La diferencia estará en el grado de responsabilidad del sujeto como centro de imputación normativa en caso de delitos? ¿Y entonces la función del oficial de cumplimiento se ordena a evitar el delito, más que a su denuncia?

La respuesta es clara. Los roles son diferentes. Y fue dada en el “I Congreso Nacional de *Compliance Officers*” organizado por la *World Compliance Association* y el Instituto de Oficiales de Cumplimiento¹⁹ donde se analizó el alcance de la figura. Se destacó que el Oficial de Cumplimiento es el responsable del seguimiento del programa de integridad y, en este sentido, esa responsabilidad lo hace también *imputable penalmente* en caso de no haber advertido sobre la comisión de un delito por parte de su institución. O sea, no es solo dar cumplimiento a los protocolos, sino llevar un continuo relevamiento de cara a la mejora continua para advertir los desvíos del sistema que pueden derivar en delito. Y no se cumple solo con informar sobre la desviación del accionar, sino con evitar que ocurra o en su caso denunciarlos. Esto lo diferencia de los auditores que solo dan una mirada externa del cumplimiento, ya concomitante o a posteriori de los organismos administrativos de los organismos administrativos

18 IVANEGA, Miriam M, “La transparencia del procedimiento administrativo y la lucha contra la corrupción: el acceso a la información y la figura del “compliance””. En Fuentes y Procedimiento Administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas. XXI Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Pagina 11 a 26. Ed. RAP. 2018, Bs. As. Argentina. ISBN: 978-987-694-021-4.

19 Madrid, España 12 y 13 de Junio de 2019

que controlan. Además, el Oficial de Cumplimiento debe adoptar un rol activo y preventivo. Esta es la vocación del instituto, aspecto no menor a soslayar, sobre todo a la hora de asumir esa función.

6. INTEGRIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

6.1. Concepto. Experiencia reciente. El RITE y la prevención como herramienta de lucha contra la Corrupción

Ahora bien, a partir del año 2020, se fortalece en la Administración Pública la idea del *compliance*, pero desde una visión pública. En este sentido cobra más importancia del principio de Integridad de la Administración.

La OCDE la ha definido a la integridad pública como “ la alineación consistente con, y el cumplimiento de, los valores, principios y normas éticos compartidos, para mantener y dar prioridad a los intereses públicos, por encima de los intereses privados, en el sector público.”²⁰

La recomendación dirigida a países miembros y no miembros establece una serie de medidas a adoptar entre las que se destacan en particular la integridad pública para la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, poniendo en el centro de la escena al principio pro-persona; y la necesidad de crear una cultura de la integridad, como fuente de valores éticos a ser cumplido desde las altas administraciones, así como en los inferiores escaños.

En este sentido, las diferentes áreas de la Administración Pública Argentina, con la fuerte impronta de la Oficina Anticorrupción, van a crear organismos (subsecretarías o direcciones) que tengan como competencia al desarrollo de Programas de Integridad, los cuales incluyen un Código de Ética, protocolos de actuación, y de mejora continua. En caso de empresas públicas además incorporan la figura del Oficial de Cumplimiento.²¹

Desde la Oficina Anticorrupción se resalta el valor de la prevención en la lucha contra el flagelo de la corrupción, y en esta línea se va a orientar la creación del RITE y el tratamiento de los Conflictos de Interés.

20 Recomendación del Consejo OCDE 2017 sobre Integridad Pública. Ver en <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

21 Así por ejemplo los Ministerios de Seguridad, Medio Ambiente, Economía, etc. adoptan la figura y los Programas de Integridad.

El RITE es el Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades, de carácter voluntario, cuya iniciativa se desarrolla con el apoyo del BID y tomando como ejemplo el Padrón de Integridad Empresarial de México para:

1. Tener entre sus objetivos la promoción de la sinergia entre el sector público y el privado, y lograr la ética y la integridad en los negocios.
2. Nutrirse de la información y documentación que cargarán las empresas a través de módulos de avance secuencial.
3. Proveer de forma online modelos, formularios y capacitaciones gratuitas, para brindar apoyo del Estado a empresas más pequeñas con menor presupuesto para invertir en asesoramiento externo en compliance.
4. Implementar un registro voluntario y gratuito.

No obstante, se diferencia del Padrón de Integridad Empresarial de México en tanto no otorga certificación y la información es bastante más amplia que la requerida en el sistema mexicano.²²

La prevención es el eje fundamental de la gestión de la OA y donde “...el fortalecimiento del Estado y sus capacidades resultan aspectos medulares en una agenda anticorrupción más amplia, que incorpore como problemáticas la influencia indebida, ilegítima y/o ilegal que ejerce el poder económico sobre el poder político. Del mismo modo, la construcción de una cultura de la integridad tiene que estar vinculada con la tarea de mejorar la calidad de nuestra democracia mediante una genuina participación ciudadana, y con la agenda de derechos humanos, en el entendimiento de que la corrupción vulnera derechos, especialmente a los grupos más vulnerables y es, por ende, dinamizadora de la injusticia social. En definitiva, la transparencia y la integridad no son problemas de índole moral, sino que tienen una indudable carga política²³.”

Otro aspecto relevante de integridad pública se puede apreciar en relación con el conflicto de interés, donde la OA ha tomado un rol preponderante en materia de prevención e investigación²⁴.

22 Ello conforme la iniciativa que se puede consultar en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rite_consideraciones_generales_junio2021.pdf

23 Ver <https://www.argentina.gob.ar/anticorrupcion/prevencion/estrategia>

24 En relación a esta cuestión el caso que tramita a la fecha por ante el

6.2. La conciencia de lo Público en la formación de los cuadros de la Administración

Todo lo hasta aquí analizado, vuelve en mí la idea de indagar si la cuestión de integridad o *compliance* puede ser un análisis de protocolos, control de gestión y contabilidad, sin tener en cuenta la necesaria internalización del concepto de INTERES PÚBLICO que hace al manejo del sector estatal, por parte de los funcionarios actuantes.

Y en este sentido, considero importante destacar dos aspectos:

La necesaria formación de los funcionarios públicos en el conocimiento del manejo de un bien que es de satisfacción general, y no particular; obliga a verificar la formación profesional del agente o funcionario y su conocimiento ético cabal de las responsabilidades que le caben por su rol en el ámbito gubernamental. En relación con este punto, considero esencial tener en cuenta que la formación de los funcionarios y la promoción de su capacitación con una impronta en la tutela efectiva de los derechos humanos, el principio pro-persona y la dignidad humana como base; y el interés público como fin del accionar.²⁵ Conteste con ello el citado Prof. ALTAMIRANO CASTRO considera que la capacitación de los servidores públicos, en el manejo de la cosa pública, es una herramienta para la lucha contra la corrupción. En efecto, recientemente en nuestro país, en materia de formación de abogados del Estado, se ha lanzado la Maestría en Abogacía del Estado, con una currícula orientada a la formación de los abogados del

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 7, Secretaría N.º 14 en autos caratulados Expediente N.º 2752/2016, “Singer Paul y otros s/ traición con sometimiento (art. 215 inc.1) y otros, se tratan de las consecuencias derivadas de actuaciones de ex funcionarios públicos del área de economía y finanzas de la Nación, en relación a información privilegiada y otorgamiento de beneficios a antiguos empleadores, generándoles un beneficio por la posición en el cargo.

25 La importancia de los perfiles para garantizar la adecuada resolución de las problemáticas del sector público es una herramienta de suma importancia para la generación de una cultura de la integridad, de valores en lo público y en los derechos humanos, ya que la capacitación adecuada garantiza una mejor gestión y medición de los riesgos de corrupción que pueden darse en el sistema. En este punto se recomienda la lectura de la enjundiosa obra del Prof. José Guadalupe ALTAMIRANO CASTRO quien establece los extremos requeridos para los perfiles de los actores públicos. Ver al respecto “Los perfiles en el servicio público y la Buena administración pública. E. Universidad de Xalapa, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Xalapa, México, 2021.

Estado argentino, en la materia del derecho administrativo desde una perspectiva de los derechos humanos, que hace de esta una Maestría única en su género²⁶.

Entender que la formación de los agentes públicos es esencial para erradicar la corrupción, ya que a través del conocimiento se podrá generar una cultura de lo público y la responsabilidad en su ejercicio. En este sentido, se destaca el Proyecto de Formación de una Cultura de lo Público - Hugo Cormick²⁷, que fuera remitido recientemente a la Cámara de Diputados de la Nación, y el cual tiene como objetivo establece los contenidos mínimos que la formación de los trabajadores y las trabajadoras del Estado, para así garantizar una correcta gestión con el valor de lo público. Inspirada en Hugo Cormick quien dijo “El Estado nacional ha ampliado su presencia en campos que durante la década del noventa habían sido remitidos al mercado u omitidos de la agenda pública. Esto obliga a contar con agentes que respondan a estos desafíos con capacidad técnica y adecuada comprensión de los objetivos de la gestión gubernamental”, el proyecto parte de dicha premisa para erigir una adecuada formación de los trabajadoras y trabajadores públicos, como obligación estatal, cuyos contenidos básicos²⁸ que se encuentren transversalmente cru-

26 Ver al respecto la citada capacitación en <https://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesoroecae/academicas/formacion/maestria>

27 El proyecto presentado por la diputada Claudia Bernazza puede ser consultado Diputados Expediente Nro. 2201-D-2021.

28 Contenidos mínimos. En el diseño de los programas, la autoridad de aplicación priorizará los contenidos que colaboren con el conocimiento del Estado argentino, entre ellos: a) Historia y formación del Estado Nacional Argentino. Pueblos originarios. Período colonial, emancipación y organización nacional. Estado industrialista y desarrollismo. Reformas y ajuste estructural del neoliberalismo. Programas públicos para el desarrollo incluyente. El sector público argentino en el siglo XXI. b) Estado y soberanía nacional. Bicontinentalidad. Recursos estratégicos y cuidado ambiental. Aspectos geográficos y demográficos de la Argentina como desafíos de gestión. Inequidades regionales. Inversión pública y direccionalidad estratégica del modelo de desarrollo. Lo nacional, lo regional, lo local y lo global. c) Naturaleza y fines de la organización estatal. d) Constitución de la Nación Argentina. Defensa del orden constitucional y democrático. Derechos y garantías. Forma de gobierno. El Estado federal. Provincias y municipios. Los tres poderes. e) Organización del Estado. La Administración Pública Nacional: Administración Central, organismos autárquicos, empresas, sociedades del Estado. Otras 4 entidades que integran el Sector Público. Gobiernos federales y locales. Capitales alternas. Consejos federales. f) Ética y Función Pública.

zados por una perspectiva de los derechos humanos.

Por todo esto, entiendo que la lucha contra la corrupción no trata solo de vigilar y castigar, en términos de Foucault, sino fundamental en formar una cultura de lo público, con funcionarios altamente capacitados en el manejo de la gestión, que conozcan de los riesgos que ella implica, que sostengan la importancia del rol de un Estado presente en la atención de las necesidades de los ciudadanos y las ciudadanas y, por ende, conscientes de la responsabilidad que tal actividad conlleva.

7. PALABRAS FINALES:

La lucha contra la corrupción en Argentina ha llevado a aplicar primero diversas técnicas de control. Entre ellas las técnicas de *compliance* de corte privatista para evitar el daño a empresas, pero también al tejido social²⁹, con alguna adecuación al sector público. Luego estas reglas, en la búsqueda de una juridicidad más amplia, han derivado en el sistema de Integridad, donde los valores humanitarios son el eje y la protección del valor de lo público es el fin.

Decía MAIRAL allá por el año 2007, en su ensayo “LAS RAICES LEGALES DE LA CORRUPCION, que el derecho administrativo es el que, como un sistema maquiavélico, fomenta y conduce al sistema de gestión pública, hacia la corrupción. En un sistema jurídi-

Integridad y Transparencia. Conflictos de intereses y prevención de la captura de la decisión pública. g) Estado y sociedad. Organizaciones y movimientos sociales. Protagonismo y participación ciudadana. h) Modelos de gestión pública. Planificación y gestión de gobierno con enfoque estratégico y situado. Diseño de estructuras y procesos. Presupuesto público y gestión financiera. Coordinación intra e intergubernamental. Participación social y comunitaria en la planificación y gestión de lo público. i) Producción y gestión de información estatal. Innovación, interoperabilidad y soberanía tecnológica. j) Comunicación pública. Comunicación digital y redes sociales. Atención de la ciudadanía. k) Evaluación participativa de la acción pública. La enumeración no es taxativa.

29 La corrupción hoy es una de las fuentes de la esclavitud en el mundo, en particular en los delitos financieros. Dijo María Sánchez – Marín Melero (en el I Congreso de Compliance Officers realizado en Madrid, ver cita anterior) que hoy existen más de 40 millones de esclavos en el mundo, una cifra aún mayor que la de la época en la cual la esclavitud era legal, y se vincula directamente con los crímenes de corrupción financiera, destacando en particular la necesidad de adoptar regulaciones eficiente en relación a las políticas de blanqueo de capitales. Esta es una obligación pública pendiente.

co opaco, oculta el defecto de legalidad, a través de la posibilidad de interpretaciones variadas, confusión de regímenes, discrecionalidad en su aplicación y limitación en el acceso a la justicia³⁰. Ello genera inseguridad jurídica y el “caldo de cultivo de la corruptela” en palabras de MAIRAL³¹. Destaca que las etapas de la licitación pública, los pliegos como herramientas de favoritismo, la autoritaria toma de decisión en el proceso de adjudicación, el secretismo de la ejecución contractual, las potestades y sanciones como prácticas de opresión, la modificación del contrato como costumbre que incrementa varias veces su monto y la necesidad de readecuar el arbitraje, son las consideraciones más salientes que promueven el flagelo. Ello es claro que provoca corrupción. Pero eso no es el derecho administrativo, sino lo que los hombres deshonestos que lo aplican, sin tener en cuenta el límite del negocio público y las obligaciones de la función pública, según sea el caso. Y eso es lo que también se puede verificar en la artera ida y vuelta de lo público y lo privado³² como el desatino para la confusión, que se da en los “ponderados” contratos de objeto privado.

En efecto, la experiencia nos ha mostrado que la corrupción puede detectarse tanto en lo público como en lo privado, ya que la opacidad, contradicción y búsqueda de una ventaja ilegal no es patrimonio de ningún sector en particular. Por ello, no creo que la mágica aplicación de fórmulas privatistas sean la solución al flagelo de la corrupción, si no se trata del contenido de la corrupción como fe-

30 A esto agrego la difícil consecución de una solución judicial justa y en tiempo oportuno.

31 También destaca el autor citado que, paradójicamente, la indefensión del funcionario público, que se encuentra con un sistema judicial perverso que actúa por pulsión política, aumenta el riesgo.

32 En efecto, contemporáneamente fue dictada la Ley de Participación Público Privada 27328. La ley tiene vocación de derecho privado, pero con institutos - como la ecuación económica financiera - propios del derecho público. Su aplicación en el caso argentino, donde las reglas de financiación externa pueden asfixiar al Estado, por aplicación de parámetros de ajuste similares a los de los países con economías estables, condenan al contrato a su modificación más tarde que temprano. Y en esto la modalidad de su readecuación será la clave para ver qué régimen prima. En este sentido, la ida y vuelta de regímenes no se va a dar en la Ley de Concesión de Obras Públicas de Chile (texto refundido ver en <http://bcn.cl/1v0ak>) que no yerra al aplicar el derecho administrativo y regular en forma estricta la aplicación de la potestad modificatoria, y por ende la distribución de riesgos.

nómeno social, y este núcleo duro solo puede ser combatido con la generación de una verdadera cultura de respeto de lo público, donde la integridad sea la regla de la actuación debida, por ética, moral y responsabilidad de la funcionaria o el funcionario público y de los actores del sector privado.

Ahora bien, la corrupción es un mal que va mutando según el medio de control. La denominada *soft corruption* como las nuevas formas de colusión entre empresas, el tráfico de influencias, el direccionamiento de contrataciones y subcontrataciones, la falta de control sobre el origen de los fondos de las empresas, entre otros, son modalidades más sofisticadas del flagelo. Ella es tan mala como la apariencia de cumplimiento (o *fake compliance*) donde se actúa un “como si” que, a largo plazo, aumenta el riesgo reputacional y la falta de confianza de la ciudadanía en el poder gobernante.³³

Por eso, aún queda trabajo arduo. La contratación pública es una de las áreas que requiere de un régimen contractual sistémico. Las áreas de servicios públicos, urbanismos, partidos políticos, regulaciones en materia de blanqueo de capitales y regímenes de control de la ética adecuada y proporcional a cada área, es una tarea para realizar que urge. En esto la transparencia asiste, pero aquella debe ser útil e inteligente para dar respuestas a la ciudadanía, no un mero portal de búsquedas, donde quede clara la idea del funcionario como servidor público y del ciudadano como acreedor de los derechos humanos a se debe proteger.

Se está avanzando recientemente en la tutela de los derechos ya en materia de relaciones de empleo público, el respeto a la igualdad de oportunidades - sin discriminación por género, raza, religión o elección sexual - y erradicación del acoso laboral en las instituciones,

33 Según Pablo Secchi, director ejecutivo de Poder Ciudadano, nuestro país “no va a superar el promedio del IPC hasta que no se implementen reformas en todos los sectores del Estado, y se genere un engranaje aceitado contra la corrupción”. Además de destacar “la necesidad de una reforma de un sistema de Justicia donde prima la lentitud y la impunidad como común denominador”, y saldar las “deudas” pendientes tales como la necesidad de “...una nueva ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública que controle eficazmente el conflicto de interés, que es el espacio donde más dudas acumula; redefinir el rol de la Oficina Anticorrupción y su independencia; una nueva ley de Compras y Contrataciones que incorpore estándares de integridad y transparencia. Y principalmente, reducir la brecha entre las normas y las prácticas”. Ver en <https://www.infobae.com/politica/2019/01/29/argentina-no-mejoro-en-el-ranking-global-que-mide-la-corrupcion>.

desde una perspectiva de género inclusiva y transversal.

Estoy convencida que esto nos va a llevar indefectiblemente a un nuevo derecho administrativo de perspectiva humanitaria, donde la prerrogativa deberá dar lugar a la vigencia efectiva de los derechos humanos, y será esa su base de sustentación. Este es otro desafío que la Integridad en un Estado Constitucional Social de Derecho nos convoca.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALTAMIRANO CASTRO José Guadalupe “Los perfiles en el servicio público y la Buena administración pública. E. Universidad de Xalapa, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Xalapa, México, 2021

CASTILLO BLANCO, Federico (coordinador) COMPLIANCE E INTEGRIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. Ed. , pág. 32. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 2019. ISBN 978-84-1313-727-8.

COMADIRA, Julio Rodolfo; “El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger”, Buenos Aires, El Derecho, N° 13.825, Año LIII, 2015.

GIMENO FELIU, J. M. en “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública” REALA. Nueva Época – Nro. 7, mayo 2017 – ISSN: 1989-8975 – DOI: 10.24965/reala.v0i7.10419 – [Págs. 45-67]

IVANEGA, Miriam M, “La transparencia del procedimiento administrativo y la lucha contra la corrupción: el acceso a la información y la figura del “compliance””. En Fuentes y Procedimiento Administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas. XXI Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Pagina 11 a 26. Ed. RAP. 2018, Bs. As. Argentina. ISBN: 978-987-694-021-4. Madrid, España 12 y 13 de Junio de 2019.

VALENTINI, Daniela “ ADOPCIÓN DE TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: BLOCKCHAIN COMO HERRAMIENTA DE EFICIENCIA, TRANSPARENCIA Y ALIADO CONTRA LA CORRUPCIÓN”, publicado en Observatorio de la Contratación Pública , disponible en: www.austral.edu.ar/derecho/2019/04/01/adopcion-de-tecnologias-disruptivas-en-la-contratacion-publica-blockchain-como-herramienta-de-eficiencia-transparencia-y-aliado-contrala-corrupcion/.

VITOLLO, Daniel Roque “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas” Ed. Rubinzal – Culzoni Editores. 1° Edición. Santa Fe. Argentina. 2018- ISBN 978-987-30-1300-3, págs.. 307 a 372.

Dictámenes: PTN (234:478)

INFORMES DE OCDE. Recomendación del Consejo OCDE 2017 sobre Integridad Pública. Ver en <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

EXPEDIENTE JUDICIAL. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 7, Secretaría N.º 14 en autos caratulados “Singer Paul y otros s/ traición con sometimiento (art. 215 inc.1) y otros” Expediente N.º 2752/2016

PROYECTO DE LEY “HUGO CORMICK” presentado por la diputada Claudia Bernazza- Diputados Expediente Nro. 2201-D-2021.

PONENCIAS DEL 1 CONGRESO INTERNACIONAL DE COMPLIACE

OFFICERS organizado por la World Compliance Association, Madrid, España, 13 de Junio 2019 ver en <http://complianceofficer.eventocompliance.com/>

EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO VS. CESACIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: Disquisiciones conceptuales al respecto y cómo impacta el instituto de la “reincidencia” en esta diferenciación

Disquisiciones conceptuales al respecto y cómo impacta el instituto de la “reincidencia” en esta diferenciación

TOMÁS VILLAFLOR¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 124-133. Recibido 27/02/2022 - Aceptado 29/03/2022

Resumen: Existen debates doctrinarios e intelectuales acerca de la existencia o no de alguna diferencia entre los siguientes términos: (i) extinción del acto administrativo; y (ii) cesación de los efectos del acto administrativo. En este trabajo, me propongo a resumir las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la diferenciación señalada. A su vez, ahondaré en el instituto de la reincidencia, su recepción normativa y jurisprudencia, y su influencia determinante en la distinción de los términos referidos.

Palabras clave: acto administrativo; extinción; cesación de efectos; reincidencia.

Abstract: There are intellectual and doctrine debates on the distinction between the following legal terms: (i) administrative act termination; and (ii) administrative act discontinuation of effects. Throughout this article, I am determined to summarize the different views on this subject set forth by doctrinaires and tribunals. In addition, I will ramble on the “recurrence” institute, its normative and jurisprudential reception, and its crucial influence on the

¹ Abogado cum laude (UBA). Cursando la Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Asociado en el Departamento de Derecho Administrativo y Energía del estudio Tavarone, Rovelli, Salim y Miani Abogados.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



aforementioned distinction.

Key words: administrative act; termination; discontinuation of effects; recurrence.

1. INTRODUCCIÓN

La extinción del acto administrativo parece ser un tema que, a primera vista, no acarrea mucho conflicto a nivel teórico y de comprensión. En líneas generales, se puede afirmar que el acto administrativo puede extinguirse por su agotamiento; por la voluntad del administrado; o bien, por la revocación del acto dispuesta por la misma Administración (Cassagne, 2018, págs. 605-606). Independientemente de la profundidad en el análisis de cada una de las causales, a grandes rasgos, un primer análisis podría finalizar allí.

No obstante, a medida que vamos indagando un poco más en este concepto, nos enfrentamos con algunas incógnitas a la hora de entender verdaderamente qué constituye la “extinción” del acto administrativo. Una de aquellas incógnitas está dada por la vinculación existente entre la extinción del acto administrativo y la cesación —o extinción— de sus efectos jurídicos. ¿Se puede decir que ambos conceptos son lo mismo? ¿O existen cuestiones a diferenciar entre dichos términos?

En el presente trabajo, me propongo abordar las distintas posiciones esbozadas por la doctrina y la jurisprudencia administrativa con relación a la extinción del acto administrativo y la cesación de sus efectos jurídicos. Asimismo, una vez finalizado dicho análisis, esbozaré una opinión personal al respecto.

Luego, y en función de las conclusiones a las que llegaré en el primer análisis, me sumergiré en la consideración del instituto de la “reincidencia” —utilizado con mucha frecuencia en el derecho administrativo sancionador— y el impacto que posee en la diferenciación entre la extinción del acto administrativo y la cesación de sus efectos.

2. DISQUISICIONES CONCEPTUALES ENTRE LA EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA CESACIÓN DE SUS EFECTOS JURÍDICOS

En primer lugar, debemos definir qué se entiende por extinción

del acto administrativo. Según Cassagne, la extinción del acto administrativo implica la eliminación o supresión de los efectos jurídicos y comprende a aquellas situaciones en que el acto cesa de operar sus efectos por causas normales o anormales sin que se requiera el dictado de un acto específico, como los supuestos en que la eliminación del acto del mundo jurídico no se produce sino a través de otro acto (Cassagne, 2018, pág. 603).

Por su parte, Gordillo afirmó lo siguiente: “La suspensión del acto acarrea la cesación sólo provisional¹ de sus efectos jurídicos. En cambio la extinción implica la cesación definitiva de ellos y del acto.” (Gordillo, 2011, págs. XIII-1).

Tal como se puede observar, se suele asimilar el concepto de “extinción” del acto administrativo con el de la “cesación” de sus efectos jurídicos. Sin embargo, estos mismos autores reconocen que aparecen ciertos conflictos teóricos a la hora de diferenciar ambos conceptos.

En este sentido, Marienhoff fue quizás uno de los primeros autores en enhebrar una diferenciación conceptual entre los términos señalados. Para este autor, existía una diferencia fundamental entre ambos conceptos, por cuanto “La “cesación” de los efectos del acto apareja la idea de algo que ocurre normalmente, de acuerdo a lo previsto de antemano (...) En cambio, la “extinción” del acto generalmente se produce por causas no precisamente queridas “abinitio”, sino que son “consecuencias” de hechos o circunstancias advertidos o surgidos posteriormente.” (Marienhoff, 1966, págs. 154-155).

En sentido disímil, el doctrinario Armando Grau se enroló en una corriente más restrictiva del concepto, en tanto distinguió entre la “extinción de los efectos” y la “extinción del acto”, entendiendo que la principal diferencia reside en si se requiere o no el dictado de otro acto, emitido por un órgano administrativo, legislativo o judicial (Grau, 1961, págs. 1-2).

Por otro lado, Cassagne argumenta que no tiene mucho sentido realizar esa diferenciación, ya que “tales distinciones no trasuntan diferencias que justifiquen su apartamiento del concepto general de extinción pues siempre se opera la supresión de los efectos jurídicos del acto, sea este válido o inválido o que la extinción se produzca como consecuencia de una causal prevista o que surja con posterioridad al nacimiento del acto.” (Cassagne, 2018, pág. 603).

En otro orden de ideas, el jurista Gordillo, si bien coincide con Cassagne en que no tiene mucha significación efectuar la distinción en cuestión, entiende también que “Dado que lo tipificante del acto

administrativo es su calidad de producir efectos jurídicos,³ no parece que puedan imaginarse casos de actos que subsistan sin producir efectos jurídicos. A la inversa, puede ser posible encontrar efectos ultraactivos de actos ya desaparecidos del mundo jurídico” (Gordillo, 2011, págs. XIII-1). Es decir, que parece dejarle una puerta abierta al hecho de que existan actos administrativos extintos formalmente, pero que continúen produciendo sus efectos jurídicos de alguna forma en particular.

Fuera del ámbito doctrinario, corresponde analizar lo expuesto por la jurisprudencia administrativa y judicial. Con relación a la segunda, no han existido sentencias en las que se efectúe una distinción entre los conceptos abordados en el presente trabajo. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia administrativa –a través de la Procuración del Tesoro de la Nación– se ha expedido con respecto a este tema en particular en algunas ocasiones.

En efecto, la Procuración en una de sus intervenciones adhirió a la postura del Dr. Cassagne al aseverar que “La eliminación o supresión de los efectos jurídicos del acto administrativo se designa con el término extinción, que comprende a aquellas situaciones en que el acto cesa de operar sus efectos por causas normales o anormales...” y agrega que, pese a las opiniones de la doctrina en cuanto a que la discrepancia de aceptar o no un término genérico que pueda abrazar a todas las causales de extinción,” ... tales distinciones no trasuntan diferencias que justifiquen su apartamiento del concepto general de extinción, ya que en todos los supuestos se opera la supresión de los efectos jurídicos del acto”².

En los últimos años, el organismo asesor ha traído a colación la postura del Dr. Gordillo, al coincidir con que “la cesación definitiva de los efectos jurídicos del acto, por cualquier circunstancia, trae también aparejada la extinción del acto en sí aun cuando en su materialidad misma el acto no haya sido sometido a un proceso extintivo, es decir, a su revocación”³.

Como se puede observar, parece ser que la doctrina y jurisprudencia administrativa imperante en la actualidad no aceptan, en principio, una diferenciación ontológica entre la extinción del acto administrativo y la cesación de sus efectos jurídicos. No obstante ello, ¿podemos afirmar con toda certeza que una vez extinguido el

2 PTN, Dictámenes, 194:171.

3 PTN, Dictámenes, 304:380; también en Dictámenes 305:368.

acto, cesan automáticamente sus efectos jurídicos para siempre? ¿O existen supuestos en los que, a pesar de que el acto se encuentra extinguido, sus efectos se manifiestan de forma ultra-activa?

En relación con la primera pregunta, en mi opinión la respuesta debe ser negativa. Ello así debido a que, en rigor de verdad, cuando el acto se extingue, nos referimos a su faz formal; es decir, cuando el objeto del acto se cumple, incumple –por razones sobrevinientes-; o bien, se anula a través de un acto posterior. Empero, ello no implica necesariamente que sus efectos jurídicos cesan de forma definitiva. Con esto me refiero a que, si bien los efectos propios del acto administrativo pueden cesar, puede ocurrir que el objeto de ese mismo acto extinguido posea un impacto en situaciones que ocurran con posterioridad a su extinción, por lo que, en definitiva, sus efectos no expiran de forma concluyente.

En cuanto a la segunda pregunta formulada, a mi entender existen ejemplos en los que se divisa con mayor nitidez la distinción evaluada en este trabajo. Es por ello que a continuación profundizaré en lo referente al instituto de la “reincidencia” –de profusa utilización en sumarios administrativos- y de su impacto en la diferenciación entre los dos conceptos considerados en este acápite.

3. LA “REINCIDENCIA” Y SU INFLUENCIA EN LA DISTINCIÓN ENTRE EXTINCIÓN Y CESACIÓN DE LOS EFECTOS

De acuerdo con el artículo 50 del Código Penal de la Nación⁴, “Habrà reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”. Según Terragni, el Código Penal adopta el criterio en virtud del cual, para que haya reincidencia, el delito que motivó la anterior condena no tiene que ser necesariamente de la misma clase que el que motiva la segunda o las ulteriores condenas (Terragni, 2012).

Este instituto, si bien emerge del derecho penal, ha tenido –y tiene- una vasta utilización en el derecho administrativo; sobre todo, en la faz sancionatoria de esta rama del derecho. Es así que en varios regímenes sancionatorios de distintas actividades económicas prevén a la reincidencia como un agravante a la hora de graduar el monto de

4 Ley 11.179: BO del 3/11/1921.

la multa a aplicar.

A modo de ejemplo, el “Régimen disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias”⁵ establece en su Sección 2.5.1. que “Los sancionados por resolución firme que cometieran nuevas infracciones dentro del lapso de 5 años siguientes a dicho decisorio tendrán un incremento de hasta el 40 % de las multas que se les impongan.”

Por su parte, el artículo 49 de la Ley de Defensa del Consumidor dispone que “En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.”⁶

En el mismo orden de ideas, en materia fiscal también existe la reincidencia como agravante a la hora de imponer sanciones pecuniarias. En efecto, el artículo 50 de la Ley de Procedimiento Fiscal estipula que “Se entenderá que existe reincidencia, cuando el infractor condenado por sentencia o resolución firme por la comisión de alguna de las infracciones previstas en esta ley, cometiera con posterioridad a dicha sentencia o resolución, una nueva infracción de la misma naturaleza. La condena no se tendrá en cuenta a los fines de la reincidencia cuando hubieran transcurrido cinco (5) años desde que ella se impuso.”⁷

Asimismo, en materia contractual también se ha previsto al instituto de la “reincidencia” como factor a tener en consideración para graduar el monto de las multas impuestas al contratista. En concreto, el Contrato de Concesión del servicio público de Distribución de Energía Eléctrica suscripto entre la EDENOR S.A. y el Estado Nacional⁸ –muy similar a aquél firmado con EDESUR S.A.- prescribe en la Sección 5.2. del Sub-Anexo 4 que “Las multas dispuestas, además de ajustarse al tipo y gravedad de la falta, tendrán en cuenta

5 Comunicación BCRA A 6202/2017: BO del 3/05/2017.

6 Ley 24.240: BO del 15/10/1993.

7 Ley 11.683 (T.O. 1998): B.O. del 12/01/1933.

8 Texto aprobado por la Resolución 170/1992 –de fecha 31/08/1992- de la ex Secretaría de Energía Eléctrica de la Nación.

los antecedentes generales de LA DISTRIBUIDORA y, en particular, la reincidencia en faltas similares a las penalizadas, con especial énfasis cuando ellas afecten a la misma zona o grupo de usuarios.”.

En relación con esto, la Procuración del Tesoro de la Nación ha tenido la oportunidad de expedirse con respecto la reincidencia y su aplicación en el marco de la ejecución de un contrato de concesión de servicios públicos, al advertir que “a los fines de la aplicabilidad de la figura de la reincidencia sólo pueden tomarse en cuenta las sanciones firmes dictadas por el Ente, entendiéndose por tales aquellas que no hubieran sido recurridas o que habiéndolo sido fueron objeto de resolución definitiva en sede administrativa.”⁹.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha avalado la aplicación de la reincidencia por parte de los distintos organismos del Estado Nacional como factor a tener en cuenta al momento de graduar las sanciones de multa aplicadas a los administrados¹⁰.

Tal como se puede observar, la reincidencia parece ser un instituto de amplia y pacífica recepción en el derecho administrativo por parte de los entes de la Administración Pública Nacional; en especial, a la hora de ejercer las facultades sancionatorias otorgadas por los distintos regímenes disciplinarios existentes.

Ahora bien, volviendo al tema en análisis, el acto administrativo que impone una sanción de multa puede perfectamente extinguirse por su cumplimiento; es decir, por el pago de la multa por parte del administrado infractor. No caben dudas que el acto administrativo, una vez realizado el pago de la multa, se encuentra extinguido formalmente y ya no irroga sus efectos jurídicos propios.

No obstante, y tal como se puede concluir en los distintos ejemplos brindados, esa multa puede servir luego como una antecedente

9 PTN, Dictámenes, 244:097; también en Dictámenes 244:772 y 249:290.

10 CNACAF, Sala III, “Edesur S.A. c. Ente Nacional Regulador de Electricidad”, sent. del 31 de mayo del 2017; “Telefonica Moviles Argentina SA c. DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - Art 45”, sent. del 21 de junio del 2019; Sala I, “Banco Piano y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21.526 - Art. 42”, sent. del 21 de noviembre del 2019; Sala IV, “Sullivan y Villalon S.A. c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, sent. del 16 de julio del 2019; Sala V, “Obra Social Unión Personal de la Unión Personal Civil c. Superintendencia Servicios Salud - RSL 543/13 (expte. 160538/09)”, sent. del 13 de agosto del 2013; entre muchos otros.

a tener en cuenta al momento de graduar una multa a aplicarse en el futuro. Con lo cual, el acto administrativo sancionatorio anterior, si bien extinguido por cumplimiento del objeto –v. gr. pago de la multa–, sigue irradiando efectos jurídicos hacia el futuro. Esto es así debido a que, de no existir el acto sancionatorio anterior, la reincidencia no aplicaría y, por ende, el monto de la multa debería ser menor.

De esta manera, surge con meridiana claridad por qué la reincidencia es un ejemplo preciso de la extinción del acto cuyos efectos jurídicos no cesan al momento de la extinción. En efecto, esos efectos provocan una modificación en la situación jurídica del particular al momento de ser sancionado por una nueva infracción cometida.

CONCLUSIÓN

Evidentemente, la distinción planteada en el presente trabajo acarrea opiniones dispares en la doctrina. Sin embargo, a mi entender, la distinción entre la extinción de los efectos del acto administrativo y la cesación de sus efectos jurídicos merece ser realizada, en tanto constituyen, en algunos casos, dos momentos claramente separados en el tiempo.

En este sentido, el instituto de la “reincidencia” le otorga relevancia a la distinción en cuestión, ya que, mientras el acto administrativo sancionatorio se puede extinguir con su cumplimiento, los efectos pueden subsistir al momento en que se gradúa la sanción pecuniaria de una infracción cometida con posterioridad. Espero que este trabajo sirva para realzar la importancia de la diferenciación entre la extinción del acto administrativo y la cesación de sus efectos jurídicos. En esencia, es un debate que demuestra plena lozanía y vigencia.

BIBLIOGRAFÍA

CASSAGNE, JUAN C., Curso de derecho administrativo – t. I, Buenos Aires, La Ley, 2018.

GORDILLO, AGUSTÍN, Tratado de derecho administrativo – Tomo 3: El Acto Administrativo, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

GRAU, ARMANDO E., “Resumen sobre la extinción de los actos administrativos”, JA, 1961-I-40, secc. Doctrina.

MARIENHOFF, MIGUEL S., Tratado de derecho administrativo – t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.

TERRAGNI, MARCO A., Tratado de derecho penal – t. I, Buenos Aires, La Ley, 2012.

Dictámenes

PTN, Dictámenes, 194:171.

PTN, Dictámenes, 244:097.

PTN, Dictámenes, 244:772.

PTN, Dictámenes, 249:290.

PTN, Dictámenes, 304:380.

PTN, Dictámenes, 305:368.

Jurisprudencia

CNACAF, Sala III, “Edesur S.A. c. Ente Nacional Regulador de Electricidad”, sent. del 31 de mayo del 2017.

CNACAF, Sala III, “Telefonica Moviles Argentina SA c. DNCI s/ Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - Art 45”, sent. del 21 de junio del 2019.

CNACAF, Sala I, “Banco Piano y otros c. Banco Central de la República Argentina s/ Entidades Financieras - Ley 21.526 - Art. 42”, sent. del 21 de noviembre del 2019.

CNACAF, Sala IV, “Sullivan y Villalon S.A. c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, sent. del 16 de julio del 2019.

CNACAF, Sala V, “Obra Social Unión Personal de la Unión Personal Civil c. Superintendencia Servicios Salud - RSL 543/13 (expte. 160538/09)”, sent. del 13 de agosto del 2013.

Normativa

Comunicación BCRA A 6202/2017: BO del 3/05/2017. Régimen disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias.

Ley 11.179: BO del 3/11/1921. Código Penal de la Nación.

Ley 24.240: BO del 15/10/1993. Defensa del Consumidor.

Ley 11.683 (T.O. 1993): B.O. del 12/01/1933. Procedimiento Fiscal.

Resolución SEE 170/1992. Aprobación del Contrato de Concesión suscripto entre el Estado Nacional y la Empresa Distribuidora del Norte S.A..

CANNABIS MEDICINAL: UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

LUCA GASTÓN DEL VALLE¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-6946) |
pp. 134-151. Recibido 28/02/2022 - Aceptado 12/04/2022

Resumen: A lo largo del presente artículo se realiza un análisis de la situación del cannabis medicinal en la República Argentina con relación a los elementos interpretativos de vigencia del derecho a la salud, de conformidad con lo planteado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N°14 y 25.

Palabras clave: Cannabis medicinal; Derecho a la salud; Terapias alternativas; Investigación Científica.

Abstract: At the present article was made an analysis about the situation of medicinal cannabis on the Argentina Republic in relationship with the interrelated and essential elements of the right to health in accordance with the General Comments N°14 and 25 of Committee on Economic, Social and Cultural Rights.

Key words: Medicinal cannabis, Right to health; Alternatives therapies; Scientific research.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente artículo se analizará el estado de vigencia

¹ Instituto Nacional de Tecnología Industrial INTI Asesor de la Dirección Técnica de Asuntos Jurídicos y Dictámenes del INTI. Abogado y Diplomado en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales por la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se encuentra cursando la Especialización en Genética, Derechos Humanos y Sociedad en la Universidad Nacional de Tres de Febrero.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

del derecho a la salud en el contexto específico del cannabis medicinal (o ‘usos medicinales del cannabis’, en adelante) en la República Argentina a partir de la sanción de la Ley N°27.350 y sus sucesivas reglamentaciones.

Así las cosas, en primer lugar, será definido que entendemos por cannabis medicinal. A partir de ello, será presentado el esquema de regulación y fiscalización de estupefacientes en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas y luego el contenido de la Ley N°27.350 y su alcance a la luz de las dos reglamentaciones que le fueron dadas. Asimismo, se presentará sucintamente el estado de situación del cannabis medicinal en las jurisdicciones subnacionales del país (provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

En segundo término, se tratará la cuestión referida al Derecho a la Salud a partir de su reconocimiento en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC, en adelante) a partir de sus observaciones generales N° 14 y 25.

En tercer lugar, se analizará la situación de la República Argentina a la luz de la interpretación y estándares presentados en segundo término. A tales efectos de abarcarán la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad y se tendrán en cuenta tanto los procesos de judicialización en la temática, los programas gubernamentales y los incentivos existentes en la materia.

Finalmente, se presentarán las conclusiones en torno al cumplimiento por parte del Estado argentino en torno a la cuestión analizada.

II. CANNABIS, CÁÑAMO, MARIHUANA

El Cannabis es una planta oriunda de Asia Central, de la cual se registran usos desde el año 4.000 A.C.². Sus usos son variados y van desde cuestiones medicinales (aceites y, más recientemente, medicamentos de grado farmacéutico) hasta usos con fines industriales (extracción de fibras, construcciones, etc.).

Las variedades de la planta de cannabis, a fines jurídicos, se divide en dos: cáñamo y cannabis (esta última, es normalmente referido en la opinión pública como ‘marihuana’). La diferencia fundamental está

² Cfr: López, G.E.A., Brindis, F., Niizawa, S.C. y Martínez, R. V. (2014) “Cannabis sativa L., una planta singular” en Rev. Mexicana de Ciencias Farmacéuticas, Vol. 45 N° 4, Ciudad de México.

dada por la cantidad de uno de sus componentes: el cannabinoide Tetrahidrocannabinol (THC). Por ejemplo, en Estados Unidos de América³ y Canadá⁴ el límite está en 0.3%, de THC y en Uruguay⁵ en 0,5% para semillas y 1% para hojas y flores.

Ahora bien, más allá de la cuestión del cannabinoide THC, el cáñamo del cannabis puede diferenciarse por cuestiones morfológicas: mientras la primera es una planta que alcanza los 3 a 4 metros con tallo grueso y baja ramificación, la segunda es una planta mucho más pequeña con tallo fino y densas ramificaciones, que la asemejan a un arbusto⁶.

La presencia en tal o cual cantidad de THC –componente psicoactivo- en las plantas de cannabis tiene una consecuencia fundamental: lo clasifica o no como estupefaciente. Lo cual significa que su producción, distribución y comercialización sólo podrá realizarse bajo condiciones especiales y estrictas, siempre y cuando se lo habilite.

A los efectos del presente trabajo utilizaremos el término Cannabis en referencia a cualquier variedad de la planta de *Cannabis Sativa L*, la cual se utilice con fines medicinales y con independencia del contenido cuantificado de sus cannabinoides. En otras palabras, con usos medicinales del cannabis nos referimos a lo que habitualmente se conoce como “Cannabis Medicinal”. Ambas expresiones serán utilizadas indistintamente y como sinónimos a lo largo del texto.

II.A. La situación internacional

La gobernanza global del cannabis medicinal se encuentra englobada dentro del régimen de las Naciones Unidas en materia de Drogas. El sistema de Naciones Unidas está compuesto por tres tratados internacionales: La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961⁷ (la Convención, en adelante), el Convenio de Sustancias

3 Agriculture improvement act (2018), 7 USC 1639o.

4 SOR/2018-145, 1 (1).

5 Decreto N°372/014, art. 1.

6 Cfr: García, E. C y Espada Sanchez, J. P. (2006) “Una revisión histórica sobre los usos del cannabis y su regulación” en *Salud y Drogas*, vol. 6 n. 1.

7 En vigor desde 1964. La misma fue enmendada por un Protocolo sancionado en 1972. Disponible en: https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf

Psicotrópicas de 1971 (el Convenio, en adelante) y la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (CNU, en adelante). Este sistema de fiscalización persigue dos objetivos principales: (i) garantizar la debida disponibilidad para fines médicos de sustancias sometidas a fiscalización; y, (ii) evitar su ‘uso indebido’ y que se desvíen hacia el mercado ilegal⁸.

En marzo del año 1961, en el marco de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención, cuya finalidad es la de organizar la fiscalización de estupefacientes. En este sentido, se establecen distintas listas destinadas a clasificar las sustancias que serán objetivo de control y establece que por estupefaciente “se entiende cualquiera de las sustancias de las listas I y II, naturales o sintéticas”⁹.

Este sistema regulatorio cuenta con dos organismos de control y fiscalización: la **Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes** –cuya función consiste en velar por la salud y el bienestar de la humanidad, adoptando medidas para garantizar la disponibilidad de sustancias sometidas a fiscalización internacional para fines médicos y científicos, y prevenir la desviación de sustancias sometidas a fiscalización por cauces ilícitos¹⁰- y la **Comisión de Estupefacientes** –creada en el ámbito del Consejo Económico y Social y cuya función consiste tanto en analizar la situación global del tráfico de estupefacientes como en la adopción de medidas al efecto-.

El Cannabis, en el sistema internacional, se encontraba originalmente caracterizado como un estupefaciente de Lista I (es decir, una sustancia de gran dependencia y cuya posibilidad de abuso es altamente probable) y de la Lista IV (es decir, se consideraba que su valor médico/terapéutico era nulo o muy limitado)¹¹. Sin embargo, en el 63° período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes se adoptaron diversas resoluciones que implicaron su eliminación de

8 Comisión Global de Políticas de Drogas (2019) *La clasificación de sustancias psicoactivas: cuando se dejó atrás a la ciencia*. Informe de 2019, pág. 7. Disponible en: https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2019/06/2019Report_ESP_web.pdf

9 Convención Única sobre Estupefacientes, art. 1 (j).

10 E/INCB/2020/1, párr.62.

11 Cfr: Taylor, D. B. et. al (2014) *Auge y caída de la prohibición del cannabis*. Amsterdam; TNI, pág. 8. Disponible en: <https://www.tni.org/files/download/auge-y-caida-web.pdf>

la Lista IV. En este sentido, significó un avance tanto para allanar el camino en varios países que pliegan su normativa interna a las decisiones internacionales como para instalar un debate global en torno a los beneficios terapéuticos del cannabis.

II.B. La situación nacional

El cannabis como alternativa terapéutica en la República Argentina ha seguido un camino de liberalización en los últimos tiempos. Desde un régimen de índole prohibitivo que implica la punición de la Ley N° 23.737 (de Estupefacientes¹²), pasando por el régimen de excepción de “uso compasivo”¹³ hasta llegar a la sanción de la Ley N°27.350 (de Cannabis Medicinal) y sus sucesivas reglamentaciones. Los distintos cambios en la normativa no pueden ser entendidos sin la gran visibilización que ha adquirido la temática a partir de una fuerte militancia sectorial, el activismo judicial y su puesta en discusión en el seno de la opinión pública.

Los usos medicinales del cannabis han sido relevados en distintos documentos de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médicas (ANMAT), compilando estudios sobre diversas aplicaciones para el tratamiento del dolor, la epilepsia, la espasticidad en la Esclerosis Múltiple, entre otros¹⁴.

Actualmente la legislación vigente habilita las siguientes vías para la utilización del cannabis como terapéutica: (i) autocultivo y/o cultivo solidario; (ii) medicamentos; (iii) productos cosméticos de grado 2¹⁵; y

12 Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes,

13 El “uso compasivo” permite el acceso a determinadas drogas a los pacientes que: (i) se encuentran en situaciones clínicas que comprometen la vida, evolucionan hacia la invalidez o situaciones que incapacitan o deterioran la calidad de vida; y (ii) no exista un tratamiento médico específico aprobado en el país.

14 Para más informaciones véanse: ANMAT (2016) Usos terapéuticos de los cannabinoides y ANMAT (2017) Tabla de evidencia cannabinoides y dolor.

15 Disposición N°8504/2021 de la Administración Nacional de

(iv) los “productos vegetales a base de cannabis y sus derivados destinados al uso y aplicación en la medicina humana”¹⁶.

En el caso de lo último se trata de una categoría *sui generis*, distinta de las clasificaciones de medicamento, especialidad medicinal y medicamento herbario. Conforme surge del artículo segundo de la Resolución N° 781/2021 del Ministerio de Salud se trata de “todo producto de composición cuali-cuantitativa claramente definida y comprobable que contenga como Ingrediente/s Farmacéutico/s Activo/s (IFA) uno o más cannabinoides derivados de origen vegetal obtenidos con los requerimientos de buenas prácticas de elaboración establecidas”¹⁷.

II.B.a. La Ley N°27.350 y su reglamentación

La Ley N° 27.350 fue aprobada en el año 2017 estableció el marco regulatorio de la planta de cannabis y sus derivados para la investigación científica y sus usos terapéuticos/medicinales. En este sentido creo el *Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales* en el ámbito el Ministerio de Salud de la Nación, el cual tiene entre sus objetivos el de “emprender acciones de promoción y prevención orientadas a garantizar el derecho a salud”¹⁸.

Desde su sanción, la Ley N°27.350 ha tenido dos reglamentaciones. La primera de ellas, dada por el Decreto N°738/2017 estableció un régimen que permitía: a los **fines medicinales, paliativos y/o terapéuticos**, la importación de medicamentos aprobados por organismos regulatorios extranjeros para determinadas enfermedades; y, **para fines científicos y de investigación**, el desarrollo de planes de cultivos en determinadas condiciones. Bajo este esquema, las obligaciones del Estado nacional en materia de garantizar el acceso a terapéuticas eran limitadas y no se establecían de manera expresa compromisos en ese sentido. Además, se mantenía la prohibición del autocultivo y se confería un rol central al Ministerio de Seguridad de la Nación.

El Decreto N°883/2020 ha establecido la actual reglamentación

Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.

16 Resolución N°781/2021 del Ministerio de Salud.

17 Resolución N°781/2021 del Ministerio de Salud, art. 2.

18 Ley N°27.350

de la Ley N° 27.350. Este régimen es mucho más permisivo en comparación al anterior y avanza tanto sobre la actividad de autocultivo -creándose el Registro de Productores de Cannabis- (REPROCANN, en adelante) como en el abastecimiento por parte del Estado, Obras Sociales y Agentes del Seguro de Salud del Sistema Nacional a los derivados del cannabis¹⁹. Asimismo, con esta nueva reglamentación los proyectos de investigación en la temática se vieron incrementados de manera notoria. Así las cosas, desde la sanción del Decreto reglamentario actual se han aprobado un total de 23 proyectos, en contraste con los solo dos proyectos de investigación aprobados bajo la reglamentación anterior²⁰.

II.C. El cannabis en la esfera subnacional

En línea con la política del Estado nacional de promover el cannabis como alternativa terapéutica, 23 de las 24 jurisdicciones subnacionales del país han legislado en la materia. En algunos casos no solo adhiriendo a la Ley Nacional, sino que también impulsando iniciativas que promuevan el desarrollo de la temática en el ámbito local.

En este sentido, cabe destacar que 11 provincias prevén en sus legislaciones locales la incorporación de los aceites de cannabis a sus vademécums provinciales y su abastecimiento mediante las Obras Sociales de su jurisdicción²¹.

III. EL DERECHO A LA SALUD: ESTÁNDARES DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La salud, como derecho humano, se encuentra reconocida en diversos tratados internacionales. Entre ellos se destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 12²²)

19 Decreto N°883/2020, art. 3. Inc. d)

20 Cfr: Resolución N° 361 de la Secretaría de Gobierno a la Salud de fecha 15 de abril de 2019 y Resolución N° 156 de la Secretaría de Regulación y Gestión Sanitaria de fecha 3 de julio de 2019.

21 Dichas provincias son: Neuquén, Ushuaia, Rio Negro, Chubut, Mendoza, La Rioja, Corrientes, Salta, Jujuy, Santiago del Estero y Santa Fe

22 PIDESC, art. 12.1: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el

y el Protocolo de San Salvador (art. 10²³).

En la Constitución de la OMS se define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”²⁴.

En cuanto a las pautas interpretativas, el Comité de Derechos Económicos y Sociales (Comité DESC, en adelante) ha señalado que el derecho en cuestión implica el “disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”²⁵ y que su vigencia se da a través de la observancia de los distintos elementos que lo componen. Dichos elementos, son las vías por medio de las cuales los derechos son disfrutados por las personas. Como elementos del derecho a la salud²⁶, se mencionan:

A. Disponibilidad. Como primera condición para la vigencia del derecho a la salud, se encuentra la noción de que debe garantizarse la existencia de los recursos necesarios para llevar adelante las prácticas en cuestión.

B. Accesibilidad.

No discriminatoria, el acceso a los establecimientos, medicamentos y/o servicios de salud no debieran establecer requisitos que impliquen una distinción irrazonable, tales como cuestiones de género, religión, nacionalidad, entre otras. Asimismo, el Estado debiera llevar adelante acciones positivas tendientes a desmontar las situaciones de desigualdad estructural existentes sobre determinados grupos (migrantes, personas con discapacidad, entre otros)²⁷.

derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

23 Protocolo de San Salvador, art. 10.1: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

24 Constitución de la OMS, preámbulo.

25 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°14 sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” E/C.12/2000/4 (11/08/2000). E/C.12/2000/4, párr. 9.

26 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°14 sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” E/C.12/2000/4 (11/08/2000). E/C.12/2000/4,, párr. 12.

27 Saba, R. (2016) *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe*

Asequible, en el sentido de que la mayor o menor capacidad económica de las personas no pueden ser un impedimento para acceder a los tratamientos. En este orden de ideas, el Comité DESC propugna por el principio de la equidad.

Física. Esta dimensión de la accesibilidad implica distintos ángulos a considerar no sólo se refiere a que los recursos deben estar distribuidos de manera armónica en el ámbito territorial, sino que también se implica cuestiones diseño edificio -rampas, carteles braile, etc.- e

Información. Por último, la cuestión informativa en lo que hace a la accesibilidad de los derechos representa un aspecto crítico en la medida que es una vía tanto para el empoderamiento de las decisiones y la formación del consentimiento informado como para el surgimiento de nuevos interrogantes e incentivos para la actividad investigativa y creadora.

C. Aceptabilidad, que implica que las medidas adoptadas en pos de la garantía del derecho sean respetuosas de las convicciones personales y colectivas de las personas. En este sentido,

D. Calidad. Se refiere a que los tratamientos, profesionales y establecimientos deben ser adecuados y aptos en términos científicos.

En otras palabras, resultaría más adecuado hablar de *derecho a la protección de la salud* en la medida en que esto constituye un “sistema de normas jurídicas de diverso rango que reconoce y regula los mecanismos necesarios para lograr la protección de la salud a través de la delimitación de la responsabilidad del Estado, de la sociedad y del individuo”²⁸.

Asimismo, un elemento adicional que tracciona la innovación en técnicas, tecnologías y métodos para la protección de la salud es la libertad de investigación científica. Sobre este aspecto, el Comité DESC ha señalado en su Observación General N°25 que dichas actividades suelen verse afectadas por restricciones debido al sistema internacional de estupefacientes, mediante el cual se clasifican a determinadas sustancias como nocivas y perjudiciales para la salud.

el estado a los grupos desventajados? Buenos Aires; Siglo XXI editores.

28 Brena Sesma, I. (2008) “Derecho a la protección de la salud” en Tealdi, J.C. (coord.) *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogotá, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, pág. 245.

Empero, reconoce que “algunas de esas clasificaciones se hicieron con un apoyo científico insuficiente para fundamentarlas”²⁹ tal como ha ocurrido con el cannabis.

En este orden de ideas, los organismos de ciencia y tecnología constituyen un engranaje fundamental para el desarrollo de investigaciones que permitan la creación una industria nacional. En línea con ello la colaboración con los pequeños productores, que durante décadas llevaron adelante sus cultivos en la clandestinidad, resulta trascendente para valorizar y poner en beneficio de la sociedad un conocimiento ganado a base de la experiencia.

III.A. El acceso a las terapéuticas en Argentina

Como señaláramos previamente, la accesibilidad es el elemento sobre el cual suele enfatizarse a la hora de medir la vigencia de los derechos. Actualmente, el acceso a las terapéuticas de cannabis y sus derivados se puede por distintas vías.

Por un lado, si la finalidad es *acceder a un tratamiento*, las personas pueden optar: (a) por el autocultivo de plantas en las condiciones establecidas por el Anexo II de la Resolución N°800/2021 del Ministerio de Salud³⁰; (b) por el cultivo solidario, llevado adelante por una Organización No Gubernamental registrada en los términos del Anexo IV de la Resolución 800/2021; (c) exigirlo a su Obra Social y/o prepaga; (d) al Servicio de Salud Pública, en la medida en el paciente participe de un programa de investigación experimental³¹; y/o (e) por importa un medicamento aprobado por alguna autoridad regulatoria extranjera³².

29 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 68.

30 Se establece como rangos permitidos de plantas florecidas y extensión de superficie cultivada, a los efectos de obtener la autorización a la que se refiere el Artículo 4°, los siguientes: • Cantidad de plantas florecidas: entre 1 y 9 • Cantidad de metros cuadrados cultivados: hasta 6m2. • Condición de cultivo: interior • Condición de cultivo exterior: hasta 15 m2. • Transporte: entre 1 y 6 frascos de 30ml o hasta 40 gramos de flores secas.

31 Ley N°27.350 y Decreto Reglamentario N°883/2020, art. 7.

32 Este procedimiento se encuentra regulado por la Resolución N°654/2021 del Ministerio de Salud.

Como modelos de accesibilidad motorizados desde esferas estatales pueden destacarse los modelos de las Provincias de Santa Fe y de Jujuy. Por parte de la Provincia de Santa Fe el gobierno provincial ha comenzado a hacer entrega de aceites producidas por el Laboratorio Industrial Farmacéutico S.E. (propiedad de la provincia) a pacientes con epilepsia refractaria mediante el Sistema Provincial de Salud³³. Por parte de la Provincia de Jujuy se destaca a la creación de la Empresa pública Cannava Avatara S.E., el primer plan de cultivo y proyecto de investigación del país³⁴ y el primer aceite producido íntegramente en el país.

Si la finalidad es *realizar investigación científica*, se debe optar: (a) por la presentación de un Proyecto de Investigación en Cannabis que debe ser aprobado por el Ministerio de Salud mediante resolución, lo cual habilita el desarrollo de un plan de cultivo³⁵; y/o (b) la importación de material vegetal.

III.A.a. Experiencias del ámbito judicial

La accesibilidad a terapéuticas de cannabis tiene varios capítulos en la jurisprudencia argentina. Desde la persecución penal a los cultivadores hasta la condena a obras sociales para que garanticen la provisión de aceites.

Puntualmente, nos interesa traer a colación dos casos que resultan muestran tanto los avances que vienen efectuándose en la materia como los puntos pendientes que aún se encuentran en el sistema nacional.

El primero de los casos previamente mencionados es *Vanegas, D. N. s/ infracción Ley 23.737*. Se trata de un caso paradigmático con relación a los conflictos que aún enfrentan los cultivadores particulares de cannabis. En el mismo, las fuerzas federales llevaron a cabo “discretas tareas investigativas” que condujeron a la conclusión de que en la vivienda del Señor Vanegas “se desarrollaban actividades en infracción a la ley 23.737”. En base a ello, se procedió a un allanamiento a la casa de este descubriéndose que había 11 plantas de cannabis en proceso de cultivo en un invernadero de 4x6 metros. Junto a

33 <http://www.lif-santafe.com.ar/noticias/603/nuevo-producto-lif.html>

34 Resolución N° 361/2019 del Ministerio de Salud de la Nación.

35 Decreto N°883/2020, art. 3 inc. f).

las plantas, la policía secuestró distintos artefactos de cultivo a pesar de que el Sr. Vanegas exhibió su certificado del REPROCANN que lo habilitaba a cultivar.

Contra el acusado, la fiscalía manifestó que las condiciones de cultivo excedían lo habilitado por el anexo II de la Resolución 800 del Ministerio de Salud. Ante ello manifestó el juez que, si bien resulta evidente que se pasaron los límites permitidos, no puede considerarse que los cultivos sean parte de la cadena del tráfico de cannabis toda vez que: (i) carecían de la extensión cuantitativa requerido al efecto; (ii) conforme surgió de las constancias acompañadas la finalidad era la de obtener aceite con fines medicinales; y (iii) de conformidad con la doctrina establecida por la CSJN solo resultará punible en la medida que se lleve en condiciones que traiga aparejada un peligro concreto o daño para derechos o bienes de terceros.

Consecuentemente, y en base a dichos fundamentos, se dispuso el sobreseimiento del encausado y se ordenó la restitución de todo el material secuestrado. Este caso resulta paradigmático en la medida que representa la situación de muchos de los usuarios del REPROCANN que, aunque se encuentran habilitados para llevar a cabo los cultivos, deben atravesar la circunstancia de una persecución penal. Ello deja en evidencia la falta formación e información en las fuerzas de seguridad.

El segundo de los fallos es el reciente *B., C.B. c/ IOSPER* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). En este caso, la CSJN condeno a la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos a que cubra el 100% de un aceite de cannabis para un niño con epilepsia refractaria. En este sentido, se señala en el voto mayoritario que la normativa dada por el Decreto 883/2020 “respeto el mandato constitucional de un particular –tal su término exacto en el art. 75 inc. 23- deber de cuidado respecto de las personas con discapacidad que consagra la Carta Fundamental, especialmente desde la reforma de 1994, con la incorporación con jerarquía constitucional de la ‘Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad’”³⁶.

III.B. Más allá de la accesibilidad física y económica: acciones necesarias para una garantizar la totalidad de los elementos

36 “B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo”, considerando 10.

En materia de disponibilidad, la sanción del Decreto N°883/2020 ha tenido como principal efecto que durante poco más de un año de vigencia se dio inicio a más de 20 Proyectos de Investigación en la temática. Con ella, el Estado nacional ha podido sentar las bases de las primeras experiencias productivas controladas de plantas de cannabis.

Los Proyectos de Investigación se encuentran contemplados como parte de las acciones a ser impulsadas por el Programa Nacional y pueden ser llevados adelante tanto por instituciones públicas como privadas en colaboración con el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) o con el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET).

En cuanto a la aceptabilidad de las terapéuticas, cabe destacar que para obtener la habilitación de incorporación al REPROCANN uno de los requisitos excluyentes es la firma del Consentimiento Informado previsto en el anexo III de la Resolución N°800/2021 del Ministerio de Salud.

Por último, con relación a la calidad de las terapéuticas, el Instituto Nacional de Tecnología Industrial junto a la empresa Cannabis Avatara S.E. (Provincia de Jujuy) se encuentran desarrollando los primeros materiales de referencia certificados de cannabinoides nacionales³⁷. Esto representa un paso fundamental y estratégico en el desarrollo de la industria farmacéutica del cannabis en la República Argentina ya que dotará de estándares precisos para la producción de productos de grado médico. Este desarrollo, además, impactará positivamente sobre otra dimensión del derecho a la salud: la accesibilidad informativa. Pues, a partir de los Materiales de Referencia Certificados se podrán realizar estudios cromatográficos que permitirán que los pacientes puedan conocer el contenido de los aceites que utilicen.

III.C. Las Organizaciones no gubernamentales: un caso paradigmático

Un acápite particular merece el rol que las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's, en adelante) están llamadas a jugar en la temática en cuestión. Fueron estas organizaciones las que impulsaron e impulsieron el debate sobre los usos medicinales del cannabis. El cultivo de plantas en la clandestinidad durante décadas, el desarro-

37 <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cannava-y-el-inti-profundizan-acciones-vinculadas-al-cannabis-medicinal>

llo de técnicas específicas para las extracciones de aceites: en otras palabras, el conocimiento producto de la práctica las pone como sujetos que irradian sobre todos y cada uno de los elementos que hacen al derecho humano a la salud.

En este orden de ideas, recientemente fue sancionada la Resolución N°782/2022 del Ministerio de Salud la cual modificó el régimen de inscripciones al REPROCANN. Así las cosas, se habilitó que las ONG's puedan inscribirse como cultivadoras solidarias y que por esa vía abastezcan a sus asociados de material vegetal y/o aceites. Para ello, las ONG's tienen la posibilidad de realizar cultivos (en principio) para hasta 150 pacientes inscriptos en el Registro y por cada uno de ellos pueden: (i) tener entre 1 y 9 plantas florecidas; (ii) realizar cultivos interiores de hasta 6m² y/o cultivos exteriores de hasta 15m²; y (iii) transportar hasta 40 gramos de flores secas, entre 1 y 6 frascos de 30 ml de aceites y la cantidad de plantas habilitadas por cada uno de ellos.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo se dieron cuenta de los diversos avances que la República Argentina ha dado en materia de los usos medicinales, terapéuticos y/o paliativos del cannabis. En términos generales, con relación a los elementos constitutivos del Derecho a la Salud, pueden destacarse avances en materia de:

1. Disponibilidad, debido al aumento de planes de cultivo e investigación aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación. El cambio de reglamentación permitió un aumento considerable de dichos planes aumentando, con ello, la disponibilidad de cannabis con el fin de ser utilizado para investigación científica y medicinal. Asimismo, la habilitación dada a las ONG's a llevar a cabo cultivos solidarios permite que se generen un mayor número de cultivos. Asimismo, la creación de una categoría sui generis para el uso y la aplicación medicinal del cannabis y sus derivados contribuye en este sentido.

2. Accesibilidad:

- **Económica y no discriminación.** A partir del caso B, C, J. c/ IOSPER de la CSJN se consolidó el Dto. 883/2020 en término de obligaciones de las Obras Sociales. Junto a ello, tanto el autocultivo como el cultivo solidario permiten consolidar y avanzar en este sentido.

- **Física.** La política criminal de persecución de los cultivadores de cannabis por parte de las fuerzas federales resulta contraria a la reglamentación establecida en el marco de la Resolución N°800/2021 del Ministerio de Salud.

3. Aceptabilidad, en la medida que toda habilitación para acceder a estas terapéuticas requiere de la firma de un Consentimiento Informado por parte de los pacientes regulado por el Anexo III de la Resolución N°800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación.

4. Calidad. Rol del Estado en la promoción de estudios que permitan garantizar. En este sentido, se destaca el Programa de Investigación que se está llevando a cabo en el Hospital el Cruce mediante la Resolución N° 156/2019 del Ministerio de Salud.

Asimismo, resulta trascendental el proyecto que está llevando a cabo el INTI en términos de desarrollo de Materiales de Referencia Certificados nacionales lo cual redundará, además, en facilitar la **accesibilidad en términos de información.** Pues, se encontrará facilitado la posibilidad de realizar mediciones de los diversos aceites producidos en el marco del autocultivo o acceso solidario. En este mismo sentido, que las ONG's puedan desarrollar actividades resulta trascendental en la medida que son ellas quienes tienen un verdadero "know-how" en la temática dada por años. La cual se encuentra circunstanciada en el "aquí y ahora" de la realidad argentina.

Sin perjuicio de todos los avances señalados, resulta fundamental que el Estado (en todos sus niveles) avance en la protección de los autocultivadores con fines medicinales, ya que casos como "Vanegas" se repiten diariamente en los tribunales federales de todo el país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRICULTURE IMPROVEMENT ACT (2018), 7 USC 1639o. (Legislación Federal de los Estados Unidos de América). Disponible en: <https://www.congress.gov/115/plaws/publ334/PLAW-115publ334.pdf> (última consulta 09-04-2022).
- ANMAT (2016) Usos terapéuticos de los cannabinoides. Disponible en: http://www.anmat.gov.ar/ets/ets_cannabinoides.pdf (última consulta 25-02-2022).
- ANMAT (2017) Tabla de evidencia cannabinoides y dolor: http://www.anmat.gov.ar/ets/Tabla_Evidencia_Cannabis_Dolor.pdf (última consulta el 25-02-2022)
- BRENA SESMA, I. (2008) "Derecho a la protección de la salud" en Tealdi, J.C. (coord.) Diccionario Latinoamericano de Bioética. Bogotá, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética.
- COMISIÓN GLOBAL DE POLÍTICAS DE DROGAS (2019) La clasificación de sustancias psicoactivas: cuando se dejó atrás a la ciencia. Informe de 2019.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/25 (30/04/2020). Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQdxONL-LLIul8wRmVtR5KxxLzuUDRAHekwkN5TORKvJMU1VKxrMxObxsx%2FDsJ-vDhxvqQCxl3O9EgVSOVWPWHHk> (última consulta 09-04-2022)
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N°14 (2000) sobre "el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud" E/C.12/2000/4 (11/08/2000). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (última consulta 09-04-2022).
- CONSTITUCION DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1946). Disponible en: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf> (última consulta 10-04-2022).
- CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (1988). Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf (última consulta 09-04-2022).
- CONVENCIÓN ÚNICA SOBRE ESTUPEFACIENTES (1961). Disponible en: https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf (última consulta 09-04-2022).
- CONVENIO DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (1971). Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1971_es.pdf (última consulta 09-04-2022).

- CORDA, R. A. (2018) CANNABIS EN ARGENTINA: de los afrodescendientes en la colonia al movimiento cannábico. Buenos Aires; Intercambios Asociación Civil
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN – B., C. B. c/ IOSPER y otros s/ acción de Amparo. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-38573-Resoluci-n-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n-en-causa-CSJ-417-2018-CS1--B.-C.-B.-y-otro-c--IOSPER-y-otros-s--acci-n-de-amparo-.html> (última consulta 09-04-2022).
- DECRETO N°372/014. (República Oriental del Uruguay). Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/372-2014> (última consulta 09-04-2022).
- DECRETO N°883/2020 – Reglamentación de la Ley de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/344131/norma.htm> (última consulta 10-04-2022).
- DISPOSICION N°8504/2021 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-8504-2021-356781/texto> (última consulta 11-04-2022).
- GARCÍA, E. C y ESPADA SANCHEZ, J. P. (2006) “Una revisión histórica sobre los usos del cannabis y su regulación” en Salud y Drogas, vol. 6 n. 1.
- JUZGADO FEDERAL DE GENERAL ROCA – Vanegas, Danilo Nicolas s/ Infracción Ley 23.737. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/08/fallos89434.pdf> (última consulta 09-04-2022).
- LOPEZ, G.E.A., BRINDIS, F., NIIZAWA, S.C. y MARTINEZ, R. V. (2014) “Cannabis sativa L., una planta singular” en Rev. Mexicana de Ciencias Farmacéuticas, Vol. 45 N° 4, Ciudad de México.
- LEY N°23.737 – De estupefacientes. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm> (última consulta 09-04-2022).
- LEY N°27.350 – Uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273801/norma.htm> (última consulta 09-04-2022).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966). Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> (última consulta 10-04-2022).
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES -Protocolo de San Salvador-. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (última consulta 10-04-2022).

- RESOLUCIÓN N° 361/2019 de la Secretaría de Gobierno a la Salud – Plan de Cultivo. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319984/norma.htm> (última consulta 10-04-2022).
- RESOLUCIÓN N° 156/2019 de la Secretaría de Regulación y Gestión Sanitaria -Protocolo de Ensayo Clínico. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/325000-329999/326322/norma.htm> (última consulta 10-04-2022).
- RESOLUCIÓN N°800/2021 del Ministerio de Salud de la Nación – Sistema de registro del Programa de Cannabis. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/347837/norma.htm> (última consulta 09-04-2022).
- Resolución N°781/2022 del Ministerio de Salud – Productos vegetales a base de cannabis y sus derivados. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/360000-364999/363369/norma.htm> (última consulta 11-04-2022).
- RESOLUCIÓN N° 782/2022 del Ministerio de Salud de la Nación – Modificaciones a la Resolución N°800/2021. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/360000-364999/363370/norma.htm> (última consulta 11-04-2022).
- SABA, R. (2016) Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el estado a los grupos desventajados? Buenos Aires; Siglo XXI editores.
- SOR/2018-145 (Poder Ejecutivo de Canadá). Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2018-145/> (última consulta 09-04-2022)
- TAYLOR, D. B. et. al (2014) Auge y caída de la prohibición del cannabis. Ámsterdam; TNI.

ALGUNOS APORTES ACERCA DEL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (1904-2004)

WALTER F. CARNOTA¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 152-167. Recibido 01/03/2022 - Aceptado 04/03/2022

Resumen: La historiografía del derecho argentino no se ha detenido en el desarrollo del Derecho de la Seguridad Social, como sí lo hizo respecto del Derecho del Trabajo. A lo largo de este ensayo, veremos cómo el Derecho de la Seguridad Social pasó de depender de éste último para internarse en los vericuetos de las Administraciones Públicas.

Palabras Clave: Seguridad Social. Historia Jurídica. Derecho del Trabajo. Administración Pública

Abstract: Argentine legal history has not studied the development of Social Security Law as thoroughly as Labor Law was examined. In this current essay, we will track how the former became independent from the latter and, subsequently, entered the realm of Public Administration.

Key Words: Social Security. Legal History. Labor Law. Public Administration.

1 Abogado UBA. Doctor en Derecho UBA. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales UNC. Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho UBA. Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Director del Centro de Economía y Gestión Judicial de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Director Académico del Doctorado en Derecho de la UNLZ. Profesor Titular ECAE, UCES, USAL y UCC. Juez de Cámara Subrogante de la Cámara Federal de la Seguridad Social (Sala II).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

1. Presentación del tema. 2. Las cajas de previsión. 3. El desarrollo del formante normativo. 4. Los autores y la “agenda de temas”. 5. La autonomía jurisdiccional: el Tribunal especializado. 6. Conclusiones.

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

El Derecho de la Seguridad Social se presenta en escena como una disciplina relativamente nueva. Si los cultores del Derecho del Trabajo como Alfredo Palacios dijeron que este último era el “nuevo Derecho”² en relación al vetusto Derecho Civil, el primero se reveló como una manifestación del segundo, una emanación singular que con el transcurso del s. XX fue adquiriendo identidad propia y específica, más allá que ambos configuraron, en definitiva, respuestas de políticas públicas -traducidas a normas jurídica- a la llamada “cuestión obrera” o “cuestión social”.³

A la temática de la aludida cuestión social contribuyeron varias escuelas de pensamiento, como ser los diversos socialismos y la doctrina social católica, que moldearon lo que vino a configurar al “constitucionalismo social” con la Constitución de Querétaro en 1917 (en especial, con su art. 123) y la alemana de Weimar de 1919.

Como pasó con el Derecho del Trabajo, el de la Seguridad Social no contaba con una norma constitucional explícita de reconocimiento, más allá -en el primer caso- de consagrarse la “libertad de trabajar y de ejercer toda industria lícita” en el poliédrico art.14, y del otorgamiento de pensiones por parte del Poder Ejecutivo en el ex art.86 inc. 7 CN. Pero el refinamiento de estos productos tuvo que atravesar toda la pasada centuria para llegar, en el caso de la Seguridad Social, a las tres ansiadas “autonomías” (la científica o académica, la normativa y la jurisdiccional).

Si la prédica de Palacios y sus contemporáneos fue dirigida a demostrar que la relación de trabajo excedía con creces el molde de la locación de servicios del Código de Vélez, el derecho de la Seguridad Social se desarrolló bajo una impronta decididamente *ius-públicista*, alejada del contrato y de sus libertades. Es que en la Seguri-

2 PALACIOS, ALFREDO L. (1946), *El Nuevo Derecho*, Buenos Aires, cuarta edición, PROCMO. La primera edición data de 1920 y congregaba las clases universitarias del autor.

3 CANNELLA, Giorgio (1970), *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*, Milán, Giuffrè, p.25.

dad Social asumió un papel preponderante la “agencia” dependiente del poder público - “órgano inspirador”⁴ para algunos- que concede, suspende o revoca beneficios. Las famosas “cajas de previsión” hicieron así su aparición.

Resulta siempre complejo tratar temas de historiografía jurídica reciente, ya que podría argumentarse fundadamente que se carece de la necesaria perspectiva de su abordaje. Sin embargo, estamos convencidos de que la Seguridad Social ha tenido entre nosotros suficiente rodaje como para trazar algunos lineamientos y derivar de ellos unas conclusiones en la centuria que va desde la primera aparición de una caja previsional hasta 2004.

2. LAS CAJAS DE PREVISIÓN

Convencionalmente, se fija la Ley 4.349 de 1904 como punto de partida en materia de cajas jubilatorias, dado que por ella se creó la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles⁵. Dicho esquema protegía en sustancia al funcionariado público, por lo que se produjo una decidida acción gremial, como la huelga ferroviaria de 1912, tendiente a extender los beneficios a los empleados privados (p.ej., de los ferrocarriles, Ley 9.653 de 1915). Tan exitosa fue esta tendencia que hacia mediados de siglo se contaba con cerca de una docena de estos entes de gestión.⁶ En efecto, “se instituyeron regímenes jubilatorios para ferroviarios (1915), personal de servicios públicos (1921), bancarios (1923), periodistas (1939), personal de la navegación (1939), empleados de comercio (1944), personal de la industria (1946), rurales (1954), empresarios (1954), profesionales universitarios (1954), trabajadores independientes (1954), y personal del servicio doméstico (1956)”⁷. Cada régimen tenía su caja. Ello respondía a

4 PARRA LUNA, Francisco (1979), *Sistema Sociopolítico y Seguridad Social (Una aplicación del paradigma sistémico al estudio de la Seguridad Social en España*, Madrid, Index, p. 123.

5 HUNICKEN, Javier y GASTON, Tomás (1989), “Régimen Jubilatorio Argentino”, en HUNICKEN, Javier (Director), *Manual de Derecho de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Astrea, p. 165, para quienes desde allí comenzó la “verdadera historia” del régimen jubilatorio en Argentina.

6 HUNICKEN, Javier y GASTON, Tomás, ob.cit., p. 166.

7 “La Seguridad Social en la Argentina” (1983), en “Revista de Seguridad Social”, Buenos Aires, octubre/diciembre, p. 776.

una estrategia de utilizar la política de la Seguridad Social, evitándose “el enfrentamiento permitiendo la vía de la negociación”⁸

La estructura de estos organismos, pese a su carácter empírico y cercano al mundo gremial, era de derecho público, pues la Caja manejaba una capitalización social y concretaba el beneficio previsional en un acto de concesión que traducía una facultad de imperio. Mario Deveali destacaba el carácter altamente pragmático con que se crearon las primeras Cajas y que de algún modo generaba en el potencial beneficiario un “derecho en expectativa”. Con el tiempo, se consolidó la facultad subjetiva, aseverando el mismo Deveali que “se afirma, paulatinamente, la noción de derecho subjetivo a los beneficios respectivos”.⁹ Correlativamente, ello vino a plantear la posible revisión judicial de un accionar desestimatorio, es decir, un eventual “contencioso-administrativo” de aristas singulares.

Así como el Derecho del Trabajo logró en las primeras décadas del siglo anterior plasmar inquietudes relativas al horario laboral, la jornada o la remuneración que percibirían los trabajadores¹⁰, el Derecho de la Seguridad Social fue adquiriendo cada vez más los ribetes de una organización de derecho público destinada al otorgamiento

8 LEVIN, Silvia (1989), *La Seguridad Social como Sistema*, Rosario, Publicaciones de la Universidad Nacional de Rosario, p.19.

9 DEVEALI, Mario (1956), *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, TEA, p. 584.

10 Es de destacar que: “Mucha de la legislación aprobada durante estos años no reflejó una estrategia legislativa pre-determinada, sino que fue reactiva por naturaleza: los cuerpos legislativos respondieron a los desafíos sociales concibiendo a la legislación como una medida preventiva o un modo de ‘apagar el incendio’”. PALACIO, Juan Manuel (2018), “From Social Legislation to Labor Justice (The Common Background in the Americas)”, en FINK, Leon, y PALACIO, Juan Manuel, *Labor Justice across the Americas*, Urbana, University of Illinois Press, p. 19

de prestaciones¹¹ frente a la contingencia social¹² que se le presente a cualquier interesado, labore o no, sea empleado en relación de dependencia o trabajador autónomo o independiente. En definitiva, y sobre la base de la mentada expansión y vocación universalista, en todas partes la Seguridad Social comenzó a visualizarse como un servicio público.¹³ Estaba en ciernes, pues, lo que en los últimos tiempos se ha dado en denominar la “Administración Prestacional”.

Como sucedió en el Derecho Administrativo de cuna francesa, definía la cuestión el contencioso que se desencadenaba. Y así como en Francia existió desde 1799 el Consejo de Estado, remozado en 1872, verdadero “control interno” de la Administración Pública, en la organización administrativa de la Seguridad Social existieron muchos organismos de alzada que procuraron uniformar los criterios de las Cajas: la Comisión Nacional de Previsión Social¹⁴, la Comisión

11 La opinión de RUPRECHT es concluyente, en cuanto señala que “El Derecho de la Seguridad Social comprende no solamente la previsión social, sino también la asistencia social y la beneficencia, es decir, todos los aspectos que tienden a un estado de bienestar social. Por lo tanto, el Derecho de la Seguridad Social es de orden público”. RUPRECHT, Alfredo J. (1995), *Derecho de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Zavallia, p. 41. Por lo demás, ya STEIN promediando el siglo XIX detectaba la incidencia del campo social de la lucha de clases en la Administración interna. STEIN, Lorenz von (2016), *Tratado de Teoría de la Administración y derecho administrativo*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 195.

12 Objeto del Derecho de la Seguridad Social.

13 “La actividad de los entes previsionales bien puede ser calificada como servicio público”. PERSIANI, Mattia (1971), *Lezioni de Diritto della Previdenza Sociale*, Padua, CEDAM, p. 53. Es que existe un “encuadramiento del mecanismo de cobertura dentro de los servicios públicos”, dependiendo de cada sistema concreto su mayor cercanía al Derecho Laboral o al Administrativo. ALONSO OLEA, Manuel (1972), *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Político, p.31. Desde una valoración positiva -que, por cierto, compartimos- se trata de “reagrupar los distintos sectores en el cuadro de un servicio público”. DE CESARIS, Horacio, “Instrumentos de la Seguridad Social”, en AA.VV. (1978), *Curso de Seguridad Social*, Córdoba, Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, p. 92.

14 A tal punto de considerar a sus decisiones como jurisprudencia. Un ejemplo de ello puede verse en FORREST, Dina (1983), “Los principios generales del procedimiento administrativo consagrados por la ley 19.549 y su aplicación en materia previsional por la jurisprudencia”, en “Revista de Seguridad Social”, Buenos Aires, enero-marzo, p. 54, en especial p. 58 y ss.

Administrativa Revisora de la Seguridad Social (CARSS), etc.

En 1990 se recreó el “Instituto Nacional de Previsión Social”, para dar paso en 1991, profundizando la unidad gestión, a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS)¹⁵, de donde surgirían carreras políticas fulgurantes en la primer década y media del siglo XXI.¹⁶

3. EL DESARROLLO DEL FORMANTE NORMATIVO

Las leyes de previsión sustancialmente previeron los recaudos para obtener la jubilación y la pensión, así como la Caja otorgante. Con el tiempo, se fue dando una legislación más completa y sofisticada. Chirinos distingue tres etapas del decurso de las normas de Seguridad Social. Un primer período, que denomina “anárquico”; un segundo caracterizado por iniciativas sectoriales de cariz institucional y uno final, de “síntesis”.¹⁷ La primera etapa está precisamente signada por la falta de una organización administrativa que rigiese el sistema, normas que otorgaban escuetamente beneficios a personas físicas, a determinados sectores (como los jueces con la Ley 870) o bien concediendo pensiones graciables. El segundo período es el llamado “institucional sectorial” y abarcó desde 1904 a 1967, sin que los entes estuviesen coordinados y presentasen una unidad de gestión, con la importante excepción del Instituto Nacional de Previsión Social creado en 1944 mediante decreto-ley 29.176¹⁸. Finalmente, con la Ley 17. 575 se produjo una “síntesis”¹⁹, reduciéndose de doce a tres las cajas a existir (Industria, Comercio y Actividades Civiles; Estado y Servicios Públicos y Trabajadores Autónomos). Todo ello

15 Decreto 2741 del 26 de diciembre de 1991, ratificado por el art. 167 de la ley 24.241.

16 Al respecto, puede mencionarse a Sergio Massa, Amado Boudou y Diego Bossio.

17 CHIRINOS, Bernabé (2009), *Tratado de la Seguridad Social*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, p. 117.

18 Que procuró una estrategia de centralización. Con la ley 14236, retuvo su rol coordinador, sin perjuicio de la personería de las Cajas (nacionales). DEVEALI, Mario (1954), *Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*, Buenos Aires, Zavallia Editor, p.418,

19 CHIRINOS, Bernabé, *Tratado...*, ob.y tomo cits., p. 136.

en el plano legal, completándose al año siguiente con la sanción de los regímenes para trabajadores dependientes (Ley 18.037) y autónomos (Ley 18.038).

El primer reconocimiento constitucional vino con la Constitución de 1949. Apodada gráficamente como “maldita” por algunos por no ser mencionada en muchos análisis de los expertos²⁰, su mítico art. 37 previó una especial protección hacia la ancianidad. Producido el golpe de Estado de 1955, el gobierno “de facto” de allí surgido volvió al documento histórico de 1853 con sus reformas excluyendo la de 1949, extraviándose la alcurnia constitucional de la materia social que no era de recibo por el constitucionalismo liberal de origen. En 1957, una Asamblea Constituyente con proscipciones elaboró el art. 14 bis o “nuevo”, poco antes de quedarse sin quórum y sin que en lo sucesivo pudiese incluir más temas para ser sancionados. El tercer párrafo fue dedicado a la Seguridad Social, luego de un primero dedicado al trabajador y un segundo a las entidades gremiales.

La Ley 24.241 unificó ambos regímenes dependientes y autónomos. El pomposamente apodado “Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones” (SIJP) abarcaba un sub-sistema de reparto (asistido, desde 1995) y otro de capitalización individual. Desde sus inicios, la nueva legislación fue compleja en su implementación, debido a notorias falencias de técnica legislativa, como ser, entre muchas otras, no tener delimitada con precisión las etapas de su vigencia.

4. LOS AUTORES Y LA “AGENDA DE TEMAS”

Los primeros desarrollos de esta joven disciplina la vincularon con el Derecho del Trabajo. Una rápida compulsión de la bibliografía y de las revistas jurídicas especializadas muestran cuestiones muy conexas entre ambos ámbitos como ser las prestaciones previsionales y la Ley de Contrato de Trabajo (sancionada en 1974) o la temática de las enfermedades inculpables y la incidencia de ambas disciplinas en su regulación²¹. Gradualmente también fueron ocupando cierto es-

20 BENENTE, Mauro (Compilador) (2019), *La Constitución maldita (Estudios sobre la reforma de 1949)*, José C. Paz, EDUNPAZ.

21 Sobre el punto expresa Chirinos que: “Las instituciones del derecho de la seguridad social tuvieron su origen en el derecho del trabajo. Adviértase, por ejemplo, la protección de la salud del trabajador, el derecho al descanso, la protección de la vejez, la protección frente a la enfermedad y accidentes, al

pacio las cuestiones estrictamente administrativas como la reapertura del procedimiento previsional.

En el período de la llamada “Revolución Argentina”, se consolidó la idea de la Seguridad Social como potencial instrumento de desarrollo. La noción venía del período desarrollista anterior y era, de alguna manera, un “signo de los tiempos”. Tuvo sus corifeos nucleados en la “Revista de Seguridad Social”, publicada por la Secretaría de Estado de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo de la Nación.²²

La problemática de la inflación se tradujo en una merma del poder adquisitivo de los jubilados y pensionados, lo cual generó una gran litigiosidad, que motivó la creación de una Cámara de apelaciones específica como veremos más adelante. Muchos de los jueces de la nueva Cámara ya venían de la literatura jurídica escribiendo artículos y libros (Roberto Wassner, Bernabé Chirinos, Juan José Etala). El mismo año de su entrada en funcionamiento, Juan José Etala escribió uno de sus últimos artículos doctrinales, publicado en la Revista “Derecho del Trabajo” que dirigía, donde expresó que: “La Seguridad Social pretende hoy su independencia científica y doctrinal como rama del Derecho. Hasta ahora se ha apoyado y servido de las formas tradicionales del Derecho cubriéndose bajo el manto protector del Derecho del Trabajo, que a su vez había saciado su sed en las fuentes inagotables de la ortodoxia liberal, para construir luego sus propios principios, adecuándolos a una realidad que los clásicos no pudieron ni siquiera sospechar”.²³ En 2000, Carlos Alberto Etala publicó la primera edición de su “Derecho de la Seguridad Social”.²⁴

La instalación de la Cámara especializada vio ver nuevas obras

desempleo, etc. Fueron todas protecciones que tuvieron origen en las relaciones que creara el trabajo subordinado y que también son objeto de *regulación en el ámbito del derecho de la seguridad social*”. CHIRINOS, Bernabé L. (2016), *Derecho Previsional Argentino*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, p.36, énfasis agregado.

22 DVOSKIN, Nicolás (2017), “Seguridad Social y desarrollo económico en Argentina (1966-1973). La incorporación de lo social en la agenda del desarrollo durante la ‘Revolución Argentina’”, en “Revista Electrónica de Estudios Latinoamericanos” vol. 16, número 61, Buenos Aires, octubre-diciembre.

23 ETALA, Juan José (1989), “Contenido del Derecho de la Seguridad Social”, en “Derecho del Trabajo”, tomo A, p. 541

24 ETALA, Carlos Alberto (2000), “Derecho de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Astrea.

para tratar de entender el nuevo procedimiento ante ella ventilado. En 1989, José Brito Peret -fiscal ante la flamante Alzada- y Raúl C. Jaime -antiguo funcionario administrativo- publicaron su “Régimen del Procedimiento Previsional”, donde examinaban artículo por artículo de la nueva Ley 23.473, mitad ley de creación del nuevo Tribunal²⁵ y mitad ley procedimental específica, obra que fue remozada y actualizada un año después. Ambos autores decantaron también por el derecho previsional sustantivo, primero con un estudio de la Ley 18.037 todavía vigente por ese entonces, y luego con otro -muy citado y referenciado, por cierto- sobre la compleja Ley 24.241.

El ímpetu que se le dio a la materia con la implementación de un Fuero especializado brindó marco y ocasión para que prosiguieran los estudios sobre un procedimiento que se revelaba nuevo. Al ya mencionado libro de Brito Peret y Jaime, le sucedió otra del camarista Wassner, ya colacionando la jurisprudencia de la flamante Alzada²⁶. Con la sanción de la referida Ley 24.463, vieron la luz obras dedicadas a su análisis y estudio²⁷. También aparecieron recopilaciones y digestos.

Recuérdese, además, que el 12 de septiembre de 1990 se fundó la Asociación Argentina de Derecho de la Seguridad Social (AADES). El ente, con la presidencia de Roberto Wassner, las vice-presidencias de Jorge Urriza y de Juan Carlos Escudero, y la secretaría general a cargo de Elsa Rodríguez Romero, tuvo la peculiaridad de reunir en su seno a representantes de la justicia, de la abogacía previsional (fundamentalmente, los letrados nucleados en la Comisión de Previsión Social de la Asociación de Abogados de Buenos Aires) y de la Administración. Entre otras misiones, estaba -según se explica en su presentación- la de intensificar las autonomías (científica, didáctica y jurisdiccional) del Derecho de la Seguridad Social, temática por cierto del momento, promoviendo además su sistematización, codi-

25 BRITO PERET, José I, y JAIME, Raúl (1989), *Régimen del Procedimiento Previsional Ley 23.473*, Buenos Aires, Astrea.

26 WASSNER, Roberto A. (1993), *Procedimiento Previsional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

27 PANDIS, Juan (1996), *Solidaridad Previsional Ley 24.463 (Tratamiento Práctico)*, Buenos Aires, A-Z Editora. CARNOTA, Walter F. (1995), *Ley de Solidaridad Previsional 24.463 Comentada (Su problemática constitucional, sustantiva y procesal)*, Buenos Aires, Ad-Hoc; CARNOTA, Walter F. (1998), *Procedimiento de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Depalma.

ficación y perfeccionamiento, a la par de fomentar la investigación, capacitación y especialización. La interesante experiencia, empero, no perduró, pero sirvió de mecanismo de socialización de los diversos sectores involucrados en el quehacer cotidiano de la Seguridad Social. Llegó a publicar un primer número de su “Boletín Informativo”, que fue el antecesor de la “Revista de Jubilaciones y Pensiones”, de gran difusión en el medio y bajo la dirección de Guillermo J. Jáuregui.

El primer número de esta última publicación apareció en marzo de 1991, justo con la entrada en vigencia de la ley de convertibilidad que tanta incidencia tendría para la inmovilidad de las prestaciones previsionales. Jáuregui, junto con un comité editorial que duraría muchos años e integrado por Raúl Jaime, Angel de la Rosa y Julio A. Rodríguez Simón, intentó conferirle un sesgo práctico, tal cual se expresa en su “Presentación”. Su idea era que quedasen relevadas las principales novedades normativas y jurisprudenciales, cometido que ha cumplido en sus más de tres décadas de existencia.

La reforma previsional de la Ley 24.241, producida hacia 1993, había generado nuevas obras en la literatura jurídica tendientes a su explicación, siendo la primera en aparecer la de los autores Corte, De Virgiliis y Taberero.²⁸

Con la reforma constitucional federal operada en 1994, se produjo una severa dicotomía que tuvo su repercusión en la doctrina. En efecto, el mismo legislador que a nivel supremo federal en Santa Fe-Paraná había sido generoso en asuntos sociales, elevando al rango constitucional a ciertos documentos internacionales de derechos humanos por conducto del art. 75 inc. 22 y brindando medidas de acción positiva en favor de la ancianidad y de los discapacitados por vía del inciso 23, se reveló mezquino con leyes como la 24.241, 24.463 y 24.557 de riesgos de trabajo, por enumerar tan solo algunas de las prolijadas por las “reformas estructurales” requeridas por el llamado “Consenso de Washington”. Ello hizo que a la par del discurso oficial de entonces que realzaba, por ejemplo, al sub-sistema de capitalización individual dentro del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creado por la mencionada Ley 24.241, se alzaran voces -como la de Germán Bidart Campos, entre otros- acentuando

28 CORTE, Néstor T.; DE VIRGILIIS, Miguel A. y TABERERO, Rodolfo (1993), *Nuevo Sistema Previsional Argentino. Ley 24.241 Comentada*, Santa Fe y Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

la vinculación de la disciplina con los derechos humanos y viéndola bajo ese prisma.²⁹

En agosto de 2001 se celebró, en los salones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el Primer Congreso Nacional de Previsión Social, motorizado por las dos asociaciones profesionales existentes, la AABA y la ADAP, más el apoyo de AN-SeS y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. El tema convocante era la litigiosidad en la materia. En 2002 ese mismo Congreso se realizó en Córdoba y en 2004 se replicó en la ciudad de Santa Fe, en el Paraninfo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Litoral, precisamente en el lugar donde en 1957 se había sancionado el art. 14 bis CN.

5. LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL: EL TRIBUNAL ESPECIALIZADO

Hacia fines de 1986 se sancionó la Ley 23.473, que había surgido como iniciativa de los diputados Florentina Gómez Miranda y Ricardo Cornaglia para establecer una Cámara de Apelaciones especializada, que desconcentrase a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Alzada que venía siendo competente en un laxo “recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal” fijado por el art. 14 de la Ley 14.236 de 1953.

La nueva Cámara, con la que quedaría lograda la “autonomía jurisdiccional” comenzó a funcionar hacia fines de marzo de 1989, luego de que el 14 de febrero de 1989 jurara su primera integración. Ella estuvo compuesta por Lilia Mabel Maffei de Borghi, Bernabé Chirinos y Roberto Díaz, en la Sala I. A su vez, la Sala II estuvo conformada por Juan José Etala, Luis René Herrero y Emilio L. Fernández, siendo jueces de la Sala III Néstor Alberto Fasciolo, Martín Laclau y Roberto Wassner. Los fiscales de Cámara fueron José Ismael Brito Peret y Alberto Rómulo Rodríguez Fox, actuando como su primera secretaria general la abogada Ofelia De Palma de Beatti, de dilatada

29 BIDART CAMPOS, Germán J. (1999), *El orden socio-económico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar. Volvía el autor a su postura garantista de la que pioneramente había hecho gala en BIDART CAMPOS, Germán J. (1968), *Escritos de Previsión y Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, donde no sólo recogía su experiencia de renombrado constitucionalista, sino de ex asesor jurídico del Instituto Municipal de Seguridad Social (IMPS) y de Director del Registro Civil porteño.

trayectoria en el fuero laboral.

El origen de los nuevos jueces y fiscales era, por cierto, bastante diverso. Maffei de Borghi se venía desempeñando como Sub-Procuradora General del Trabajo, donde se caracterizaba por prolijos y minuciosos dictámenes en el área de la Seguridad Social. Bernabé Chirinos y Roberto Díaz eran jueces nacionales laborales de la Capital Federal. Más diferenciada era la Sala II. Juan José Etala, como se anticipó, era una de las grandes autoridades científicas de la materia, mientras que Luis Herrero provenía de la justicia provincial de Catamarca y Emilio Fernández trabajaba como funcionario de la Presidencia de Raúl Ricardo Alfonsín. Néstor Fasciolo era secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la vocalía de Carlos Santiago Fayt, mientras que Martín Laclau laboraba en la Comisión Nacional de Previsión Social. Roberto Wassner era abogado litigante cercano al justicialismo, habiendo integrado los equipos técnicos de Italo Luder en su campaña presidencial de 1983. Los fiscales tenían también distinta procedencia. Brito Peret había sido juez laboral capitalino, funcionario de la Suprema Corte bonaerense e integrado organismos administrativos como la Comisión Nacional de Previsión Social y el Instituto Nacional de Obra Social para Jubilados y Pensionados (PAMI), mientras que Alberto Rodríguez Fox era doctor en derecho y había sido interventor federal en Formosa en el anterior gobierno constitucional.

Con estas autoridades vio la luz el nuevo Tribunal, que con el tiempo dio un decidido aporte a la dificultosa judicialización de los derechos sociales. Sus primeros tiempos estuvieron signados por la transición del fuero laboral al nuevo, con la complicación adicional de carecer de una primera instancia. Todo ello generó no pocos conflictos de competencia, que llegaron hasta los mismos estrados de la Corte Suprema de Justicia. Ejemplos de estas cuestiones fueron las acciones de amparo y las ejecuciones previsionales. En 1990 la Cámara dictó su primer y único plenario en autos “Bordó”, en materia de reajustes.

También se intentó unificar la organización administrativa de la Seguridad Social. En 1990 se recreó al Instituto Nacional de Previsión Social y a fines de 1991 se crea, como se anticipó, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS). La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) asumió relevantes funciones en la recaudación de la Seguridad Social, por medio del decreto 507/93.

En 1994, y bajo la presidencia de Luis Herrero, hizo eclosión un

hondo conflicto con el Ministro de Economía de entonces Domingo Felipe Cavallo, en un intento del Ejecutivo de entonces de inmiscuirse en tareas jurisdiccionales. Se redactaba en los despachos oficiales lo que vino a ser la Ley 24.463, apodada de “Solidaridad Previsional”, con dispositivos ciertamente muy regresivos en la materia.

La nueva ley implicaba un verdadero “cambio de paradigma”, dado que se abandonaba la tutela del acreedor social a favor de un Estado quebrado y en vías de reforma estructural. Creaba exóticos mecanismos como la “excepción de falta de recursos” del art. 16, que subordinaba los procesos judiciales a la existencia -o no- de partidas presupuestarias. Pero sin duda la directiva más conflictiva lo constituyó su art. 24, que imponía una retrogradación procedimental que fue tildada de inconstitucional por la Corte Suprema de la época pese a ser afín al gobierno de Carlos Menem. Cabe apuntar que las reglas más controvertidas de la ley fueron derogadas por las leyes 26.025 y 26.153, ya en la administración de Néstor Kirchner.

El Tribunal creado en 1986 vino a ser rebautizado como “federal” por la ley de 1995, alejándose así de la tradición jurisprudencial de la Corte Suprema que consideraba a la materia de la Seguridad Social como de “derecho común” sobre la base de una interpretación del art. 75.12 de la Constitución Nacional. La Cámara devino en Alzada de los juzgados federales del interior -a quienes ahora había que ocurrir en su respectivo ámbito territorial- y los contenciosos federales de la capital, experiencia infructuosa ésta última que concluyó con el establecimiento de 10 juzgados propios en 1996 en virtud de la Ley 24.655.

6. CONCLUSIONES

Del presente estudio, se desprende que el Derecho de la Seguridad Social se desprendió, entre nosotros y como en distintas latitudes, del Derecho del Trabajo, que a su vez se había emancipado del Derecho Civil. A lo largo de todo el siglo XX se palpó la “deslaboralización de la contingencia social”, en términos de Humberto A. Podetti.

En esa empresa encontró la ayuda del Derecho Administrativo, con su singular historia³⁰, como lo demuestra en el derecho comparado la

30 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo (2016), “La explicación histórica del derecho administrativo”, en AA.VV., *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM, p.293.

bipolaridad Consejo de Estado francés/*Rule of Law* británico. La agencia, hemos dicho, asumió aquí capital importancia y le confiere a la materia de la Seguridad Social un distinto sabor de derecho público. Al crearse el Instituto Nacional de Previsión Social en 1944, dicha tendencia se remarcó, para llegar a un equilibrio entre la descentralización y la unidad de gestión en 1953 con la Ley 14.236, que perfiló también el contencioso respectivo.

Claro que el sesgo es diverso que en otros escenarios que involucran derechos fundamentales. Con realismo, se ha afirmado que: “La prestación en el Estado social es algo que el individuo **pretende**, no algo frente a lo que se **defiende**. Por eso, la dogmática tradicional de los derechos fundamentales debe ser dotada de nuevos elementos que den respuesta al cambio de la función de aquéllos que se ha desarrollado en paralelo a la transformación de la organización estatal en el moderno Estado social prestador. Por expresarlo de forma gráfica: el Estado de Derecho crea con sus derechos fundamentales distancia entre él y el individuo y la sociedad. Quien renuncia a esa distancia para acercarse a -e introducirse en- la Administración prestadora del Estado social no puede pretender al mismo tiempo que la distancia permanezca incólume”.³¹

31 RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007), “La administración del Estado social”, Madrid, Marcial Pons, p. 184.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel (1972), *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Político
- BENENTE, Mauro (Compilador) (2019), *La Constitución maldita (Estudios sobre la reforma de 1949)*, José C. Paz, EDUNPAZ
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1999), *El orden socio-económico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar
- BRITO PERET, José I, y JAIME, Raúl (1989), *Régimen del Procedimiento Previsional Ley 23.473*, Buenos Aires, Astrea.
- CANNELLA, Giorgio (1970), *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*, Milán, Giuffrè
- CARNOTA, Walter F. (1995), *Ley de Solidaridad Previsional 24.463 Comentada (Su problemática constitucional, sustantiva y procesal)*, Buenos Aires, Ad-Hoc
- CARNOTA, Walter F. (1998), *Procedimiento de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Depalma.
- CHIRINOS, Bernabé (2009), *Tratado de la Seguridad Social*, tomo I, Buenos Aires, La Ley
- CORTE, Néstor T.; DE VIRGILIIS, Miguel A. y TABERNERO, Rodolfo (1993), *Nuevo Sistema Previsional Argentino. Ley 24.241 Comentada*, Santa Fe y Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- DE CESARIS, Horacio, “Instrumentos de la Seguridad Social”, en AA.VV. (1978), *Curso de Seguridad Social*, Córdoba, Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba
- DEVEALI, Mario (1956), *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, TEA
- DVOSKIN, Nicolás (2017), “Seguridad Social y desarrollo económico en Argentina (1966-1973). La incorporación de lo social en la agenda del desarrollo durante la ‘Revolución Argentina’”, en “Revista Electrónica de Estudios Latinoamericanos” vol. 16, número 61, Buenos Aires, octubre-diciembre
- ETALA, Carlos Alberto (2000), “Derecho de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Astrea
- ETALA, Juan José (1989), “Contenido del Derecho de la Seguridad Social”, en “Derecho del Trabajo”, tomo A
- FORREST, Dina (1983), “Los principios generales del procedimiento administrativo consagrados por la ley 19.549 y su aplicación en materia previsional por la jurisprudencia”, en “Revista de Seguridad Social”, Buenos Aires, enero-marzo
- HUNICKEN, Javier y GASTON, Tomás (1989), “Régimen Jubilatorio Argentino”, en HUNICKEN, Javier (Director), *Manual de Derecho de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Astrea

- LEVIN, Silvia (1989), *La Seguridad Social como Sistema*, Rosario, Publicaciones de la Universidad Nacional de Rosario
- PALACIOS, ALFREDO L. (1946), *El Nuevo Derecho*, Buenos Aires, cuarta edición, PROCMO. La primera edición data de 1920 y congregaba las clases universitarias del autor
- PANDIS, Juan (1996), *Solidaridad Previsional Ley 24.463 (Tratamiento Práctico)*, Buenos Aires, A-Z Editora
- PARRA LUNA, Francisco (1979), *Sistema Sociopolítico y Seguridad Social (Una aplicación del paradigma sistémico al estudio de la Seguridad Social en España)*, Madrid, Index
- PERSIANI, Mattia (1971), *Lezioni di Diritto della Previdenza Sociale*, Padua, CEDAM
- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007), “La administración del Estado social”, Madrid, Marcial Pons
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo (2016), “La explicación histórica del derecho administrativo”, en AA.VV., *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM
- WASSNER, Roberto A. (1993), *Procedimiento Previsional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot

LA SUSTANCIALIDAD DEMOCRÁTICA

SILVIO OMAR MASSARO¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 168-189. Recibido 01/03/2022 - Aceptado 11/03/2022

Resumen: Frente a un escenario críptico donde los ideales y las instituciones propias del Estado social o de bienestar quedan contradichas por una fortísima ideología anti-política y un exacerbado economicismo. Nos preguntamos ¿Cómo se conjugan los objetivos de ese Estado frente a este escenario? ¿Cuál es el sentido de Constituciones, que afirman “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas...”? ¿Estamos frente a un proceso “de constituyente”, en el que se valoran más los incentivos que actúan en ese escenario de la “no política” y el “libre mercado” frente al deber público correspondiente a los derechos sociales?

Palabras clave: política – estado – constitución – derechos sociales

Abstract: Faced with a cryptic scenario where the ideals and institutions of the social or welfare state are contradicted by a very strong anti-political ideology and an exacerbated economism. We wonder how the objectives of that state are combined in this scenario? What is the meaning of Constitutions, which affirm “to promote the conditions so that the freedom and equality of the individual and

¹ Licenciado en Sociología Facultad de Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Secretario de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura de la Ciudad (jubilado). Masters y Cursos de postgrado: Políticas Públicas (tesis en elaboración) Facultad de Ciencias Sociales (FLACSO), Ciencias De La Legislación de la Universidad del Salvador y la Università di Pisa; Diploma de especialización en Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca; Marketing Electoral Universidad de Tres de Febrero y Universidad de Georgetown. -



of groups are real and effective...? Are we facing a “constituent” process, in which the incentives that act in this scenario of “no politics” and the “free market” are valued more than the public duty corresponding to social rights?

Key words: politics - State - constitution - social rights

I.

La sociedad moderna, industrial, nacional, de masas y de Estado de Bienestar, deriva hacia una realidad paradójica en la que, nos encontramos con democracias muy desarrolladas y establecidas, pero en las que la política resulta ser cada vez menos la proyección de las necesidades y los deseos de los ciudadanos para ser, cada vez más un gran espectáculo mediático controlado por elites que parecen representar, en forma exclusiva, a los intereses de grandes grupos económicos.

Hoy aquella sociedad, configurada por los ideales de la Ilustración, las revoluciones científicas y democráticas, y que hacia fines del siglo XIX se caracterizaba por la expansión de la educación creyendo fervorosamente en una evolución progresiva de la humanidad y de la historia y haciendo de la razón su dogma; está sufriendo una gran transformación.

Esas sociedades nacionales han caído en una profunda crisis y frente a ella los intereses del gran capital, particularmente el financiero, han configurado una “respuesta conservadora” altamente influenciada por el llamado “Consenso de Washington”. Una respuesta orientada a constituir políticas de estímulo a la oferta, y a reducir el gasto público.

Un cambio de época que llevo a Francis Fukuyama, en 1992, a definirlo como “el fin de la historia” y de las ideologías². Donde los conflictos se transformaron en cuestiones técnicas resolubles en el marco del capitalismo de libre mercado, la democracia poliárquica y la gerencia.

Es que la nueva revolución tecnológica surgida luego de la crisis energética de los ‘70, y la crisis del mundo “bipolar” tuvo una gran influencia en la transformación del capitalismo sufriendo un fuerte

² Fukuyama, Francis, “El fin de la historia y el último hombre”, Prensa Libre, New York, 1992.

proceso de modernización tecnológica en el que el modelo industrial de grandes empresas donde las viejas cadenas de montaje articuladas bajo los modelos taylorista y fordista se transforman en un modelo centrado en la telemática, la robótica y la informática.

Un modelo de formas productivas posfordistas, centradas en el sector servicios, en el que se profundiza la división social y funcional del trabajo, con deslocalización y tercerización de la producción, y con centralidad en el capital financiero y especulativo internacional. Innovación tecnológica y aumento de la productividad que propicia la aparición de teorías como la “del fin del trabajo”³, que conducen a una naturalización del paro laboral y postulan la obsolescencia de las políticas de empleo.

Las interrelaciones entre actores sociales y Estados se dan en forma creciente y en tiempo real a escala planetaria. Se aceleran los flujos productivos, financieros y migratorios, instalándose nuevos paradigmas técnico-organizacionales, intensivos en información y conocimiento que transforman tanto los patrones de localización de las empresas como la competencia, entre ciudades, regiones y naciones, por la atracción del capital y la competitividad de la economía.

Una globalización competitiva que es presentada como un fenómeno natural y que solo demanda adaptación. Un nuevo relato de dominación global traducido como “pensamiento único” donde el poder se concentra en las empresas transnacionales, del G7, los organismos multilaterales, y donde Estados Unidos es la potencia militar hegemónica.

Señala Saskia Sassen: “El discurso dominante presenta la globalización como un vaso comunicante que nos iguala, nos pone al mismo nivel, cuando en realidad lo que provoca es una enorme concentración de poder (...) un proceso que tiene muy poco de libertad de mercado y mucho más de proyecto estratégico organizado desde los centros de poder.”⁴ Concluyendo que no resuelve las desigualdades sino aporta nuevas.

Un conjunto societal dirigido hacia el consumo que viene a

3 Rifkin, Jeremy, “El fin del trabajo”, Editorial Paidós, México, 1996

4 Tomado de García Delgado Daniel “Estado y Sociedad y el cambio épocal” Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Buenos Aires, 2005, Pág. 4.

reemplazar a la “sociedad de productores”.⁵ Una nueva era: la de la información⁶, donde los medios ejercen una fuerte influencia en la configuración de valores, imaginarios y estilos de vida desplazando el rol del Estado, los partidos, la escuela, la Iglesia y las familias. Una “matrix” que, al perder las certezas de los grandes relatos de la sociedad industrial asalariada, parece caer en una suerte de “era del vacío”.⁷

Frente a este presente ¿Cómo se conjugan los objetivos de ese Estado frente a los cambios señalados? Cuál es el sentido de Constituciones, como la española que en el artículo 9.2 afirma que corresponde a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

II

¿Cuál es el ideal democrático? Creemos que la única respuesta a un interrogante de este tipo es afirmar, tal cual lo hace Robert Dahl, que debemos considerar que su objetivo no puede ser otro que la “igualdad política”.

En ese sentido debemos considerar que todos los seres humanos poseen el mismo valor intrínseco por lo que ninguna persona puede ser superior a otra; todos deben obtener igual consideración. Dahl lo define como “igualdad intrínseca”⁸ y, se pregunta ¿quién o quiénes se encuentran calificados para decidir sobre los bienes o intereses de una persona? Solo encuentra una respuesta: nadie se encuentra mejor calificado que otro para gobernar y mucho menos como para que se le otorgue el gobierno de un Estado con autoridad absoluta y definitiva.

¿Por qué? Porque el poder corrompe, y el poder absoluto

5 Bauman, Zygmunt: “Trabajo, consumismo y nuevos pobres”, Barcelona, GEDISA, 2000

6 Castells, Manuel: “La era de la información”, Vol. III, Siglo XXI, México, 2001.

7 Lipovetzky, Gilles “La era del vacío”, Anagrama, Barcelona, 1986.

8 Rawls John “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pag 11

corrompe absolutamente. Sin importar cuales sean las intenciones de los gobernantes, siempre existe la probabilidad de que cualquier compromiso que hayan asumido de servir al bien público pueda transformarse de manera tal que identifiquen a ese “bien público” con el mantenimiento de sus propios poderes y privilegios.

A partir de este análisis configura, entonces, un primer supuesto básico: “(...) gobernar un Estado implica hacerlo con igualdad política y el único sistema político para gobernar un Estado cuya legitimidad e instituciones deriven de esa igualdad: es una democracia.”⁹

¿Como describir una democracia ideal? La más común y sencilla, sería su etimológica, es decir: gobierno del pueblo (demos –pueblo– +kratia –gobierno–), claro está que esta definición nos abre una gran duda: quien es el “pueblo” o, a quién se le otorga igualdad política. Siguiendo con Dahl podemos pensar en pueblo como demos que para él tiene una valoración más neutral. Esto implicaría pensarlo solo como referencia hacia todas las personas que habitan en un país sin distinción de clase, sexo, religión, cultura, etc.

Un tipo de ideal de democracia se define por una serie de indicadores, que se encuentran incluidos en la gran mayoría de las Constituciones, Tratados, Pactos y Convenios internacionales: participación efectiva; igualdad en el valor del voto; iguales y efectivas oportunidades de conocer las diferentes alternativas políticas; control final sobre cómo se eligieron los asuntos integrantes de la agenda.

Estos indicadores son derechos fundamentales para una democracia, su presencia la definen como tal. Porque una democracia no solo se constituye por procesos políticos, sino que es un sistema de derechos fundamentales.

Si, y para no desviarnos de nuestro objetivo, tomamos a la democracia representativa como la más conveniente y viable para sistemas políticos a gran escala, y si consideramos que sus instituciones y los derechos que estas requerirían les son necesarios; debemos afirmar que cualquier acción tendiente a debilitar o destruir esos derechos es ilegítima y es impropia de cualquier autoridad legal y constitucional a pesar de que sea la mayoría. Por lo que las mayorías nunca podrán justificar, legítimamente, a través del principio de la igualdad política la violación de los derechos fundamentales necesarios para la democracia.

En el pensamiento de Ferrajoli el respaldo popular no es una

9 IDEM Notas 7 Pág 21.

condición que legitime cualquier decisión; pues los gobiernos están jurídicamente limitados no solo por las formas sino por la sustancia de su ejercicio. Esa sustancia se encuentra en aquellos derechos constitucionalmente establecidos. Un límite tan férreo que él lo identifica como “la esfera de lo in-decidible”. Un conjunto compuesto por lo “no decidible que”, integrado por los derechos de libertad, que prohíben, por resultar invalidas, a cualquier decisión que los contradiga. Y la esfera de lo “no decidible que no”, integrada por los derechos sociales que imponen como debidas, todas las decisiones dirigidas a satisfacerlos.¹⁰

La tesis que introduce Ferrajoli rompe con las consideraciones estrictamente formales o procedimentales de la democracia. Ya no se trata de considerar solamente cuestiones propias de quién toma las decisiones o cómo son tomadas dejando de lado sus contenidos es decir qué se decide.

Las condiciones formales son necesarias a la hora de definir una democracia, pero resultan no ser suficientes. Una democracia y, muy especialmente, una democracia constitucional exige “ (...) vínculos sustanciales o de contenido, es decir, relativos al qué no es lícito decidir o no decidir (...)”¹¹

Su análisis, influido por la situación de Italia y por un gobierno tan particular como el de Berlusconi, es una férrea búsqueda por establecer, cuáles son los límites no solo de lo que no puede hacer un gobierno (aun siendo una mayoría democrática) sino, además, de qué debe hacerse sin ningún tipo de excusas. Cuestión de absoluta centralidad frente a las actuales políticas “neoliberales”,

Ese límite es la Constitución y con ella las leyes y la legalidad “ (...) ya no es solo un condicionante y disciplinante, sino que ella misma es condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales (...)”¹² Las leyes dejan de ser un simple producto del legislador para ser también un planteamiento jurídico de la calidad de esa producción legislativa y por ende, un límite y un vínculo al legislador. “De este modo el derecho resulta ser positivizado, no solo en el ser, o sea en su existencia, sino

10 Ferrajoli, Luigi: “Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional”. Editorial Trotta, Madrid 2011, Pág. 29. El subrayado es nuestro.

11 IDEM Nota 9. Pág. 28. Subrayado en el original

12 IDEM Notas 9 y 10. Pág. 33. Subrayado en el original.

también en su deber ser, esto es, en sus condiciones de validez; no solo en el quién y el cómo de las decisiones, sino también en el qué no debe ser decidido, o sea, la lesión de los derechos de libertad; o, al contrario, qué debe ser decidido, es decir la satisfacción de los derechos sociales.”¹³

Esas condiciones de “validez” a los efectos de nuestro interés implican aquello que nunca puede ser decidido (la lesión de un derecho de libertad) y aquello que “debe ser decidido”, la satisfacción de los Derechos Sociales. Ese “derecho sobre el derecho”, ese sistema de normas meta legales lo constituyen las constituciones rígidas de la actualidad, que no se limitan a regular sobre las formas de producción del derecho mediante leyes, sino que vincula sus contenidos a través de normas sustanciales. Por lo que para que una ley sea válida no alcanza con que cumpla con las formas del procedimiento legislativo, sino que, además, debe ser coherente con las normas que encuadran su producción.

Al incorporar esta dimensión sustancial relativa a lo “que no puede” decidirse o a lo que “debe ser” decidido; la relación entre derecho y política se invierte y entonces, el derecho deja de ser un instrumento de la política para pasar a una relación donde la “política” es el instrumento de actuación del derecho, quedando sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales.

Así la política y el mercado activados y legitimados, una por el ejercicio de los derechos políticos y el otro, por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, integran la esfera de “lo decidible”, que se encuentra rígidamente delimitada por la esfera de lo indecidible: los derechos fundamentales.

El paradigma constitucional actúa como un nexo que enlaza a las dos dimensiones de la democracia (la formal y la sustancial). En esa relación encontramos, siempre de acuerdo con Ferrajoli, dos tipos de derechos fundamentales; por un lado, los “derechos formales” de autonomía (los políticos para la esfera pública y los civiles para la esfera privada del mercado), que aseguran la forma democrática de las decisiones. El otro tipo lo constituyen los “derechos sustanciales” (“derechos de libertad” y “derechos sociales”) que conforman la sustancia básica de la democracia.

Podemos entonces definir a la democracia constitucional como un modelo articulado por cuatro dimensiones donde cada una se

13 IDEM Nota 11. Pág. 33. Subrayado en el original.

corresponde con una clase de derecho fundamental:

Tenemos, entonces, cuatro dimensiones de garantías: la política; la civil; la liberal y la social, cada una de ellas relacionada con un tipo de derecho fundamental y que no solo constituyen un límite a la democracia política son, además, “...su sustancia democrática, en cuanto se refieren al pueblo en un sentido aún más concreto y más pleno de la representación política misma, es decir, a las libertades y a las necesidades vitales de todos y cada uno de sus miembros de carne y hueso”¹⁴.

Norberto Bobbio citando a Gurvitch afirma que Democrática es aquella sociedad en la que se dan relaciones de “perfecta conexión” entre la organización social y la comunidad organizada que le subyace. Esa “conexión” queda constituida cuando el “hombre” deja de ser considerado como un ente abstracto para pasar a estar socialmente identificado, como ciudadano, como productor, como consumidor, etc.¹⁵.

Esta “identificación” del hombre (que parte del mismo supuesto teórico del socialismo científico) invierte la tradicional relación Sociedad-Estado, afirmando que este último, además de poseer un status inferior, es una expresión históricamente determinada de aquella.¹⁶ Esta visión, además, plantea que la limitación del Estado no proviene del “derecho natural” de individuos aislados sino del “derecho positivo” de los grupos. De esta manera el individuo no solo es soberano en cuanto ciudadano, sino que también lo es como productor, consumidor, etc.

Las garantías constitucionales, en el sentido de aquellas prohibiciones u obligaciones correspondientes con las expectativas positivas o negativas que la normativa establece sobre los derechos fundamentales son también garantías de la democracia. Son garantías de la rigidez de los principios y de los derechos constitucionalmente establecidos, el vértice jerárquico normativo.

A Ferrajoli le ocupan los sucesos de Italia, desde las Leyes personalizadas, contradiciendo el principio de igualdad, muchas de ellas diseñadas ‘para “proteger” a Berlusconi de sus múltiples

14 Ídem Notas 9,10,11,12. Pág. 37.

15 Norberto Bobbio “Gurvitch y los derechos sociales” en “El tiempo de los derechos”. Editorial Sistema. Madrid 1991. Pág. 34

16 A diferencia del socialismo, Gurvitch no prevé la extinción del Estado sino la reducción de su esfera de actividad.

procesos penales. Leyes que penalizan el estatus de clandestino y le niegan, de hecho, derechos elementales a la salud, la educación, la vivienda y la reunificación familiar de los inmigrantes. Múltiples apelaciones demagógicas sobre seguridad, militarizando el territorio italiano y criminalizando la pobreza. Reducciones de garantías jurisdiccionales de los derechos de los trabajadores; control político de la información. Recortes del gasto público en educación, sanidad, la agresión a sindicatos y la precarización laboral y la consecuente pauperización de las condiciones de vida de millones de personas.

No duda en definir a esta situación como “un proceso deconstituyente”, que suprime el incipit constitucional que afirma que Italia es una República fundada en el trabajo, pisoteando el principio constitucional de que: “...la iniciativa económica privada no podrá desarrollarse en contradicción con la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, la libertad, la dignidad humana”, establecido en el Art. 41. Proceso que se ve favorecido por una cada vez más estrecha sinergia entre poder económico, poder político y poder mediático. Donde una parte esencial de la esfera pública se ha, convertido, de este modo, en objeto de apropiación privada.

Una afirmación de este tipo es coincidente con el diagnóstico realizado por Colin Crouch quien afirma que: “El estado del bienestar se esta convirtiendo poco a poco en algo residual... Esa instancia residual conduce a que aquello que fue pensado para todos ahora solo sea algo ... que tiene que ver exclusivamente con los pobres y los necesitados, en lugar de constituir un conjunto de derechos universales de la ciudadanía”.¹⁷

Esa sinergia es un “...estilo materialista y egoísta de la vida contemporánea...”, un estilo que “...no es inherente a la condición humana... (pues)... Gran parte de lo que hoy nos parece natural data de la década de 1980” (desde el Consenso de Washington)¹⁸. Nos encontramos frente a una marcada obsesión por la creación de riqueza; un culto a la privatización y al sector privado acompañado de crecientes diferencias entre ricos y pobres. Una admiración acrítica por los mercados no regulados, que no dejan de ser otra cosa que un fuerte desprecio por el sector público y una ilusión de crecimiento infinito.

En definitiva, este proceso “deconstituyente”, no es más que

17 Colin Crouch “Pos-Democracia” Editorial Taurus. Madrid 2004. pág.40

18 Toni Judt “Algo va mal”, Editorial Taurus. Madrid, 2011. (pág., 17)

un proceso de deconstrucción del Estado de Bienestar a través del cual, se nos intenta imponer un nuevo modelo de Estado. Pero a pesar de todo quedan esperanzas porque tantas Constituciones Nacionales, tantos tratados, declaraciones, convenciones, y pactos internacionales que una y otra vez declaman sobre garantías y objetivos institucionalizantes de ese Estado de bienestar, no son una simple postura ideológica, sino que lo hacen a partir de un principio contundente: “En el estado de derecho el individuo tiene frente al Estado no solo derechos privados, sino también derechos públicos. El estado de derecho es el estado de los ciudadanos”¹⁹ donde “El derecho social es la esencia misma de la democracia. (...) La democracia es el derecho social organizado, la soberanía del derecho social es la democracia”.²⁰

III

La vida contemporánea, como ya dijimos, parece haber naturalizado un estilo de vida materialista, economicista; donde las reglas de eficiencia parecen estar estructurando nuestra cotidianeidad.

Los gobiernos persiguen, como un objetivo irrenunciable, la eficiencia administrativa y, paralelamente, el ejercicio democrático del poder, pero la práctica viene a demostrarnos que ambos conceptos devienen en contradictorios; aunque se alegue, en su defensa, que lo que se pierde de democracia se compensa por los niveles de eficiencia que se alcanzan.

Esta compensación está plagada de falsedades y de ideología encubierta. Las reformas que, según sus enunciados, persiguen una gestión pública moderna, donde, para el caso de los servicios públicos, se pretende lograr un incremento en la calidad de las prestaciones y una mayor eficiencia; bajo el pretexto de dotar a la organización del Estado de una perfeccionada racionalidad. Servidores públicos, científicos políticos y consultores a la hora de trazar prioridades, llegan a la conclusión de que los gobiernos deben utilizar el criterio económico o de eficiencia como parámetro de referencia principal.

La racionalidad instrumental y el consiguiente criterio económico son, sin duda, importantes, pero en un sistema democrático hay un

19 Norberto Bobbio “El tiempo de los derechos”. En: “El tiempo de los derechos”. Editorial Sistema. Madrid 1991. Pág. 109

20 Norberto Bobbio “Gurvitch y los derechos sociales”. En: Ob.cit. Pág. 33

criterio previo, no casualmente “constitucional” y por supuesto de mucho mayor peso: la exigencia o, más precisamente, la restricción democrática. “La esfera de lo indecible”.

En el diseño de las políticas públicas la palabra “restricción” (constraint) es utilizada para indicar las limitaciones que deben enfrentar quienes las diseñan. Pueden existir, por ejemplo, limitaciones presupuestarias, o de equilibrio en la balanza de pagos en cuenta corriente; pero, del mismo modo, existen restricciones políticas. Si partimos del presupuesto de que estamos frente a un régimen democrático existen restricciones democráticas, que por otra parte no implican valoraciones éticas, morales o ideológicas absolutamente subjetivas, sino objetivas y que están contenidas en aquel sistema de normas metalegales

La pretensión de eficiencia parecería ser, siempre, la única relevante. La lógica dominante llega a ser el uso más “racional” o económico de los recursos, cuestión que en el mundo de hoy ha asumido un rol fundamental. El proceso de globalización, que caracterizo a los últimos años del siglo XX, ha impuesto a los países y a las empresas un grado de competencia absolutamente inédito; imponiéndole a los Estados, estándares de eficiencia tampoco antes imaginados.

¿Podemos en un régimen democrático, aceptar que la restricción económica pueda ser la soberana? Pero, tal cual dudaba Dahl, ¿Quién posee el monopolio de la razón, para afirmar que un criterio es más o menos racional para una política pública? Si no existen certezas respecto de temas sencillos, que podríamos decir en problemas tan complejos como aquellos que las políticas públicas buscan resolver. Por eso, y porque la propia definición de democracia lo exige, la restricción democrática debe prevalecer. Porque una política pública realizada a través del Estado, tanto en forma directa como indirecta, constituye un hito de la acción colectiva.

No es suficiente que las decisiones sean “racionales”, es decir, que impliquen elegir los medios más adecuados para lograr los fines deseados. Las decisiones también deben ser democráticas, lo que significa que deben responder a los requerimientos reales de las personas.

A cada tipo de restricción le corresponde una lógica diferente. Mientras que la racionalidad instrumental domina a las exigencias económicas; el debate público y la construcción de consensos constituyen los elementos claves cuando de exigencias políticas se trata.

Los políticos de hoy, los economistas y los hombres de negocios muy a menudo descuidan o desdeñan a las restricciones políticas. Pues parten del principio de que la restricción económica es la única legítima. La perciben como la única perspectiva “racional” en la toma de decisiones. De esta manera, entienden que la influencia política sobre las decisiones públicas no constituye una exigencia o una restricción, sino un obstáculo. Para ellos los políticos siempre serán “populistas”, y estarán solo atentos a sus intereses; en lugar de actuar de acuerdo con lo que es “racional”, siempre estarán rindiéndole pleitesía a un grupo de electores mal informados.

Para la “racionalidad económica”, el único lugar que le queda a la política es el “populismo”. De manera que el único lugar posible para la restricción democrática, la constituyente y constitucional, son las formas populistas de resolver los conflictos. Confusión que contiene un sesgo elitista y antidemocrático. La paradoja es que la mayoría de los Gobiernos conservadores o elitistas a la hora de mitigar los conflictos o de mantenerse en el poder siempre optan por estrategias populistas, como el clientelismo político o las dadas. Respondiendo mucho más a las presiones de los grupos de interés del capitalismo financiero que a las demandas de los electores.

Si escogemos a la democracia como el mejor camino para alcanzar, colectivamente, nuestros objetivos (orden, libertad, justicia y bienestar), lo primero que debemos hacer es entender adecuadamente las reglas de juego. Y la primera regla de este juego son las garantías constitucionales y consecuentemente la otra cuestión que debe ser asumida, por tanto, tecnócrata racional, es que los ciudadanos, los electores, siempre tienen la última palabra. No cabe duda de que la razón puede ser, y de hecho lo es, utilizada, a la hora de tomar una determinada decisión, pero nunca para decidir.

La restricción política preside a la económica, y la preside de tal manera que el propio mercado no podría funcionar adecuadamente si las instituciones del Estado no le garantizaran el derecho a la propiedad y la vigencia de los contratos. Cuando el régimen político es democrático, la restricción de orden político adquiere un carácter decisivo, desde el momento en que constituye la fuente esencial de legitimidad.

En democracia, el proceso político puede ser lento o demorarse a la hora de encontrar el consenso necesario, también puede ser estorbado por intereses individuales, pero cuando se logran neutralizar, relativamente, esos intereses individuales y cuando se

alcanzan los consensos necesarios no cabe dudas que las decisiones tomadas son las más competentes, porque ellas son el producto de un amplio debate público. Las prácticas de comunicación del conjunto social configuran espacios más abiertos para el diálogo social, en consonancia con el funcionamiento democrático. Donde lo público articula herramientas y escenarios para el dialogo y la construcción de un proyecto social compartido.

IV

Acentuando las tendencias de cambio de la estructura social argentina, enfatizando en la concentración y centralización del capital, la redistribución regresiva del ingreso, la destrucción masiva de los puestos de trabajo, la pérdida de poder e influencia de los sectores asalariados; todo bajo la fuerte influencia del contexto de la globalización.²¹

Este proceso se caracterizó por un marcado retroceso en el grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya inevitable consecuencia fue la configuración de una sociedad desigual, en la que un reducido sector de la población se benefició a costa de un enorme sector de la sociedad que quedó desamparada frente al Estado siendo víctimas de una progresiva exclusión social.

Este ajuste estructural no sólo acentuó la diferencia en la distribución de la riqueza por clases sociales y segmentos laborales, sino que además produjo desajustes interregionales; en el año 1999 mientras la Ciudad de Buenos Aires tenía un ingreso per cápita de 25.654 dólares al año, en la provincia de Santiago del Estero era sólo de 2.304 dólares anuales, marcando una relación de 11 a uno entre ambas regiones. Por otro lado, mientras que en la Ciudad de Buenos Aires las cifras de mortalidad infantil estaban apenas por debajo de los niveles de los países medianamente desarrollados (13,1), las cifras en la Provincia del Chaco eran similares al promedio nacional de 30 años atrás e igualaban a los países más pobres del África (32,8 por mil).²²

21 Al respecto puede consultarse el trabajo de Campione Daniel "El Estado Argentino, A propósito de cambios y paradigmas", Revista del CLAD, Reforma y Democracia, N° 9 (octubre 1997), Caracas

22 Fuente: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Buenos Aires, Argentina. "Informe sobre la situación de los derechos económicos, sociales y

La aparición de dos factores no previstos en los supuestos iniciales del modelo: 1-. El creciente déficit fiscal, por disminución del crecimiento derivado de la salida de capitales luego de la crisis del Tequila y 2-. el desempleo estructural, producen la erosión de las bases del paradigma del Estado mínimo, apareciendo, entonces, una segunda generación de "reformas", que bajo los mismos criterios de racionalidad, fueron elaboradas por los mismos organismos internacionales que forjaron el proceso anterior.

Los lineamientos generales se basaban en la búsqueda de una mayor transparencia de los mercados y, por supuesto, en la calidad de las instituciones como factor de consolidación del cambio en la economía.

Paralelamente a este proceso se desarrolla una enérgica política de "flexibilización" que en realidad se constituye en una política de "precarización" de las relaciones contractuales. Para paliar las consecuencias de esta política el Estado implementa una serie de programas de ayuda social que implican la entrega de subsidios a los desocupados.

Paradójicamente y en torno de los sucesivos planes sociales, se constituyen organizaciones sociales de desocupados. Saben que no pueden rechazar los subsidios y hacen de ellos una herramienta de lucha para mejorar sus condiciones de vida; re-significan el papel, de una política social, focalizada y controladora, para transformarla en una herramienta de autogestión y organización.

Luchan por conseguir más planes, saben que la desocupación es un factor estructural de la etapa financiero-especulativa del capitalismo, y que sólo una política diametralmente opuesta puede devolverles su condición de trabajadores, en sentido pleno, develando lo que la ideología homogeneizadora de la globalización no permite.

España tampoco ha sido ajena a este proceso de transformación estructural, en ella se aplicaron las mismas recetas neoliberales del resto del mundo. Pero a pesar de que también se ha producido un excesivo crecimiento de la actividad financiera se deben señalar algunas particularidades: la burbuja inmobiliaria; el endeudamiento previo y un ahorro nacional insuficiente, además de ciertas diferencias en la supervisión de las instituciones financieras que, en virtud de la experiencia acumulada en ellos, fue diferente a la del resto de los países.

culturales, año 2000"

Pese a los profundos cambios producidos con la recuperación democrática la agitación social no logro forzar una ruptura con el estado anterior, permitiendo que las fuerzas de poca tradición democrática mantuviesen su poder, y provocando hacia el interior del Estado la debilidad de las fuerzas democráticas. Ese dominio conservador en el Estado limitó la influencia del sindicalismo, cuestión acentuada por las diferentes tradiciones políticas del sindicalismo español.²³

Tanto la economía como la sociedad se encuentran bajo la influencia de grupos de interés económico y financiero muy reducidos, además de un tejido productivo demasiado débil también dominado por grandes empresas y bancos de gran influencia política ganada durante la dictadura.

A finales de las 2006 veinte familias eran propietarias del 20,14% de las empresas, 1400 personas, apenas el 0,0035% de la población de España, controlaban el 80,5% de los recursos del PIB.

La apertura económica tuvo un modo muy dependiente y condicionado por el predominio de un modelo productivo atrasado, solo competitivo mediante los bajos salarios y los favores administrativos que la dictadura le daba a las grandes empresas y a las multinacionales. Entre 1995 y 2005 España es el único país de la OCDE en el que los salarios no tuvieron crecimiento real.

Durante los últimos treinta años España se ha modernizado y democratizado, pero manteniendo estructuras de poder muy asimétrico que no han permitido que se dediquen los recursos necesarios para financiar el bienestar. Por otra parte, ha debido incorporar las condiciones generales que impuso la globalización neoliberal, poniéndose a disposición de los capitales extranjeros que mediante la compra de numerosas empresas y el control de los canales de distribución han llegado a tener un fuerte predominio en la economía.

El Consejo Económico y Social, español, en su memoria del año 2007 señalaba que durante el año 2006 la retribución del trabajo tuvo un incremento del 3,4%, mientras que los beneficios de las sociedades

23 Todos los datos aquí mencionados han sido extraídos del trabajo de Vicenç Navarro, Juan Torres López y Alberto Garzón Espinosa: "Hay Alternativas, Propuestas para crear empleo y bienestar social en España". Editorial Sequitur, 7ª Edición. Madrid enero 2012.

que cotizan sus acciones en la Bolsa tuvieron un crecimiento mayor al 26,6%.

Pero el dato que nos parece que viene a confirmar cual es el orden de prioridades de las restricciones o garantías constitucionales particularmente en España (y en general en Europa), es la actitud del Banco Central Europeo que, a diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos, decidió no financiar a los Gobiernos obligándolos a ponerse en manos de los "mercados" (de los grandes bancos y grupos financieros); que aprovecharon la ocasión para extorsionar e imponer reformas, tanto en el mercado de trabajo, como en el sistema de pensiones, avanzando sobre la privatización de los servicios públicos.²⁴

V

La desigualdad en la distribución de la ganancia se ha convertido en la principal fuente de alimentación de la especulación financiera. Sofisticadas innovaciones financieras llegan a complejizar de tal manera la titularidad de los papeles de negocios que el capital, la deuda, se convierte en algo meramente ficticio y en una fuente de arriesgadas, pero fortísimas ganancias.

El Secretario de Trabajo del Presidente Clinton, Robert Reich, llegó a señalar que mientras en 1976 el 1% más rico de la población de Estados Unidos poseía el 9% de la riqueza, luego de varios años de políticas neoliberales, ese 1% ya acumulaba el 20% un valor que el propio Reich señalaba como idéntico a la situación de Estados Unidos en 1928 durante la gran depresión.

Durante estos años de políticas neoliberales se ha impuesto un régimen de salarios reducidos y de trabajo precario que dentro de la lógica de las restricciones económicas que ya hemos analizado ha permitido recuperar las rentas del capital, pero con resultados realmente dramáticos.

Es que la financiación dejó de estar al servicio de la creación de empleo o riqueza; y los bancos se han convertido en una máquina de generación de deuda. Se ha modificado el equilibrio y las relaciones de poder de clase y de género. Las rentas se hiper polarizaron,

24 Esta política, finalmente fue cambiada, para evitar una caída total de la economía de Europa y del propio Euro, pero de forma tan improvisada e insuficiente que terminó por no eliminar el problema

concentrándose en manos del capital financiero y las grandes empresas, a costa de una acentuada reducción del ingreso de las clases populares con un consecuente endeudamiento y disminución de la protección social

Pero por otra parte (tal como lo señala Ferrajoli en Italia y como ocurre en Argentina) "...se ha acelerado la concentración de los mayores medios de información y persuasión y su vinculación con esos grupos económicos, todo lo cual ha disminuido la capacidad de respuesta de las clases sociales que soportan los efectos negativos de estas políticas..."²⁵. Toni Judt, dice que esta oligopolización de la información y de los medios termina por presentar a estos cambios como "inevitables" o como los "únicos posibles", como algo "natural".

En definitiva, tenemos un marcado retroceso en el grado de efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya inevitable consecuencia es la configuración de una sociedad desigual, en la que un reducido sector obtiene extraordinarios beneficios a costa de un enorme sector de la sociedad, quedando desamparados frente al Estado y siendo víctimas de una progresiva exclusión social.

A pesar de ello, los economistas vuelven a la carga contra el Estado y el gasto público, insistiendo una vez más que la solución es recortar el gasto público y muy particularmente el destinado a los servicios sociales y a las infraestructuras del bienestar social.

Un perro que se muerde la cola porque crean más desigualdad y limitan las posibilidades de creación de actividad económica, además de producir una mayor insatisfacción social y personal, hipotecando el futuro y dejando de lado los principios constitucionales.

El propio "Foro de Davos", una institución no precisamente de izquierda reconoce que los países de Europa con mayor eficiencia económica son los del Norte. Países en los que existe una gran sensibilidad social y que cuentan con una adecuada financiación para las instituciones propias del Estado de Bienestar, así como un elevado gasto público social.

Quizás el caso más significativo sea el de Finlandia, país que hacia comienzos de los 90²⁶ atravesó una profunda crisis económica con

25 Ob. cit.: . Pág. 35.

26 Como otra paradoja de la historia la crisis de Finlandia es contemporánea con la crisis hiper-inflacionaria de la Argentina de fines de los 80 y principios de los 90. La salida de ambos países ha sido claramente diferente. No olvidemos que Argentina aplico todas y cada una de las recetas del Consenso

una reducción del PIB del 13% entre 1990 y 1993 y una tasa de paro que superó el 17% en 1994; sin embargo, ha sido capaz de hacer compatible una economía competitiva y tecnológicamente avanzada, con un notable Estado de bienestar, con un sistema de democracia pluralista y con la preservación de su identidad cultural y un patrón de vida elevado.

Finlandia, a pesar de estar altamente industrializada y de tener un índice de producción per cápita mayor que el del Reino Unido, Francia o Alemania; es una economía dependiente de las importaciones de materias primas, energía y algunos bienes manufacturados, el comercio exterior representa un tercio de su PBI. Pero esta dependencia, sin embargo, no ha actuado como limitante de las fuertes inversiones realizadas en las políticas educativas y de innovación.

En el año 2006 el informe PISA (Program for Intelligence Student Assessment), que mide el rendimiento educativo de los países de la Organización para la Cooperación de Desarrollo Económico (OCDE), colocó al sistema educativo finés como el mejor del mundo. La Educación representa un 6% del PBI y el 65% de la población obtiene un título terciario). El sistema es público y gratuito desde el Kinder a la Universidad. Pero como no todo son rosas, en las universidades no hay vacantes para todos y sólo un tercio de los jóvenes puede cubrir las plazas después de un examen de admisión; por esta razón, desde los años 90', se crearon "escuelas superiores", ideadas para canalizar la gran cantidad de alumnos que se quedaban fuera de la universidad. La piedra angular del sistema educativo finlandés la constituyen sus docentes quienes no son precisamente una profesión bastardeada sino altamente considerada.

En definitiva, podemos decir que el modelo de desarrollo finlandés no genera exclusión social, compatibiliza el sistema de innovación tecnológica y el Estado de Bienestar, y que el Estado cumple un importante papel tanto como conductor de desarrollo como garante de condiciones del bienestar y creación de capacidades sociales (educación gratuita y de alto nivel, salud, etc.), se preservan y refuerzan sus instituciones y se aprovecha su capacidad de generar capital humano. El objetivo es incrementar el bienestar mediante la estabilidad social y la cobertura universal y gratuita de la educación, sanidad y otras necesidades sociales, así como el fácil acceso a la vivienda y la mejora de prestaciones a los jubilados.

de Washington y del Fondo Monetario Internacional.

El primer artículo de su Constitución sentencia “El ordenamiento jurídico garantiza la inviolabilidad de la dignidad humana y de las libertades y los derechos individuales y promueve la justicia en la sociedad.”, mientras el Artículo 6°, denominado “La igualdad”, dice “Se promoverá la igualdad entre hombres y mujeres en la actividad social y en la vida laboral, especialmente al determinarse la remuneración y demás condiciones de la relación de servicio, de acuerdo con lo establecido más precisamente por Ley.”²⁷

La igualdad asociada al concepto de la pertenencia plena a una comunidad ocupando un lugar central será un fundamento democrático básico. Y lo es sin entrar en contradicciones con las desigualdades que distinguen los diferentes niveles económicos de la sociedad, porque tal como diría John Rawls: “Primero cada persona tendrá un derecho igual a la libertad más extensa compatible con la libertad similar de los otros. Segundo, las desigualdades sociales y económicas se ordenarán de tal forma que ambas (a) de manera razonable sean de provecho para todos, y (b) que conlleven posiciones y cargos abiertos para todos”²⁸

Es que para Rawls “...los ciudadanos de una sociedad justa tendrán los mismos derechos básicos” por lo que “la distribución de la riqueza y los ingresos, y las jerarquías de autoridad, deben ser consistentes tanto en la libertad de igual ciudadanía como en la igualdad de oportunidades”²⁹, iguales en derechos y obligaciones: derechos necesarios para la libertad individual; para participar en el ejercicio del poder político y finalmente un amplio espectro de derechos, desde el derecho a la seguridad y a un mínimo de bienestar económico al de compartir plenamente la herencia social y vivir la vida de un ser civilizado conforme a estándares que se encuentran incorporados en la gran mayoría de las constituciones, tratados, convenios, pactos y declaraciones. Las políticas sociales son el vector que convierte en realidad a esos derechos sociales, cuando se establece un divorcio entre los ingresos reales y los ingresos monetarios.

27 Artículos 1 y 6 de la Constitución de Finlandia sancionada en Helsinki el 11 de Junio de 1999. El subrayado es nuestro.

28 John Rawls “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, Pág. 11

29 Ídem Nota, Pág. 60 y 61

VI

Como ya hemos señalado este conflicto básico entre los derechos sociales y el valor del mercado no se ha resuelto, en realidad se ha agravado, ya que dentro de este proceso “deconstituyente”, se valoran más los incentivos que actúan en el sistema de libre contrato del mercado abierto (los beneficios personales), que el deber público correspondiente a los derechos sociales. O dicho de otra manera, predomina la racionalidad instrumental y la restricción económica por sobre las restricciones democráticas.

Necesitamos preservar un núcleo intangible de derechos sustanciales (de libertad y sociales) que conforman la dimensión sustancial de la democracia, cuyo objetivo o ideal no puede ser otro que la igualdad que le exige a la democracia fijar límites y vínculos relativos a lo que no es lícito decidir o no decidir.

Hablamos de restricciones políticas, democráticas, que no implican valoraciones éticas, morales o ideológicas absolutamente subjetivas, sino realmente objetivas. Objetividad que viene dada por el contexto del marco normativo, otra vez un límite que fija aquello que no es lícito decidir o no decidir.

No se trata de que el Estado sólo diseñe formalidades eficientes en los servicios que brinda; la cuestión pasa por ser democrático y no olvidar su compromiso con los derechos civiles y políticos, estando siempre comprometido social y políticamente con la justicia y los derechos sociales. Bresser Pereira diría: ser republicano, implicará comprometerse con el derecho, que todos los ciudadanos tienen, de que el patrimonio público no sea capturado por intereses privados o restricciones económicas.

Puede considerarse el “factor gasto” pero en cuanto a la ejecución de la política no al diseño o no diseño de esa política. Educación, Salud, Vivienda, Seguridad son derechos inalienables que no pueden ser desplazados en el nombre de una reducción de gasto o eficiencia económica.

Qué democracia puede ser llamada como tal cuando la educación de sus ciudadanos queda sujeta a la viabilidad de contraer un crédito a pagar por casi toda una vida. Cómo considerar a una democracia donde el derecho a la vida y la salud se restringe a, tener o no, un seguro social que cubra gastos médicos y hospitalarios. Cómo valorar una sociedad donde el servicio de seguridad y vigilancia (y aún de las propias cárceles) quede fijado a la posibilidad de contar o no con

policía y guardias privados. ¿Quién fijaría y ejecutaría la ley?

Nada de esto es fantasía, existen hoy democracias donde estos hechos son reales incluso existen “políticos” que proponen la conformación de consorcios vecinales que llamen a licitaciones privadas para pavimentar rutas o calles eliminándole esa función (del Estado), hasta le han puesto un nombre “Privatización de la obra pública”.

El propio Milton Friedman allá por 1972 advertía que era imposible acabar con el tráfico de drogas y que la prohibición era la peor estrategia para usuarios y no usuarios; incluso 17 años después afirmaba que el crack (versión americana de nuestro Paco) se habría evitado de ser legal la cocaína. Pero esta posición no la adoptaba con un criterio de seguridad o de salud pública, lo hacía pensando en el gasto frente al combate del narcotráfico. Afirmaba que el gasto en Policías, cárceles, armas, alimento para los presos y guardiacárceles y toda la estructura judicial se reducía a cero eliminando la prohibición. Una vez más lo económico por sobre lo político.

Volvemos a nuestro punto de partida colocando al “Mercado” por sobre lo político. Nos hemos subido a una máquina del tiempo y casi por arte de magia hemos vuelto a un tiempo anterior a los contractualistas y a toda la teoría y filosofía política habida y por haber. Probablemente en un futuro no muy lejano debamos suplantiar toda la normativa existente por un contrato de compraventa y sustituir la categoría de ciudadano por la de “cliente”; que por cierto no sería una novedad.

No podemos ignorar que la construcción del Estado es el producto de un desarrollo histórico que por cierto continúa pero tampoco podemos permitirnos un retorno a un punto cero pues en términos weberianos debemos recordar que cuando los ciudadanos dejan de aceptar aquella pretensión del ejercicio del monopolio de la fuerza, el Estado desaparece y deviene una situación de “anarquía” que no es sinónimo de “libertad” sino un campo de lucha donde triunfan los más fuertes.

BIBLIOGRAFIA

- Bobbio Norberto “El tiempo de los derechos”. Editorial Sistema. Madrid 1991.
- Bresser Pereira Luiz Carlos “La Restricción Económica y Democrática, publicado en “Política y Gestión Pública” varios autores, editado por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) y el Fondo de Cultura Económica, Bs As. 2004.
- Campione Daniel “El Estado Argentino, A propósito de cambios y paradigmas”, Revista del CLAD, Reforma y Democracia, N° 9 (octubre 1997), Caracas
- Castells Manuel: “La era de la información”, Vol. III, Siglo XXI, México, 2001.
- Dahl Robert: “La igualdad Política”. Fondo de Cultura Económica 1° Edición. Buenos Aires 2008.
- Ferrajoli, Luigi: “Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional”. Editorial Trotta. Madrid, 2011.
- Fukuyama, Francis, “El fin de la historia y el último hombre”, Prensa Libre, New York, 1992.
- García Delgado Daniel “Estado y Sociedad y el cambio épocal” Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Buenos Aires, 2005.
- Judt Toni “Algo va mal”, Editorial Taurus. Madrid, 2011.
- Lipovetzky Gilles: “La era del vacío”, Anagrama, Barcelona, 1986.
- Navarro Vicenç, Torres López Juan y Garzón Espinosa Alberto: “Hay Alternativas, Propuestas para crear empleo y bienestar social en España”. Editorial Sequitur, 7° Edición. Madrid enero 2012.
- Rifkin Jeremy: “El fin del trabajo”, Editorial Paidós, México, 1996
- Rawls John “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- Zygmunt Bauman: “La sociedad Sitiada” Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.-

LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (TIC): SU CARÁCTER DE SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL Y ESTRATÉGICO EN COMPETENCIA

POR ANALÍA ELIADES¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 190-215. Recibido 07/03/2021 - Aceptado 28/03/2022

Resumen: El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020 que estableció que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia constituye una medida de restablecimiento de potestades del Estado otrora presentes en la Ley N° 27.078 Argentina Digital. La medida, al considerar a la conectividad como derecho, responde a los estándares internacionales e interamericanos de derechos humanos y en particular del derecho humano a la comunicación. El objetivo es aportar antecedentes, sistematizar información dispersa, y brindar insumos documentales sobre el carácter del servicio público de las TIC, el derecho humano a la conectividad y la necesidad de un Estado regulador que lleve adelante políticas públicas interministeriales e intersectoriales, que garantice los derechos de los usuarios de manera universal, atienda las desigualdades sociales y a la vez promueva inversiones y desarrollo del sector con responsabilidad social.

¹ Doctora en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derechos Humanos UCM. Abogada. Licenciada en Comunicación Social UNLP. Docente de grado y posgrado.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

Palabras clave: TIC - servicio público - derechos humanos - conectividad - acceso

Abstract: The Necessity and Urgency Decree No. 690/2020, which established that Information and Communications Technology (ICT) Services and access to telecommunications networks for and between licensees and licensees of ICT services are essential and strategic public services in competition constitutes a measure of reestablishment of powers of the State present in Law 27.078 Argentina Digital. Considering connectivity as a right, the measure responds to international and inter-American human rights standards and, in particular, the human right to communication. The objective is to provide background, systematize scattered information, and provide documentary inputs on the nature of the ICT public service, the human right to connectivity and the need for a regulatory State that carries out inter-ministerial and inter-sectorial public policies that guarantee the rights of users in a universal way, address social inequalities and at the same time promotes investments and development of the sector with social responsibility.

Key words: ICT - public service - human rights - connectivity-access

I. El dictado del DNU N° 690/2020: contexto y situación. Necesidad de su restablecimiento y aplicación.

El 22 de agosto de 2020, en plena pandemia de COVID-19, cuando aún las vacunas no habían llegado y eran solo una soñada esperanza, se publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020 que estableció que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia.

La medida tuvo de inmediato un positivo impacto en la ciudadanía toda, en un tiempo en que, como en ningún otro, comprendimos que la conectividad y la comunicación son tan necesarias como el agua, la luz o el gas, imprescindibles en nuestras vidas, e implicó un avance concreto en cumplimiento del principio de progresividad, conforme lo previsto en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económi-

cos, Sociales y Culturales² y el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos³ que, como sabemos, poseen jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

Sin embargo, la norma no fue bien recibida por las grandes empresas del sector que prontamente, y como les es habitual ante toda iniciativa regulatoria⁴, arremetieron mediática y judicialmente contra la misma. De hecho, mientras se escriben estas líneas, siguen en vigencia resoluciones judiciales que admitieron medidas cautelares por las que se suspenden la aplicación del mencionado decreto de necesidad y urgencia y las resoluciones ENACOM⁵ (Ente Nacional de Comunicaciones) dictadas en ese marco⁶. Se encuentran pendien-

2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 2. 1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cap. III. DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

4 Henricot, Pamela. “Los medios de comunicación y el derecho a la información: reflexiones sobre las resistencias regulatorias”, 14/12/2020. Broquel, la revista de la Procuración del Tesoro. Disponible en: <https://broquel.ptn.gob.ar/broquel/2020/12/14/lesmedios/>

5 En el marco del DNU N° 690/20 el ENACOM dictó las siguientes resoluciones: 1466/2020 (B.O. 34545 de 21/12/2020), 203/2021 (B.O.: 34590 de 20/02/2021) y 204/2021 (B.O.: 34592 de 23/02/2021),

6 Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 30/04/2021 en autos “Telecom Argentina SA c/EN ENACOM y otro s/ medida cautelar (autónoma)”; Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala II, 23/06/2021 en autos Telecentro S.A. y DirectTV Argentina S.A. s/ inc de medida cautelar” (Expte N° 12493/2020). Asimismo, el 17/12/21, la Sala I de la Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. concedió cautelar a Telefónica en autos 14328/2020 Incidente N° 2 - Actor: Telefónica Móviles Argentina SA y otro c/ Estado nacional y otro s/ inc. de medida cautelar (Juzg. N° 5). También, y con anterioridad, la primera medida a favor de las prestatarias se dio en la Causa 858/2021, “Catrie Televisora Color S.R.L. c/ Estado Nacional

tes de tratamiento recursos extraordinarios y desde el ámbito social y colectivo estamos pendientes de cómo se resolverá el tema en una constante defensa de velar por el interés público y los derechos de la ciudadanía que el Estado Nacional lleva a cabo a través de la Procuración del Tesoro de la Nación, el cuerpo de abogados y abogadas del Estado; autoridades y el servicio jurídico del ENACOM.

La actitud y el accionar de las empresas de telecomunicaciones que impugnaron el DNU N° 690/2020 expresan como mínimo un doble estándar en relación al DNU N° 267/15 dictado a la medida de los intereses empresariales conforme veremos más adelante. En efecto, es necesario aquí recordar y destacar que en el caso del DNU N° 267/2015, que cambió drásticamente el marco normativo de los servicios de comunicación audiovisual y las telecomunicaciones, no hubo ni una sola línea, ni una sola fundamentación, ni un solo párrafo que justificara un estado de necesidad y urgencia para su dictado, contraviniendo toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el tema⁷. Al mismo tiempo, el DNU N° 267/2015 dio por tierra el sistema de límites a la multiplicidad de licencias, cuya constitucionalidad fuera reconocida por la Corte. Sin embargo, ante el dictado de ese DNU ninguna de esas empresas realizó reproche alguno al mismo. Todo lo contrario, lo aplaudieron y aclamaron, porque era a la medida de sus intereses mercantilistas y por supuesto, ni siquiera consideraron o les importó los graves retrocesos que implicó para el derecho humano universal a la comunicación.

En contrapartida cabe destacar que el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020 obtuvo dictamen favorable de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo y fue convalidado por resolución N° 95/2020 del Honorable Senado de la Nación (B.O.: 7/09/2020) en un contexto acuciante de pandemia.

No dudamos de la constitucionalidad, razonabilidad, urgencia y necesidad del D.N.U N° 690/2020, y en este sentido adherimos al adecuado tratamiento de la cuestión que fuera realizado por la Dra.

y otro s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 30/03/2021, Juzgado Federal de Córdoba 1, a cargo del Juez Ricardo Bustos Fierro. Este fallo incluyó a la Asociación Argentina de Televisión por Cable (A.T.V.C.) que solicitara adhesión litisconsorcial.

7 Ver al respecto, entre otros, la sentencia de la CSJN en autos “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS – Ley N° 20.091 s/ amparo Ley N° 16.986”. 19/05/2010. Fallos 333:633.

Virginia Lynn⁸.

Ha señalado Damián Loreti⁹ que el DNU N° 690/2020 recupera potestades de regulación que estaban en la Ley N° 27.078 (Argentina Digital), fundamentales para fortalecer el rol del Estado como garante del acceso igualitario a las principales tecnologías destinadas a hacer realidad el ejercicio del derecho a la comunicación. También que la declaración de servicio público para la telefonía móvil y los llamados servicios TIC implica una consagración del derecho humano a comunicar entre las prioridades de política pública, con especial importancia en el contexto de emergencia sanitaria, como pide la CIDH.

Resulta pertinente detenernos un momento en un aspecto muy importante vinculado a los supuestos agravios expuestos por las empresas que han impugnado mediante las medidas cautelares reseñadas al DNU N° 690/2020 y es el referido a sus “derechos adquiridos” en las condiciones de prestación de los servicios y la “libertad de precios”. Al respecto, resulta pertinente traer aquí el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Cablevisión S.A. c. Municipalidad de Pilar”, de 4/04/2006, en el que por unanimidad, compartió e hizo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Procuración, y en lo que interesa sostuvo: “Arribado a este punto, es imperioso recordar que los decretos y normas reglamentarias, en cuanto a su derogación o reemplazo, participan del mismo régimen que las leyes, en tanto ningún derecho adquirido puede impedir su remoción del ordenamiento jurídico pues, de lo contrario, se admitiría el postulado de la inamovilidad del derecho objetivo. Al respecto, es pacífica la doctrina del tribunal en torno a que “la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos” (Fallos 267:247; 268:228; 291:359; 308:199; 311:1213; 315:839; 318:1531;

8 Lynn, Virginia. “El acceso a Internet como servicio público”, publicado el 8/09/2020 en Broquel, la revista de la Procuración del Tesoro. Disponible en: <https://broquel.ptn.gob.ar/broquel/2020/09/08/el-acceso-a-internet-como-servicio-publico/>

9 <https://www.feduba.org.ar/2020/09/04/internet-como-servicio-publico-tics-y-derechos-en-pandemia-2> Conversatorio “Internet como servicio público. Tics y derechos en pandemia”, organizado por FEDUBA (Federación de Docentes Universitarios de la UBA), 3/09/2020. Disponible en: <https://www.feduba.org.ar/2020/09/04/internet-como-servicio-publico-tics-y-derechos-en-pandemia-2/>

321:2683; 323:3412; 325:2875)¹⁰”.

Independientemente de la medida dictada por el Poder Ejecutivo, con vocación de permanencia y trascendiendo al contexto en el que fuera dictado, tanto en el Senado de la Nación como en la Cámara de Diputados se han presentado diversos proyectos de ley, provenientes de diversas fuerzas políticas, tendientes a consagrar el derecho a la conectividad como derecho humano y asegurar el acceso a servicios de Internet de banda ancha fija, móvil y satelital en carácter de servicio universal.

En este estado de cosas, el propósito de este trabajo se centrará en aportar antecedentes, sistematizar información dispersa, brindar al menos algunos insumos para formularnos interrogantes y reflexiones en torno al carácter del servicio público de las TIC, el derecho humano a la conectividad y la necesidad de un Estado regulador que lleve adelante políticas públicas interministeriales e intersectoriales, garantice los derechos de los usuarios de manera universal, atienda las desigualdades sociales y a la vez promueva inversiones y desarrollo del sector. En pandemia, y más allá de ella.

II. El acceso a las TIC, la conectividad, los derechos digitales y el derecho humano a la comunicación

En este apartado procuraremos realizar un relevamiento cronológico y una reseña de los principales documentos, informes, declaraciones y compromisos en torno al acceso a la conectividad y la necesidad de implementar acciones por parte de los Estados en pos de reducir la brecha digital. Nos abocaremos en principio al ámbito internacional y a las referencias de los sistemas protectorios de derechos humanos, en particular el sistema interamericano, para luego realizar una reseña de la evolución y los retrocesos de la normativa local en la materia.

II.1. Estándares, directrices y compromisos internacionales

En 1998, durante la Asamblea de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones¹¹ (UIT) celebrada en Seattle, se

10 CSJN, Cablevisión S.A. v. Municipalidad de Pilar. 04/04/2006 Publicado: SJA 7/6/2006. JA 2006 II 511.Fallos 329:976.

11 La UIT es el organismo especializado de las Naciones Unidas para las

planteó la celebración de una Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI). Ya en ese entonces, los avances en la materia habían alcanzado tal protagonismo que era ineludible que apareciera en la agenda de la ONU.

En 1999, luego de procesos de consulta con otras organizaciones y organismos especializados de Naciones Unidas, se decidió que el encuentro fuera auspiciado por la Secretaría General de la ONU mientras que se encomendó a la UIT la gestión administrativa-organizativa del proceso. El Consejo de la UIT decidió, en el 2001, celebrar la Cumbre en dos fases: una primera en Ginebra en 2003 y una segunda en Túnez, en 2005.

Los procesos de globalización y la importancia que adquirieron las TIC en el mercado mundial y en las condiciones del flujo informativo y de la comunicación a nivel internacional fueron aspectos centrales que influyeron en la realización de la Cumbre.

El reconocimiento de la “brecha digital”¹², entendida entonces como el espacio de exclusión entre quienes cuentan o no con acceso a las tecnologías o que incluso contando con ella tengan limitaciones para su uso, y la reducción y superación de la misma se encontraron entre los propósitos centrales de los documentos emergentes de la Cumbre.

II.1.1. Declaración de Bávaro sobre la Sociedad de la Información (2003)

El 14 de febrero de 2003, en Bávaro, República Dominicana, los países representados en la Conferencia Ministerial Regional preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre

tecnologías de la información y la comunicación – TIC. De conformidad con su mandato y los documentos finales de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), la UIT desempeña un papel fundamental en la aplicación y el seguimiento de la CMSI. Para mayor información nos remitimos a la web oficial del organismo: <https://www.itu.int/>

12 Para la Relatoría para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de Naciones Unidas, la brecha digital, “hace referencia a la separación entre quienes tienen acceso efectivo a las tecnologías digitales y de la información, en particular a Internet, y quienes tienen un acceso muy limitado o carecen de él”. Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Párr. 61.

la Sociedad de la Información, realizada con la colaboración de la CEPAL, en la que participó la República Argentina, suscribieron la “Declaración de Bávaro sobre la Sociedad de la Información”.

En tal Declaración se acordaron principios rectores y temas prioritarios en el marco de la SI “conscientes (los Estados participantes) de la necesidad de generar igualdad de oportunidades en el acceso y uso de las tecnologías de la información y comunicación, se comprometen a desarrollar acciones tendientes a superar la brecha digital, la cual refleja e incide en las diferencias económicas, sociales, culturales, educacionales, de salud y de acceso al conocimiento, entre los países y dentro de ellos”.

De ese documento, vale traer aquí uno de los principios rectores de la Declaración 1.b) en cuanto establece que “la sociedad de la información debe estar orientada a eliminar las diferencias socioeconómicas existentes en nuestras sociedades y evitar la aparición de nuevas formas de exclusión y transformarse en una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, reduciendo la disparidad entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como en el interior de los países”.

II.1.2. Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información. Declaración de Principios de Ginebra (2003) y Compromiso de Túnez (2005)

La CMSI legó instrumentos internacionales de importancia: la Declaración de Principios de Ginebra (la cual es ratificada en el Compromiso de Túnez), bajo el título “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio¹³” bajo el Punto B: Una Sociedad de la Información para todos: principios fundamentales, se refiere entre los mismos a: Infraestructura de la información y las comunicaciones: fundamento básico de una Sociedad de la Información integradora (B.2). Y en este apartado se destaca: “La conectividad es un factor habilitador indispensable en la creación de la Sociedad de la Información. El acceso universal, ubicuo,

13 Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Declaración de principios. “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio”. 10 a 12 de diciembre de 2003, Ginebra. Documento WSIS-03/GENEVA/4-S. 12 de mayo de 2004. Original: inglés. El documento referido se encuentra publicado oficialmente y disponible en: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>

equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC constituye uno de los retos de la Sociedad de la Información y debe ser un objetivo de todas las partes interesadas que participan en su creación. La conectividad también abarca el acceso a la energía y a los servicios postales, que debe garantizarse de conformidad con la legislación nacional de cada país” (21).

También cabe resaltar la siguiente directriz: “El estado de derecho, acompañado por un marco de política y reglamentación propicio, transparente, favorable a la competencia, tecnológicamente neutro, predecible y que refleje las realidades nacionales, es insoslayable para construir una Sociedad de la Información centrada en la persona. Los gobiernos deben intervenir, según proceda, para corregir los fallos del mercado, mantener una competencia leal, atraer inversiones, intensificar el desarrollo de infraestructura y aplicaciones de las TIC, aumentar al máximo los beneficios económicos y sociales y atender a las prioridades nacionales” (39).

Asimismo, dicho documento reconoce el papel que el sector privado desempeña en el desarrollo de Internet, tanto en el campo técnico como en el económico y considera que el mismo tiene responsabilidades para reducir la brecha digital y garantizar un desarrollo armonioso, justo y equitativo para todos, exige un compromiso sólido de todas las partes interesadas, por lo que hace un llamamiento a la *solidaridad digital*, en los planos nacional e internacional.

La Declaración de Principios de Ginebra de 2003 se complementa e interactúa con el Plan de Acción¹⁴. En el mismo, se sostiene que el papel de los Estados Nacionales es crucial para la efectiva promoción de las TIC para el desarrollo y entre sus obligaciones se encuentra la de definir estrategias para aumentar la conectividad global a precios asequibles.

La Declaración de Principios y el Plan de Acción acordados en Ginebra en la primera fase de la Cumbre, fueron luego ratificados en el Compromiso de Túnez y en la Agenda para la Sociedad de la Información¹⁵.

14 Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información. Plan de Acción. Documento WSIS-03/GENEVA/DOC/5-S. 12 de mayo de 2004. Original: inglés. Disponible en: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/poa-es.html>

15 CMSI. Documentos Finales. Diciembre de 2005. Unión Internacional de Telecomunicaciones. Textos oficiales disponibles en: <https://www.itu.int/net/>

II.1.3. Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (2011)

El 1º de junio de 2011 las cuatro relatorías para la Libertad de Expresión (ONU, OSCE, OEA y CADHP¹⁶) suscribieron una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet¹⁷. En lo que aquí interesa, el Punto 6 se centra en el Acceso a Internet y en referencia al mismo sostiene que “los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres” (6.a).

Asimismo, sostiene: “Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet. Como mínimo, los Estados deberían: i. Establecer mecanismos regulatorios —que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia— para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas” (6.e.i.).

II.1.4. UNESCO (2013). Documento: Universalidad de Internet: un medio para crear sociedades del conocimiento y la agenda de desarrollo sostenible después de 2015

El 2 de septiembre de 2013 UNESCO emitió este documento¹⁸,

www.unesco.org/communication/information/outcome/booklet-es.pdf

16 Declaración suscripta conjuntamente por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

17 OEA. CIDH. Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet. Texto oficial disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>

18 UNESCO “Universalidad de Internet: un medio para crear sociedades del conocimiento y la agenda de desarrollo sostenible después de 2015”, 2/09/2013. Versión digital disponible en:

del que posteriormente se referencia la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH-OEA en la elaboración de estándares para una Internet libre, abierta e incluyente. Al respecto se sostiene que “Accesible para todos” como parte de la “universalidad de Internet” suscita cuestiones como el acceso abierto, así como discriminaciones digitales como las basadas en los ingresos económicos o en las desigualdades entre los medios urbano y rural, y apunta a la importancia de normas sobre el acceso universal con niveles mínimos de infraestructura de conectividad (UNESCO 2013:8).

II.1.5. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Libertad de Expresión e Internet (2013)

En este documento la Relatoría Especial del sistema interamericano¹⁹, a cargo, en ese entonces de la Dra. Catalina Botero, se propuso poner “a disposición de todos los Estados de la región, principios generales de protección del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el entorno digital. Estos principios buscan servir de guía a gobiernos, órganos legislativos y administrativos, tribunales y sociedad civil, para allanar el camino en este escenario conceptual y técnicamente novedoso y promover la revisión y adopción de legislación y prácticas, en aras de lograr el pleno ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en Internet (Botero, 2013:2).

Al tratar el principio de acceso universal refirió la necesidad de garantizar la conectividad y el acceso universal, ubicuo, equitativo, verdaderamente asequible y de calidad adecuada, a la infraestructura de Internet y a los servicios de las TIC, en todo el territorio del Estado, tal como ha sido reconocido por los jefes de Estado en las Cumbres de las Américas. Le corresponde al Estado decidir cuáles son los medios más adecuados, bajo las circunstancias, para asegurar la implementación de este principio”.

Sostuvo que la Relatoría “otorga particular importancia a aquellas

http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/internet_universality_es_01.pdf

¹⁹ Relatoría para la Libertad de Expresión. CIDH. Botero, Catalina. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13. 31 diciembre 2013 Original: Español Documento disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

medidas que buscan asegurar que las estructuras de precios sean inclusivas, para no dificultar el acceso; que la conectividad se extienda a todo el territorio, para promover de manera efectiva el acceso de los usuarios rurales y de comunidades marginales; que las comunidades tengan acceso a centros de tecnologías de la información y comunicación comunitarios y otras opciones de acceso público; y que los esfuerzos de capacitación y educación sean reforzados, en especial en sectores pobres, rurales y entre la población mayor. El acceso universal supone también, de manera prioritaria, asegurar el acceso equitativo en términos de género, así como el acceso incluyente de personas en situación de discapacidad y/o pertenecientes a comunidades marginadas”.

Finalmente, concluyó, en el aspecto que estamos tratando especialmente, que el “propósito de cerrar la ‘brecha digital’ va de la mano con la necesidad de que el Estado procure que los actores privados no impongan barreras desproporcionadas o arbitrarias para acceder a Internet o usar sus servicios principales. En otras palabras, Internet debe mantener su característica intrínseca de acceso”.

II.1.6. Declaración conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión (2014)

El 6 de mayo de 2014, en París, las cuatro relatorías de libertad de expresión emitieron una Declaración Conjunta²⁰, entre cuyas recomendaciones se destaca: “Los Estados deberían promover activamente el acceso universal a Internet sin distinción política, social, económica o cultural, entre otras cosas, respetando los principios de neutralidad de la red y el carácter central de los derechos humanos para el desarrollo de Internet”.

II.1.7. Resolución Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet (2016)

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su 32º período

²⁰ Declaración Conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión. Texto oficial disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=945&IID=2>

de sesiones aprobó una resolución²¹ el 27/06/2016 por la cual, entre otras cuestiones, exhorta a los Estados a adoptar políticas públicas nacionales relativas a Internet que tengan como objetivo básico el acceso y disfrute universal de los derechos humanos.

Asimismo, afirma la importancia de que se aplique un enfoque basado en los derechos humanos para facilitar y ampliar el acceso a Internet y solicita a todos los Estados que hagan lo posible por cerrar las múltiples formas de la brecha digital.

II.1.8. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente (2017)

Este documento, correspondiente al capítulo III del Informe Anual 2016 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, entonces a cargo del Relator Edison Lanza, fue aprobado el 15 de marzo de 2017 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²². En el mismo se ratificaron los conceptos y recomendaciones del informe de la Relatoría de 2013 como asimismo la Declaración Conjunta de las Relatorías de 2011. Asimismo, insiste en que el acceso universal a internet requiere que los Estados garanticen la calidad e integridad del servicio.

II.1.9. UIT. Tecnologías digitales para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas. Desafíos a partir de la pandemia de COVID-19

En el marco de la pandemia, y en particular la UIT se ha pronun-

21 Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, 32º período de sesiones. Tema 3 del programa Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf

22 Lanza, Edison. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente / Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L). Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

ciado sobre el tema marcando la necesidad de ampliar las redes de TIC, fomentar un entorno propicio, impulsar la inversión en redes de telecomunicaciones/TIC y fomentar la inclusión digital.

“La pandemia de COVID-19 ha disparado la conectividad, al haberse incrementado el número de personas en línea para trabajar, estudiar y mantenerse en contacto con amigos y familiares durante los encierros y confinamientos. Sin embargo, los retos de la pandemia y la desaceleración económica han creado problemas adicionales para alcanzar los ODS. La comunidad internacional se ha comprometido a extraer enseñanzas del reto global de la pandemia y a “reconstruir mejor”. El aumento de la conectividad y de las TIC será un aspecto importante de la tarea de reconstruir mejor, ya que los países podrán aprovechar el aumento de la conectividad para mejorar la interacción con sus ciudadanos y alcanzar los ODS²³”.

Sin duda, para alcanzar esas metas, los Estados tienen un papel fundamental, con medidas y marcos normativos adecuados y generando políticas públicas en el sector.

II.1.10. Comunicado R206/20. CIDH-RELE. Estados de la región deben acelerar políticas de acceso universal a internet durante la pandemia del COVID-19 y adoptar medidas diferenciadas para incorporar a grupos en situación de vulnerabilidad (2020)

El 31 de agosto de 2020, a los pocos días del dictado del DNU N° 690/2020 en Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), en el marco de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia (SACROI COVID-19), manifestaron su “preocupación por las serias limitaciones en la falta de acceso a internet en la región de los sectores más vulnerables de la población y la consiguiente limitación para el ejercicio de otros derechos fundamentales, lo que afecta de forma diferenciada a comunidades indígenas, población afrodescendientes, mujeres, niños, niñas y adolescentes y personas mayores, entre otros grupos²⁴”.

23 UIT. Tecnologías digitales para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. <https://www.itu.int/es/mediacentre/backgrounders/Pages/icts-to-achieve-the-United-Nations-sustainable-development-goals.aspx>

24 Comunicado R206/20. CIDH-RELE. Estados de la región deben acelerar

En el mismo documento se reconoció “las medidas positivas que distintos gobiernos y reguladores del continente han adoptado para garantizar el acceso y continuidad del servicio de acceso a internet y telecomunicaciones. Algunos Estados, como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia o Ecuador, han impedido a las empresas prestadoras de telefonía móvil o fija, Internet y TV por cable la suspensión o el corte de los servicios en casos de mora o falta de pago hasta una determinada cantidad de meses”. Esta cita específica de Argentina es muy importante por cuanto da cuenta de que las medidas tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional en pos de garantizar el derecho a la conectividad y el acceso, cumplen con los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

Finaliza el documento sosteniendo que frente a dicho contexto y “en línea con la Resolución 1/20 sobre Pandemia y Derechos Humanos la CIDH y su Relatoría Especial refuerza el llamado a los Estados a garantizar el acceso a una internet asequible y plural a todos sus ciudadanos y ciudadanas, en especial aquellos grupos de personas en situaciones de vulnerabilidad, e instamos a que lleven a cabo medidas positivas para reducir las brechas digitales. Además de permitir interacciones descentralizadas, instantáneas, sin bloqueos y sin límites de frontera, internet constituye una condición *sine qua non* para el ejercicio efectivo de los derechos humanos, como la libertad de expresión y opinión, de asociación y reunión, así como el acceso a los derechos a la salud, la educación, el trabajo y la cultura”.

II.2. Evolución e involución normativa de las TIC en Argentina

Las ya no nuevas tecnologías de la información y el conocimiento comenzaron a desarrollarse en el país, con alcances más extensivos, a fines de los noventa. Y a partir de aquí es que surgen las primeras normas en la materia, entre cuyos fundamentos no deja de estar presente la fascinación por el fenómeno, representativo de “un claro paradigma de las mejores promesas de la sociedad global²⁵”.

políticas de acceso universal a internet durante la pandemia del COVID-19 y adoptar medidas diferenciadas para incorporar a grupos en situación de vulnerabilidad. Documento oficial disponible en:

<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1182&IID=2>

25 Ver al respecto los Considerandos del Decreto 554/1997 (B.O.: 23/06/1997), en particular la cita corresponde al 4º párrafo.

Más allá de la efusividad de algunos de los fundamentos, es pertinente resaltar que tales medidas, desde su comienzo mismo, fueron enmarcadas constitucionalmente en los derechos de los consumidores y usuarios (art. 42 de la Constitución Nacional) en relación al servicio, como asimismo en el derecho a la libertad de expresión, entendido como derecho humano a la comunicación (cfr. arts. 14 C.N. y 13 de la CADH).

II.2. 1. Decreto 554/1997 (B.O.: 23/06/97): mediante este decreto se declaró de interés nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina “a la red mundial INTERNET, en condiciones sociales y geográficas equitativas con tarifas razonables y con parámetros de calidad acordes a las modernas aplicaciones de la multimedia”.

Véase como la “razonabilidad” de las tarifas ya era un mandato normativo, y entre los fundamentos que integran tal decreto se sostenía la necesidad de promover la competencia en la provisión del servicio a precios razonables y equitativos.

Entre sus fundamentos se destaca que esta declaración supone que internet “es un servicio de telecomunicaciones de características tales que involucra y se proyecta sobre vastos sectores de la vida educativa, sanitaria, cultural, científica e industrial del país”.

II.2.2. Decreto 1279/1997 (B.O.: 1/12/1997): con esta norma se declaró “que el servicio de INTERNET, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social”.

II.2.3. Ley N° 26.032 (B.O.: 17/06/2005): con una mejora en la redacción con respecto al Decreto 1279/1997, esta ley determinó que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. En este sentido queda más claro las diferencias que hay entre el servicio y las facultades que pueden ejercerse a través del mismo como soporte o continente del derecho humano a la comunicación.

II.2.4. Ley N° 26.092 (B.O.: 27/04/2006): mediante esta ley se creó la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anón-

nima, AR-SAT, otorgándose autorización a dicha empresa para el uso de posición orbital y sus bandas de frecuencias asociadas. De esta manera, se constituyó la empresa nacional de telecomunicaciones que, entre sus misiones centrales, tiene la de generar condiciones de igualdad en el acceso a internet en todo el país. Dispone de 33.000 km de fibra óptica desplegada en todo el territorio nacional, más de 1000 localidades conectadas y más de 630 proveedores de internet. Ofrece servicios satelitales en Argentina y en el resto del continente con los satélites geoestacionarios ARSAT-1 y ARSAT-2, según se informa en el portal oficial de la misma disponible en <https://www.arsat.com.ar/servicios>

Esta norma fue complementada años después por la Ley N° 27.208 (B.O.: 4-11-2015), conocida como Ley de Desarrollo de la Industria Satelital y aprobatoria del Plan Satelital Geoestacionario Argentino, declarado de interés nacional y establecido como política de Estado de prioridad nacional.

II.2.4. Ley N° 26.522 (B.O.: 10-10-2009): Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual cuyo objeto es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (art. 1°). Con sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa” de 29/10/2013²⁶ se reconoció la plena constitucionalidad de la norma.

En dicha resolución, el voto mayoritario destacó la existencia de las dimensiones individual y social o colectiva simultáneas del derecho a la libertad de expresión como derecho humano y sostuvo la necesidad de la intervención del Estado en la dimensión social. Así, en el considerando 24 la Corte interpretó “que a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde la actividad regulatoria del Estado es mínima, **la faz colectiva exige una participación activa por parte del Estado**, por lo que su intervención aquí se intensifica. (El resaltado pertenece a la sentencia).

26 <https://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declarar-la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>

En dicha sentencia la Corte marcó una diferencia en relación a la sustentabilidad y rentabilidad de los medios de comunicación audiovisual. Así rescató todos los medios, que dentro de los parámetros de la ley existían y tenían probada sustentabilidad. “No se encuentra probado que la adecuación del Grupo Clarín al régimen de licencias previsto en la ley ponga en riesgo, desde el punto de vista económico u operativo, la subsistencia del grupo ni de cada una de las empresas que lo integran (Considerando 34)”.

La sentencia del máximo tribunal fue el corolario de una necesidad normativa histórica: la redistribución de la palabra que conlleva la redistribución de la riqueza y la pluralidad de voces. Y marcó también la defunción del decreto ley de radiodifusión de la dictadura cívico militar remozada con recetas noventistas, hechas a medida de los intereses de la concentración mediática.

Sin embargo, poco pudo sobrevivir en su integralidad la norma, pues también fue profundamente afectada y desnaturalizada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 267/2015 (B.O.: 4/01/2016) con claros retrocesos en cuanto a la universalidad del derecho humano a la comunicación.

II.2.5. Decreto 459/2010 (B.O.: 7-04-2010): creación del Programa “Conectar Igualdad”. Este fue un hito normativo de vital importancia para la democratización de las comunicaciones y la disminución de la brecha digital, expresión de una política pública específica para el ámbito del derecho humano a la comunicación-educación. Se implementó el programa “Conectar Igualdad.com.ar” de incorporación de la nueva tecnología para el aprendizaje de alumno/as y docentes. En cinco años el Programa otorgó 5.315.000 computadoras en 11.573 colegios²⁷, distribuyendo netbooks entre docentes y alumno/as de escuelas públicas y especiales. Sin embargo, a partir de diciembre de 2015, con la llegada al Ejecutivo Nacional de Mauricio Macri, tal política pública fue dejada sin efecto y recién por Decreto N° 386/2018 (B.O.: 2/05/2018) se lo reemplazó con la creación del Plan “Aprender Conectados” en el ámbito del Ministerio de Educación de la Nación, “a desarrollarse en los establecimientos educativos oficiales del país, como una propuesta integral de innovación pedagógica y tecnológica que comprenderá como núcleos centrales,

27 <https://www.tiempoar.com.ar/nota/adios-al-programa-conectar-igualdad-800-mil-chicos-se-quedaron-sin-netbooks>

el desarrollo de contenidos, el equipamiento tecnológico, la conectividad y la formación docente, que ayude tanto al desarrollo de las competencias de educación digital, como de las capacidades y saberes fundamentales” (art. 1°).

II.2.6. Decreto 1552/2010. (B.O.: 28/10/2010): Creación del Plan Nacional de Telecomunicaciones “Argentina Conectada”. Los ejes estratégicos del mismo fueron “la inclusión digital; la optimización del uso del espectro radioeléctrico; el desarrollo del servicio universal; la producción nacional y generación de empleo en el sector de las telecomunicaciones; la capacitación e investigación en tecnologías de las comunicaciones; la infraestructura y conectividad; y el fomento a la competencia; todo ello abordado desde una óptica universal e inclusiva con el fin de fortalecer la inclusión digital en la República Argentina” (art. 1° del decreto).

En el Anexo I, al describir los ejes estratégicos del Plan, además de la inclusión digital se refiere al fomento de la competencia, afirmando que el mismo se inscribe en una iniciativa fundamental para garantizar la ampliación de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones, como así también la competitividad del sector. “Resulta primordial poder definir programas y proyectos, tales como adecuar créditos e incentivos para el desarrollo de Cooperativas y Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), que fortalezcan la competencia y el ingreso de nuevos operadores, con igualdad de posibilidades para todos los actores que forman parte del Sector de las Telecomunicaciones, en beneficio de los usuarios” (Anexo I, 2. g).

II.2.7. Ley N° 27.078 (B.O.: 19-12-2014): conocida como “Argentina Digital”, declaró de interés público el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados, estableciendo y garantizando la completa neutralidad de las redes y teniendo por objeto el posibilitar el acceso a la totalidad de los habitantes a los servicios de información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad.

II.2.8. Crónica normativa del retroceso.

A partir de diciembre de 2015, con la asunción de Mauricio Macri a la Presidencia de la Nación, las normas y políticas públicas que marcaban la progresividad del derecho humano a la comunicación

tuvieron un duro revés, con una serie de decretos de necesidad y urgencia y decretos que desarticulaban los avances realizados. El escenario de la concentración mediática y telecomunicacional se vio aún más propiciado, permitiéndose entre otras cuestiones, la propiedad cruzada de los servicios de comunicación audiovisual y de las telecomunicaciones. Los cambios en los límites de la multiplicidad de licencias y la desregulación de la TV por cable, favorecieron y acrecentaron la ya de por sí preexistente concentración, llegando a una escala no conocida ni en el país ni en la región.

Para un análisis más profundo y minucioso de la breve reseña que a continuación exponemos, nos remitimos al trabajo del Dr. Damián Loreti, capítulo 2 titulado “Cambios 2016: el Decreto 267, ENACOM y después” publicado en 2020 en el libro: “Futuro por pasado: regresión de derechos en las políticas de comunicación del gobierno de Mauricio Macri²⁸”.

Por **Decreto N° 236/15 (B.O.:23/12/2015)** se intervinieron la AFSCA (Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual) y la AFTIC (Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y la Comunicación), cesaron en sus funciones todas sus autoridades, para luego fusionarlos con la creación del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) a partir del 4 de enero de 2016.

En esa fecha, se dictó el **DNU N° 267/15 (B.O. 4/01/2016)** que reformó parte del articulado esencial de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, como así también de la Ley Argentina Digital, desnaturalizando y fragmentando su contenido, modificando el régimen de límite a la multiplicidad de licencias y excluyendo de dichas limitaciones a la televisión por cable. El 6 de abril de 2016, la Cámara de Diputados lo convalidó²⁹.

Como ha señalado certeramente Damián Loreti, De Charras y Lozano, bajo la forma de supresiones y modificaciones a las leyes de

28 Loreti, Damián; De Charras, Diego; Lozano, Luis; Baladrón, Mariela (editores). “Futuro por pasado: regresión de derechos en las políticas de comunicación del gobierno de Mauricio Macri”, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Universidad de Buenos Aires. Carrera Ciencias de la Comunicación; Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe-IEALC, 2020. Libro digital. ISBN 978-950-29-1880-8. Disponible en:

<http://iealc.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/57/2020/11/FuturoPorPasado2020.Completo.pdf>

29 El DNU N° 267/15 fue declarado válido por Resolución S/N 4 de la H. Cámara de Diputados de la Nación. B.O. 08/04/2016, pág.5.

Servicios de Comunicación Audiovisual y Argentina Digital, se impusieron restricciones de derechos, cuyas consecuencias padecemos hasta la actualidad³⁰.

El 26 de abril de 2016 se celebró un Washington una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la que concurrieron organizaciones de la sociedad civil y representantes del Estado argentino, en la que los peticionarios, en la voz del CELS, AMARC, REDCOM, y otros, expusieron ante los Comisionados las graves violaciones que como hechos consumados se venían produciendo y ya afectaban gravemente al derecho a la comunicación consagrado en el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esa audiencia, el Estado argentino se comprometió a tramitar ante el Congreso de la Nación un nuevo proyecto de ley de comunicaciones que nunca llegaría a cumplir ni a presentar, caracterizándose las normativas del tema durante todo el período por ser mediante decretos y resoluciones, sin debates parlamentarios.

Mediante el **Decreto N° 1340/16 (B.O.: 2/01/2017)** bajo la excusa de la “convergencia”, se implementaron normas para alcanzar “un mayor grado de convergencia de redes y servicios en condiciones de competencia, promover el despliegue de redes de próxima generación y la penetración del acceso a Internet de Banda ancha en todo el territorio nacional, de conformidad a lo dispuesto por las Leyes N° 26.522 y 27.078”. Se facilitó de este modo el “cuádruple play”, posibilitando que un mismo prestador tenga los servicios de telefonía fija, celular, conexión a internet y televisión por cable.

Así, se arribó al 10 de diciembre de 2019, con el cambio democrático de gobierno, ante un escenario comunicacional y de telecomunicaciones sin precedentes, en el que la regresividad de los derechos humanos fue ostensible tanto en el plano jurídico como en lo social, cultural y económico.

Como sostiene el Dr. Damián Loreti, con este último decreto se “volvió a transformar en ilusoria la discusión de una ley respetuosa de los estándares de libertad de expresión, porque se impuso el modelo de generación de reglas basadas solo en los negocios y no en los derechos”.

30 Loreti, Damián; De Charras, Diego y Lozano, Luis. “El Decreto 267 y el fin de los debates”. Página 12, 8 de enero de 2016. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-289841-2016-01-08.html>

III. 2020: el año de la pandemia. La imperiosa necesidad de la conectividad. El rol del Estado y el deber del Derecho.

En marzo de 2020 nuestras vidas cambiaron. “Cuidarte es cuidarnos” fue el mensaje oficial que conjugó la dimensión individual y social del derecho a la salud y a la vida. Nos invitó a la responsabilidad a partir de nuestros propios actos y a pensar cómo inciden éstos en los derechos de los y las demás.

En el marco de la pandemia, los temas centrales tuvieron que ver con la atención de la emergencia sanitaria cuya atención resultaba imperiosa. Pero también en ese marco, se puso en evidencia la necesidad de entender a las TIC como esenciales para la realización de todos los derechos humanos. En este contexto, aprendimos que no hay salud, ni educación, ni formación, ni trabajo, ni acceso a la justicia, ni relación con el Estado, ni relaciones afectivas, familiares y sociales posibles sin la disponibilidad de telefonía celular o acceso a internet como pautas básicas. El derecho a la conectividad se nos presenta de este modo como derecho instrumental para la realización de otros derechos, y pone en praxis el principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

Y fue en este contexto que con fecha 22-08-2020 se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 690/2020. La norma es central para el avance concreto y efectivo del derecho a la comunicación ya que establece que los servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia, debiendo garantizarse por parte del Estado su efectiva disponibilidad.

Al respecto ha señalado Graciana Peñafort³¹: “La declaración como servicios públicos tanto de los servicios TIC como de la telefonía móvil tiene consecuencias concretas. Implica en primer término que los servicios públicos están sujetos lo que en derecho administrativo se llama régimen exorbitante, esto es regímenes de derecho público bien diferentes al derecho común. Como señala Agustín Gordillo, “el poder público se hace así presente a través de un régimen jurídico especial

31 Peñafort, Graciana. “Gigantes con pies de barro. Los servicios de comunicación son un derecho, no simples mercancías”, 31/01/2021. El Cohete a la Luna. Disponible en: <https://www.elcoheteealaluna.com/gigantes-con-pies-de-barro/>

que subordina los intereses privados al interés público, fundamentalmente en razón de proteger la continuidad del servicio”.

También aclara que ello implica que “ese servicio debe reunir las siguientes características: a) debe ser general (generalidad), esto es que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio; b) deben ser prestados uniformemente (uniformidad) esto es que todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones; c) deben ser prestados de modo regular (regularidad), esto significa que deben prestarse conforme reglas y condiciones preestablecidas; y d) deben ser prestados en forma continua (continuidad), esto es que deben prestarse sin interrupciones, cada vez que aparezca la necesidad de contar con el servicio por parte del usuario.

Además los prestadores de servicios públicos tienen el deber de ofrecer prestaciones básicas, universales y obligatorias, es decir servicios a tarifas diferenciadas, más baratas para que puedan acceder a ellas todos los ciudadanos”³².

El DNU N° 690/2020, asimismo establece que los servicios de TICs deben fijar sus precios, “los que deberán ser justos y razonables”, debiendo cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación.

Por otra parte, desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 se determinó el congelamiento de las tarifas de los servicios de internet, telefonía celular y la televisión por cable en cualquiera de sus modalidades. La suspensión de todo aumento también se aplica a los servicios de televisión satelital por suscripción.

Se designó como autoridad de aplicación de estas modificaciones normativas, dándole también atribuciones reglamentarias, al ENACOM (Ente Nacional de Comunicaciones).

La necesidad de acceder a las TIC es un derecho básico para estar comunicados y comunicadas. Necesidad y derecho. Servicio esencial en el que el Estado tiene un rol central en la regulación.

Por supuesto queda una tarea inmensa para realizar, desde el Estado y desde la comunidad, con políticas públicas inclusivas con colaboración e intervención interministerial e intersectorial; establecer las pautas del desarrollo de la infraestructura de todos los servicios TICs; implementar medidas de cobertura geográfica; propender a una mayor apertura competitiva de explotación; garantizar la prestación básica universal obligatoria, atender al federalismo comunicacional;

32 Idem nota 30.

abordar las sinergias con los servicios de comunicación audiovisual en general; analizar las capacidades, aptitudes y competencias de las provincias y los municipios, entre muchas otras medidas, acciones y caminos abiertos.

Volver a ponernos en marcha luego de tantos retrocesos no es fácil, es una tarea colectiva que nos involucra activamente como ciudadanía, como pueblo.

Me permito terminar este trabajo, trayendo aquí una cita textual de las palabras que el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el Dr. Eduardo De Lázari, nos diera a los abogados y abogadas en la XIX Conferencia Nacional de Abogacía celebrada en el Colegio de Abogados de La Plata. Allí nos instó con este mensaje que urge a la acción y nos saca de toda posible inercia en el Derecho.

“El derecho debe ser petitionado, articulado y concedido en función de los que no pueden anticiparse a los peligros, de los que se hallan imposibilitados de hacer frente a determinados riesgos, de los que quedan indefensos ante fenómenos económicos y sociales que no los tienen como autores y sí como perjudicados, de los que no pueden comprender ciertos hechos ni superar las consecuencias dañosas que traen. El derecho debe suplir la ignorancia, la incompreensión, la confusión, el desamparo, la injusticia social. El derecho debe actuar en representación de los débiles, de los marginados, de los desprotegidos. O, si quieren decirlo de otra manera, el derecho no puede estar para ponerse del lado de los poderosos, de los que tienen todo, de los faltos de solidaridad, de los acomodaticios y los complacientes. El derecho, tal cual hoy debe ser entendido, tiene como principios el de afianzar la justicia, el de permitir que todos accedan a ella, el de proteger al desvalido, el de anticiparse a los daños, el de paliar las desventajas y las privaciones, el de entregar a cada quien aun lo que no es suyo, pero que le corresponde”³³.

Porque la conectividad y el acceso a las TIC nos corresponde como derecho, y por ende, no es una mercancía.

33 De Lázari, Eduardo. Palabras del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Eduardo de Lázari en el acto de apertura de la “XIX Conferencia Nacional de Abogacía”. Colegio de Abogados de La Plata, 24 de abril de 2019. Disponible en: <http://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/DISCURSO-DE-APERTURA-DR.-EDUARDO-NESTOR-DE-LAZZARI.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

- Botero, Catalina. Relatora Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13. 31 diciembre 2013 Original: Español Documento disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf
- Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Declaración de principios. “Construir la Sociedad de la Información: un desafío global para el nuevo milenio”. 10 a 12 de diciembre de 2003, Ginebra. Documento WSIS-03/GENEVA/4-S. 12 de mayo de 2004. Original: inglés. El documento referido se encuentra publicado oficialmente y disponible en: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html>
- Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información. Plan de Acción. Documento WSIS-03/GENEVA/DOC/5-S. 12 de mayo de 2004. Original: inglés. Disponible en: <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/poa-es.html>
- CMSI. Documentos Finales. Diciembre de 2005. Unión Internacional de Telecomunicaciones. Textos oficiales disponibles en: <https://www.itu.int/net/wsis/outcome/booklet-es.pdf>
- De Lázari, Eduardo. Palabras del Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Dr. Eduardo de Lázari en el acto de apertura de la “XIX Conferencia Nacional de Abogacía”. Colegio de Abogados de La Plata, 24 de abril de 2019. Disponible en: <http://www.calp.org.ar/wp-content/uploads/DISCURSO-DE-APERTURA-DR.-EDUARDO-NESTOR-DE-LAZZARI.pdf>
- FEDUBA. Conversatorio “Internet como servicio público. Tics y derechos en pandemia”, organizado por FEDUBA (Federación de Docentes Universitarios de la UBA), 3/09/2020.
- Disponible en: <https://www.feduba.org.ar/2020/09/04/internet-como-servicio-publico-tics-y-derechos-en-pandemia-2/>
- Henricot, Pamela. “Los medios de comunicación y el derecho a la información: reflexiones sobre las resistencias regulatorias”, 14/12/2020. Broquel, la revista de la Procuración del Tesoro. Disponible en: <https://broquel.ptn.gob.ar/broquel/2020/12/14/lesmedios/>
- Lanza, Edison. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente / Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf
- La Rue, Frank. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011.
- Loreti, Damián; De Charras, Diego; Lozano, Luis; Baladrón, Mariela (editores). “Futuro por pasado: regresión de derechos en las políticas de comunicación del gobierno de Mauricio Macri”, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Universidad de Buenos Aires. Carrera Ciencias de la Comunicación; Instituto de Es-

- tudios de América Latina y el Caribe-IEALC, 2020. Libro digital. ISBN 978-950-29-1880-8. Disponible en: <http://iealc.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/57/2020/11/FuturoPorPasado2020.Completo.pdf>
- Loreti, Damián; De Charras, Diego y Lozano, Luis. “El Decreto 267 y el fin de los debates”. Página 12, 8 de enero de 2016. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-289841-2016-01-08.html>
- Lynn, Virginia. “El acceso a Internet como servicio público”, publicado el 8/09/2020 en Broquel, la revista de la Procuración del Tesoro. Disponible en: <https://broquel.ptn.gob.ar/broquel/2020/09/08/el-acceso-a-internet-como-servicio-publico/>
- OEA. CIDH. Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet. Texto oficial disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>
- ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, 32º período de sesiones. Tema 3 del programa Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf
- Peñafort, Graciana. “Gigantes con pies de barro. Los servicios de comunicación son un derecho, no simples mercancías”, 31/01/2021. El Cohete a la Luna. Disponible en: <https://www.elcohetetaluna.com/gigantes-con-pies-de-barro/>
- UIT. Tecnologías digitales para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. <https://www.itu.int/es/mediacentre/backgrounders/Pages/icts-to-achieve-the-united-nations-sustainable-development-goals.aspx>
- UNESCO “Universalidad de Internet: un medio para crear sociedades del conocimiento y la agenda de desarrollo sostenible después de 2015”, 2/09/2013. Versión digital disponible en: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/internet_universality_es_01.pdf

DOCUMENTACIÓN Y SITIOS OFICIALES CONSULTADOS

- Boletín Oficial de la República Argentina. <https://www.boletinoficial.gob.ar/>
- Constitución Nacional
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- CSJN. Consulta de fallos. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Información Legislativa y Documental. INFOLEG. http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=112
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH-OEA. Sitio oficial. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>
- Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT. Sitio oficial: <https://www.itu.int/>

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

De la subsidiariedad a la solidaridad

PABLO OCTAVIO CABRAL¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 216-255. Recibido 18/03/2022 - Aceptado 22/03/2022

Sumario: En este trabajo se intenta encontrar alguna explicación respecto de la relación entre los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales y su efectividad concreta en cada sociedad específica, a partir del modelo político ideológico de organización institucional y jurídica del Estado. Es decir, el tipo de regulación de estos derechos fundamentales y sus garantías (primarias y secundarias), adquiere posibilidades de efectividad a partir del tipo de principio rector de todo el sistema jurídico político institucional, es decir la existencia de las garantías jurídicas contra las desigualdades dependerá también del impacto en el sistema constitucional del principio de *subsidiariedad* o del principio de *solidaridad*.

Palabras clave: Subsidiariedad; Solidaridad; Derecho Administrativo.

Abstract: This paper attempts to find an explanation regarding the relationship between the fundamental rights recognized in constitutional texts and their concrete effectiveness in each specific society, based on the political-ideological model of institutional and legal organization of the State. That is, the type of regulation of these

¹ Abogado (UNLP, 1997), Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP, 2003), integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico –UNLP–, Director de la Revista Derechos en Acción –UNLP–, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Sub Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.



fundamental rights and their guarantees (primary and secondary), acquires possibilities of effectiveness from the type of guiding principle of the entire institutional political legal system, that is, the existence of legal guarantees against inequalities. It will also depend on the impact on the constitutional system of the principle of subsidiarity or the principle of solidarity.

Key words: subsidiarity, solidarity, administrative law

I. INTRODUCCIÓN

En la hermana República de Chile, se consolidó durante décadas un modelo de Estado neoliberal que generaba evidentes desigualdades sociales que, durante mucho tiempo fueron toleradas por su pueblo, hasta que tales inequidades –especialmente en el goce y disfrute del derecho a la educación– fueron resignificadas por la mayoría de personas excluidas o sojuzgadas –en especial los jóvenes–, produciendo una masiva protesta social en las calles, como reacción a situaciones de igualdad intolerables y excesivas. Posteriormente esa lucha se institucionalizó y hoy se está reformando la constitución nacional en dicho país.²

Este caso –al igual que otros– me lleva a preguntarme si, mientras las desigualdades jurídicas derivada del propio funcionamiento mercantil de los derechos patrimoniales son aceptadas o toleradas por la mayoría: ¿Los derechos sociales fundamentales que reconocen –por ejemplo, el acceso a la educación– son exigibles? ¿Se trata de derechos subjetivos ejecutables ante los jueces?, ¿Son válidas y aplicables las garantías contra esas desigualdades?

Posiblemente encontremos alguna explicación, no sólo en la regulación específica de estos derechos fundamentales y sus garantías (primarias y secundarias), sino en el principio rector de todo el sistema jurídico político institucional, es decir la existencia de las garantías jurídicas contra las desigualdades dependerá también del impacto en el sistema constitucional del principio de *subsidiariedad* o del principio de *solidaridad*.

El pleno de la Convención Constitucional aprobó el lunes 11 de

² Cordero Vega, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, La Ley – Thomson Reuters–, Santiago de Chile, 2015.

abril de 2022 el primer artículo del borrador de la nueva Constitución Política de Chile, el cual deja atrás la definición de Chile como un Estado subsidiario³ y pasa a ser una república solidaria bajo un modelo de Estado social y democrático de derecho:

“Artículo 1: Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico (inc.1). Se constituye como una **República solidaria**, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza (inc.2). La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo (inc.3).”

Según explicó el constituyente Jaime Bassa; “la Constitución vigente establece el principio de subsidiariedad del Estado, es decir, un Estado que puede participar en la economía solo cuando los privados no quieran o no puedan hacerlo. Esto, ya que es un Estado abstencionista y no intervencionista, cuyo rol en la actividad económica se ve limitado a reforzar la actividad de personas y grupos intermedios frente a su desinterés o insuficiencia”⁴.

Por su parte, el profesor de derecho constitucional y convencional constituyente, Fernando Atria, explicó lo siguiente: “El Estado social, en esta Constitución, es la superación del Estado subsidiario o neoliberal. El Estado neoliberal niega los derechos sociales, transformándolos en mercancía y organizándolos conforme a los principios

3 Constitución de la República de Chile, art. 1º, inciso 3º: “El estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

4 Ver Diario Concepción, miércoles 13 de abril de 2022, nota: “Convención aprueba Artículo 1 de la nueva Constitución: “Chile es un Estado social y democrático de derecho”.

del mercado. El Estado neoliberal está dispuesto a subsidiar a los más pobres, de modo de aliviar las consecuencias de su pobreza. Pero se desentiende de la demanda de igualdad, de construir esferas en las que concurráramos todos como iguales. El Estado social adquiere la forma política de república solidaria. ¿Qué es una república solidaria? *Solidaridad*, es uno de esos conceptos cuyo significado originario es jurídico, y se usaba para describir una forma especial de responsabilidad, llamada solidaria, que respondía a la lógica *de uno para todos, todos para uno*: cada uno de varios deudores responde por el total, cada uno de varios acreedores puede requerir el pago del todo... Esta idea: que las instituciones fundamentales orientadas a asegurar derechos sociales han de ser instituciones informadas por el principio de solidaridad, y que por eso Chile ha de ser un Estado Social y Democrático de Derecho que asuma la forma política de una república solidaria, está en el centro de lo que el pueblo chileno ha estado demandando desde al menos dos décadas. El hecho de que fuera una demanda ignorada, neutralizada por la Constitución tramposa, es parte fundamental de lo que llevó a que esa constitución fuera desahuciada por el pueblo en octubre de 2019. El artículo 1º propuesto es, así, una manifestación del poder constituyente del pueblo.”⁵

Encontrándose el país trasandino en un proceso de suplantación del principio rector de subsidiariedad por el de solidaridad, creo particularmente interesante repasar cómo estas pautas o estándares son interpretados en nuestro derecho administrativo argentino.

II. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LAS TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En las últimas décadas en nuestra región, los textos constitucionales dejaron de ser un instrumento de organización instrumental del

5 Agrega Fernando Atria que: “Del derecho civil la idea de solidaridad transitó a la política, para describir la misma unificación de intereses que fue parte fundamental de las luchas laborales y sindicales a través de los cuales los trabajadores demandaron y obtuvieron el reconocimiento de derechos sociales: al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a la vivienda. Y entonces “solidaridad” empezó a ser usada para describir las instituciones a través de las cuales esta idea se realiza, que son instituciones que descansan en la misma idea de “uno para todos, todos para uno”: instituciones que asumen, a diferencia del mercado, que tenemos un interés común en asegurarnos recíprocamente las condiciones materiales de la libertad, en seguridad social, en salud, en educación, etc.”. Blog personal del autor.

poder -mediante la asignación de competencias ejecutivas, legislativas o judiciales- transformándose en el vehículo por el que valores y principios se incorporan a los sistemas jurídicos.

Este fenómeno genera problemas de legitimación en el propio sistema y nos obliga a repensar el modo en que el poder judicial interpreta creativamente el ordenamiento jurídico. Explica Duquelsky Gómez que; “la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas. En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de Dworkin a la teoría de las reglas de Hart. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado solo por normas sino también por directrices y principios. Ahora bien, la crisis del legalismo normativista y el surgimiento de esta larga lista de teorías *no positivistas* —muchas además constitutivas o al menos íntimamente ligadas al llamado *neoconstitucionalismo*—, han generado una doble preocupación: en un sentido, que, ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, y la consecuente ampliación del poder de los jueces, se pongan en riesgo garantías constitucionales de los ciudadanos. En otra línea, que el mayor poder asumido por los jueces derive en un detrimento de la voluntad popular expresada a través de la representación legislativa.”⁶.

En la definición del concepto de los principios jurídicos —como vimos- se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas. La primera distinción que haremos es entre los principios generales del derecho y aquellos principios jurídicos de una rama específica de la ciencia jurídica como los principios del derecho constitucional o los principios del derecho administrativo. En este punto no nos referiremos a los principios específicos de un área jurídica en particular, sino de aquellas directrices que se aplican a la totalidad del derecho.

La clásica definición positivista de los principios generales del derecho expuesta por Carnelutti dice que éstos no son algo que exista fuera sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, agregando gráficamente que se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el

6 Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

espíritu o esencia de la ley⁷.

Así, los principios se obtienen inductivamente del análisis de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se parte de las normas individuales que integran el sistema jurídico y se obtiene un principio superior o general que orienta el derecho positivo particular.

Desde una postura crítica del iuspositivismo, Ronald Dworkin define los principios como estándares que han de ser observados porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Aquí los principios son previos o anteriores al ordenamiento jurídico positivo y constituyen verdades supremas del derecho nacidas de la lógica y la ética y que por ser racionales y humanas son universales⁸.

Eduardo García de Enterría describió a los principios generales del derecho como una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica⁹.

Buscando una delimitación del concepto seguiremos un trabajo de Genaro Carrió donde destaca los diversos significados que en los ámbitos jurídicos se le otorga a la palabra principios, vinculándolo; 1) Con las ideas de “propiedad fundamental”, “núcleo básico”, “característica central”; 2) Con las ideas de regla, guía, orientación o indicación generales; 3) Con las ideas de “fuente generadora”, “causa” u “origen”; 4) Con las ideas de “finalidad”, “objetivo”, “propósito” o “meta”; 5) Con las ideas de “premisa”, “inalterable punto de partida para el razonamiento”, “axioma”, “verdad teórica postulada como evidente”, “esencia”, “propiedad definitoria”; 6) Con las ideas de “regla práctica de contenido evidente”, “verdad ética incuestionable”; 7) Con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “proverbio”, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición”¹⁰.

El concepto de principios jurídicos que utilizaremos aquí, si-

7 Carnelutti, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo*, 1936, Padova, p. 120.

8 Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

9 García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder”, 1983, Ed. Civitas, Madrid, p. 42 y ss.

10 Carrió, Genaro R., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot, p. 209.

guiendo a este autor, no coincide con las diversas ideas antes expuestas, sino que presenta las siguientes características: 1) Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. 2) Están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado. 3) Disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas “lagunas del derecho”. 4) Tienen un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica. 5) Los llamados principios generales del derecho integran nuestro ordenamiento jurídico, y disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones: i) Informadora: Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico; ii) Normativa: Sirven para llenar los vacíos legislativos actuando en forma supletoria en caso de ausencia de norma; por ello se afirma que los principios son medios de integrar el derecho; iii) Interpretadora: Esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

Estas miradas clásicas sobre los principios generales del derecho adquieren una especial relevancia a partir de la instalación de las teorías pos positivistas y la aparición de las visiones neo constitucionales que desembarcaron en nuestro ordenamiento jurídico vigente, a través de la reforma constitucional de 1994 –principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos- y –luego de ello- en el proceso de constitucionalización del derecho privado.¹¹

Así, el nuevo Código Civil y Comercial argentino –que vino a reemplazar la obra de Vélez Sarfield¹²- realiza una modificación estruc-

11 Ver Ruiz Manero, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018.

12 El Código Civil de Vélez Sarfield, en su art. 15 imponía a los jueces la obligación de fallar o resolver los casos que les son planteados por las partes. Decía esta norma que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto

tural de la forma en que se construye y desarrolla el fenómeno jurídico en nuestra nación, ya que dispone la interpretación y aplicación de las normas a partir y desde los principios y valores jurídicos de una forma coherente con el ordenamiento (arts. 1° a 3°, Ley N° 26.994).

En palabras de Amos Grajales: “Por ello el cambio no es de aquellos que puedan entenderse como intra sistémicos, sino que claramente modifican las bases sobre las que se sostiene el propio sistema. O, mejor dicho, cambia lo que entendemos que resulta ser ese sistema mismo. Lo que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se entendía por derecho, lo que hasta ese momento se entendía cuál era la función del juez, mutó. Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial. Todo ello con un solo artículo del Código de apenas cuatro renglones (art. 2° del Código). Los jueces ya no podrán ser la boca inanimada de la ley.”¹³

En efecto, el artículo 2 de código civil y Comercial de la Nación establece: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” En el siguiente artículo dispone el nuevo código: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

En el actual sistema jurídico argentino los jueces adquieren una centralidad, no solo en la interpretación del derecho, sino en la construcción de nuestro ordenamiento convencional, constitucional y

de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. El art. 16 del mismo texto establecía una pauta de interpretación de las cuestiones civiles que se ha extendido a la totalidad del ordenamiento: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. En autos “Petruccelli, F. y otro v. Municipalidad de la Capital” resolvió la Corte Suprema de la Nación que la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del Derecho Privado para proyectarse como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno (Corte Sup., fallo del 13/6/1989, publicado en JA 1990-II-93).

13 Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III. Ver también: Grajales, Amós Arturo y Negri, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.

legal. Siguiendo a Grajales; “El sentido de la norma ya no será descubierto en elementos propios de la norma o en las palabras que el legislador hubiera podido dejar a la posterioridad en la exposición de motivos de las leyes o en otros textos contemporáneos a ella. Poco importa ya lo que ha querido decir el legislador sino intentar otorgar un significado de las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país. Es importante reiterarlo, el art. 2° del Código es un salto a la discrecionalidad y a la creación por parte del juez. Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad (Nino). Si la norma fue creada con anterioridad a un tratado de derechos humanos, poco importa lo que quiso el legislador si ello no es compatible con esas nuevas normas supranacionales.”¹⁴

En base a dicha transformación del mecanismo de resolución de casos y aplicación del derecho por parte de los jueces adquiere relevancia las llamadas teorías de la argumentación jurídica.

A partir del trabajo del jurista alemán Robert Alexy¹⁵, cuyas ideas fueron difundidas en Hispanoamérica por el profesor Manuel Atienza¹⁶ —para quién el derecho consiste fundamentalmente en argumentar—, la presencia y peso de las teorías de la argumentación jurídica es innegable en la actualidad del derecho argentino. Según explica Omar Vázquez Sánchez, la teoría de la argumentación jurídica: “ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico: este nuevo enfoque jurídico, por cierto, difícil de retroceder en los modernos estados constitucionales, nos viene a recordar la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión, etc., del Derecho. Es decir, el Derecho en el constitucionalismo

14 Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III.

15 Alexy, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2007.

16 Atienza, Manuel: *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

es argumentación”¹⁷. Si bien aquí no procede ni es posible desarrollar todas las implicancias de su impacto en nuestra tarea, sí es mi intención referirme al impacto de esta construcción teórica de la interpretación del derecho nacional.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO Y SU POSICIONAMIENTO IDEOLÓGICO FRENTE A LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Pasando ahora al sector del campo jurídico ocupado por el *Derecho Administrativo*, relevaré superficialmente las posturas ideológicas (en este caso destacando el rol del estado y la justicia distributiva) de los autores más relevantes del período estudiado. Tal relevancia se encuentra determinada por la centralidad de su posición dentro del campo en estudio y la acumulación de diversos capitales que les permiten a estos doctrinarios decir que dice el derecho administrativo. Sus posiciones ideológicas —en muchos casos— dieron contenido a concretas políticas públicas de los últimos gobiernos nacionales.

En líneas generales la doctrina administrativista referida propone al derecho administrativo como una herramienta de protección de los derechos individuales (libertad, propiedad) frente al Estado, postulando un equilibrio entre autoridad y libertad. Entiendo una pieza clave para desentrañar el sentido de justicia distributiva de la doctrina administrativista hegemónica es su posicionamiento frente a la posibilidad de efectivizar judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ejemplo, Agustín Gordillo, desde una de sus primeras obras (“Introducción al Derecho Administrativo”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962; “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974) desarrolla un capítulo dedicado a las “Bases políticas, constitucionales y sociales del derecho administrativo”. Allí, partiendo de definir al derecho administrativo como la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial contra ésta, expone la oposición entre igualdad y libertad, articulados en posturas políticas e ideológicas sobre las cuales se construyeron dos modelos de estatalidad (Estado liberal de Derecho

17 Vázquez Sánchez: “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 12, 2009, pp 99-134.

y Estado de Bienestar) proponiendo un equilibrio y complementariedad entre las garantías individuales y las garantías sociales.

Sobre la posibilidad de efectivización de los derechos sociales, cuestión que plantea en su tratado de derecho administrativo desde las primeras ediciones, se inclina por su carácter programático. Dice al respecto que; “Según la formulación que se les dé, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la misma sanción de la norma constitucional y sin necesidad de norma legislativa alguna que los reglamente, o podrán en cambio resultar meros derechos programáticos, normas de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no deciden por su cuenta efectivizarlos”, agregando como conclusión que “generalmente la enunciación constitucional de tales derechos tendrá un mero carácter programático, y no será el actual y real conferimiento al individuo de un derecho subjetivo...”¹⁸.

Luego de la reforma constitucional de 1994, el Profesor Gordillo edita dos obras en las que abordó dos cuestiones de actualidad para el derecho administrativo de la década del noventa; los derechos humanos¹⁹ y la reforma del Estado²⁰. Sobre la cuestión de la efectivización de los derechos sociales, a la luz del nuevo texto constitucional y la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos, el autor mantuvo su postura clásica, radicalizando su posición contraria a la posibilidad de judicializar los derechos sociales.

Así sostuvo este autor que; “Nadie duda que es políticamente hermoso, hasta poéticamente atractivo, sostener que todo el mundo tiene derecho a tener satisfechas todas sus necesidades básicas en cualquier campo, sea él salud, vivienda, educación, cultura, progreso. Pero en esa fraseología se desliza un grave inconveniente: quienes así hablan o escriben se olvidan que han hecho un cambio de paso, y ya no están hablando de derecho como si fueran abogados o juristas, hombres del foro o de la justicia, profesores o estudiantes de derecho, sino que hablan de derecho como si fueran personas que desconocieran el sig-

18 Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974, p.III-28.

19 Gordillo, Agustín y Flax, Gregorio: *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.

20 Gordillo, Agustín; *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

nificado técnico jurídico de la palabra en el ámbito forense. Es como si tal vez pensarán que la palabra puede usarse también para describir aspiraciones o pretensiones que no son susceptibles de ser llevadas con éxito ante un tribunal de justicia en parte alguna del mundo. Allí, obviamente quienes emplean de ese modo la palabra “derecho” no hacen sino crear un mar de confusiones. Podrán fundarlo sin duda en consideraciones políticas, axiológicas, sociológicas, éticas, morales, religiosas, en principios universales; podrán invocar textos de carácter internacional que de algún modo u otro lo digan: pero lo cierto, lo concreto, es que no pueden ignorar que no pueden interponer una demanda contra el Estado y ganarla con ese planteamiento. No obtendrán sentencia favorable en ninguna instancia, perderán simplemente el juicio, al menos hoy por hoy. Es indispensable no crear en el joven alumno confusiones entre el derecho y otras ciencias sociales, o la política, o las aspiraciones, los sueños, los compromisos éticos, las obligaciones de solidaridad, etc.”²¹

En su obra “Después de la Reforma del Estado”, Gordillo se refirió a la política de desregulación del mercado y de privatización de empresas y actividades estatales desarrolladas en la década del 90, compartiendo la necesidad de realizar tales transformaciones, aunque dejando sentada la necesidad de completar las reformas pendientes.

Así dijo que “Ya a comienzos de la década del 80 los organismos en un cambio de orientación. Anticipaban el nuevo papel del Estado en el proceso económico y social. En poco tiempo más la crisis económica se transforma en crisis política, con el fin del gobierno soviético y el triunfo del libre mercado, la crisis del modelo burocrático, la sensación del fracaso de la empresa y en general la propiedad pública, privatizaciones por doquier. Desregulación desmonopolización, privatización, dejan de ser banderas políticas inglesas o norteamericanas, son políticas económicas mundiales, del Oeste y del Este, de las naciones y organismos multinacionales de los cuales depende nuestro crédito externo: *las ideologías son más potentes que los Estados*. También en nuestro país, desde luego, se comenzó en esa década a postular la desregulación y a prestar atención a la protección del consumidor...La reforma que venimos de explicar ha desarmado mucho del viejo aparato estatal, pero le ha faltado ajustar el resto a la nueva dinámica que ha creado. Corre con ello el riesgo de quedar

21 Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, p.VI-34.

claudicante frente a la nueva realidad que ha creado.”²²

Concluyo con la transcripción de la opinión de Jorge Luis Salomoni sobre la obra del autor en análisis: “Agustín gordillo, por su parte, no solamente coincide con los autores citados (Cassagne y Ariño Ortiz), sino que avanza un paso más en la argumentación, en lo que aquí importa, al sostener que el intervencionismo estatal anterior a la reforma del Estado no reconocía legalidad constitucional, o mejor aún, que el intervencionismo fue producto de una jurisprudencia permisiva y no de la propia teoría del Estado plasmada en nuestra constitución. Podría decirse que tal aseveración (de Gordillo) constituye más que una hermenéutica jurídica, una exposición ideológica del autor. La exposición de la visión ideológica con que mira al ordenamiento jurídico.”²³

Juan Carlos Cassagne, por su parte, desde una postura iusnaturalista, declaró la muerte del Estado benefactor y el nacimiento del Estado Subsidiario, rechazando todo dirigismo estatal con fundamento en que la intervención del Estado debe regirse siempre por el principio de la suplencia o subsidiariedad; “La quiebra del modelo que caracterizó al denominado Estado benefactor está a la vista de todos. La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares iure proprio. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales, y, aún, en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares... En síntesis, si el bien común que constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquélla. En otros términos, que la subsidiariedad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de

22 Gordillo, Agustín; *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, p.I-25.

23 Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 344.

las libertades del hombre”²⁴

Respecto de la justicia, adhiere a la postura de Santo Tomás de Aquino, en tanto la considera como el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho. Para Cassagne, el alcance de la justicia distributiva respecto de cada persona debe ser valorada a la luz de criterios morales –calidad, aptitud o función de cada miembro del cuerpo social- para en base a ellos determinar la porción que la sociedad le debe a cada una de ellas. Así sostiene que “El equilibrio de la doctrina sobre la justicia descansa en la subordinación de lo político, social, económico y jurídico a la moral y, en definitiva, en la perfección del hombre, sin la cual no pueden existir ni imponerse el orden y la paz, por la sencilla razón de que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella”²⁵. Por otra parte, se opone a aceptar que en el ámbito del derecho público exista una identificación con la justicia distributiva.

José Roberto Dromi, se enmarca en las posiciones generales descriptas respecto del régimen jurídico administrativo. Así sostiene que: “El orden predica obligadamente el poder y el derecho. El orden se expresa en derecho y se organiza como poder, Poder y derecho son atributos esenciales, propios del orden, exigidos por la esencia del ser estatal. Luego, en su actuación, poder y derecho especificarán en la existencia una organización y un ordenamiento jurídico, público y administrativo de carácter básico, que explicita las relaciones fundamentales entre sociedad (Estado, autoridad, Administración) y persona (individuo, libertad, administrado).”²⁶

Rodolfo Barra defendió con éxito su tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina el 17 de marzo de 1980 bajo el título “El derecho administrativo como sistema de derecho público en el marco de la justicia distributiva”. En junio del mismo año la tesis fue publicada, con prólogo de Juan Carlos Cassagne, bajo el título “Principios de derecho administrativo”, contenido casi veinte años más tarde replicado en su primer tomo del “Tratado de

24 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, p. 65.

25 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, p. 59.

26 Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 7.

Derecho Administrativo”²⁷. El prologuista de su ópera prima afirmó que: “La aceptación de esa visión cristiana del derecho, concebido como el objeto de la justicia, con sus distintas especies, no implica, como bien se señala en la obra, que la sociedad de nuestros tiempos deba desatender el peligro que representa la ampliación progresiva de las competencias estatales, lo cual puede conducir a la despersonalización del hombre, sumergido en un proceso de socialización creciente, donde todo lo espera del Estado”.

Así, Barra desarrolla en su obra las relaciones existentes entre los principios que rigen la justicia distributiva y las instituciones de derecho público y se propone “la distinción radical entre el derecho público y el derecho privado, en función de las distintas especies de la virtud de la justicia y su relación con el bien común, como adecuado instrumento para una mejor comprensión del derecho administrativo...En realidad, la base de este estudio, no pretende más que recordar las enseñanzas de la perenne filosofía tomista y de la moderna doctrina social pontificia, para aplicar sus conclusiones a una rama determinada de la ciencia jurídica”²⁸.

Inicia el desarrollo de sus ideas sosteniendo la prevalencia del principio de subsidiariedad respecto de las funciones del sector público; “por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias- no puede o no deba desarrollarse. La aplicación del principio de subsidiariedad importará regular los límites de las competencias estatales y, por consiguiente, fijar los alcances de todas las competencias sociales”²⁹. Si bien releva la aparición del Estado Social o de Bienestar, concluye a su respecto que “Se nos presenta así una dramática paradoja: la extensión de las competencias estatales, respondiendo a una exigencia del bien común, puede significar la tumba de este mismo bien común por la importante cuota de socialización despersonalizante que trae aparejada”³⁰.

27 Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Abaco, Buenos Aires, 2002, Tomo I.

28 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 23.

29 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 37.

30 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 56.

Como ya veremos en los siguientes puntos, los orígenes del principio de subsidiariedad, defendido abiertamente tanto por Barra como Cassagne y aplicado por Dromi, se pueden encontrar en la teoría social de la iglesia (Encíclica *Quadragesimo Anno*; “toda actividad social es subsidiaria por esencia y su misma definición”) y en la obra de Johannes Messner –referencia reiterada en la obra de Barra- para quien; “El principio de subsidiariedad muestra que el bien común no es un fin en sí. El principio de subsidiariedad es por ello el principio social cristiano, que rechaza toda forma de independencia colectivista (absolutización) de los fines sociales, del Estado de fuerza totalitario como del Estado de previsión socialista...El principio de subsidiariedad expresa la igualdad originaria de todos los derechos morales, de los del individuo y de los de las comunidades naturales: de las comunidades con finalidades fundadas en la naturaleza social humana”³¹.

Concluye en su tesis que el derecho público es el derecho del Estado en sí mismo y en sus relaciones con la sociedad aplicándose allí la virtud de la justicia distributiva, en la que “el reparto o asignación de prestaciones es autoritario y heterónomo. La entrega de la cosa debida no sólo es de interés para las partes de la relación específica. Lo es también comparativamente, para las partes de la relación virtual. Fundamentalmente, es de interés para el resto del cuerpo político, cuya subsistencia como tal depende de que en cada caso concreto se realice el bien común. Por ello la asignación de prestaciones es autoritaria, dado que requiere del ejercicio del poder estatal. Como tal asignación de prestaciones no depende de la voluntad de las partes, se afirma que el reparto es heterónomo, salvo que la derogación –la decisión de las partes de que a la hipótesis no se le aplique la consecuencia prevista en la norma- no perjudique a terceros (en especial al sujeto acreedor virtual) y se justifique en razones de interés público”³².

IV. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

En los diferentes niveles de la estructura piramidal de nuestro or-

31 Messner, , 1960, p. 864.

32 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 128.

denamiento jurídico, como vimos, los principios jurídicos ocupan un lugar relevante a partir de la generalización de las teorías neo-constitucionalistas, el post-positivismo, las teorías de la argumentación jurídica y la modificación del sistema de interpretación judicial del derecho.

En esa línea vertical podemos ubicar a los principios generales del derecho en la cima, por debajo los principios constitucionales (y convencionales) y más cercano a la base piramidal, a los principios de derecho administrativo. Todos ellos interactúan, implicando muchas veces éstas últimas derivaciones de aquellos, constituyendo un entramado complejo en el que resulta difícil establecer diferenciaciones dogmáticas y dibujar líneas de corte por las cuales el principio de legalidad se distingue cuando hace referencia a la teoría general del derecho, cuando es parte de los principios constitucionales (y convencionales) o son derivaciones que se aplican y rigen las relaciones jurídicas de la administración con los ciudadanos.

Esto sucede, como veremos, tanto con el principio de subsidiariedad como con el principio de solidaridad, cuya cristalización podemos ubicar en el texto constitucional, pero que obedece a principios también generales del derecho y se incardinan indiscutiblemente dentro del ordenamiento jurídico administrativo.

V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

El *principio de subsidiariedad*, para una parte de la doctrina administrativista de nuestro país, resulta la base fundamental de nuestra organización político institucional, limitando y determinando las posibilidades de intervención del Estado en la sociedad civil y el mercado.

Una primera cuestión a analizar se centra en la posición –filosóficamente iusnaturalista, políticamente conservadora y económicamente neoliberal- de los autores que han propuesto y promovido la incorporación del principio de subsidiariedad a nuestro ordenamiento jurídico.

Han sido en primer lugar, los profesores Juan Carlos Cassagne³³

33 Cassagne, Juan Carlos; *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992; *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; *El Estado Populista*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017. Recientemente en el artículo: “Sobre el principalismo y el

y Rodolfo Carlos Barra³⁴ -ambos siguiendo a Johannes Messner³⁵- y Roberto Dromi³⁶, los que desarrollaron con más entusiasmo una construcción teórica para sostener la vigencia de dicho principio en nuestro país. Estos tres doctrinarios, además de la influencia de sus obras en la academia y la formación de abogados en Argentina, tuvieron una importante participación en la política institucional de la década de los noventa, defendiendo la reforma neoliberal del Estado y cumpliendo importantes roles en las empresas privatizadas³⁷, en

neo constitucionalismo”, publicado en el Diario La Ley del 25 de octubre de 2021, sostuvo: “En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas tipologías: Estado Social y Democrático, Estado de Bienestar y, actualmente, Estado Regulador y Garante, que representa la recepción del principio de subsidiariedad (51) en este modelo de Estado que propicia la doctrina europea actual. Desde hace tiempo venimos sustentando esta última concepción bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia (52), sin perjuicio de la interpretación que se apoya en textos de nuestra Carta Magna, como los artículos 14, 19 y 28 de la CN (53). En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas”

34 Barra, Carlos Rodolfo, *Principios de derecho administrativo*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980. Dice: “Esta distribución de competencias nos lleva naturalmente a la formulación del principio de subsidiariedad por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias- no pueda o no deba desarrollarse.”, p.36. Más recientemente del mismo autor;

35 Messner, Johannes, *Ética social, política y economía a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967.

36 Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. Dice: “Subsidiariedad. Otro valor innegable. La sociedad reivindica para sí el intransferible derecho a la iniciativa privada privilegiada, de intervención estatal restringida, que permita el desarrollo social pluralista, con división de competencias, sin monopolios y con servicios públicos prestados desde fuera del Estado por un modelo de administración pública no estatal. Sólo después que el hombre no pueda, que el mercado no acceda, el Estado debe. Antes no.”, p33.

37 Juan Carlos Cassagne ocupó distintos roles en las empresas privatizadas en la década del noventa por el gobierno de Carlos Menem. Según la propia página personal del abogado en cuestión: “Completa su experiencia

el proceso de desregulación desde el Poder Ejecutivo Nacional³⁸ y en el acompañamiento de estas medidas desde la cúspide del Poder Judicial de la Nación³⁹.

Dichas posturas fundadas en las enseñanzas de la iglesia deberían adecuarse a su actual doctrina en la que se identifica a la fraternidad como valor central en la organización de nuestras sociedades, se redefine al individualismo y las construcciones colectivas –principalmente estatales- para lograr el bien común.

En la última encíclica, fechada el 3 de octubre de 2020, el Papa Francisco reflexionó sobre el rol del Estado en las sociedades capitalistas como la nuestra: “Hay sociedades que acogen parcialmente este principio. Aceptan que haya posibilidades para todos, pero sostienen que a partir de allí todo depende de cada uno. Desde esa perspectiva parcial no tendría sentido «invertir para que los lentos, débiles o menos dotados puedan abrirse camino en la vida». Invertir a favor de los frágiles puede no ser rentable, puede implicar menor eficiencia. Exige un Estado presente y activo, e instituciones de la sociedad civil que vayan más allá de la libertad de los mecanismos eficientistas de determinados sistemas económicos, políticos o ideológicos, porque realmente se orientan en primer lugar a las personas y al bien común. Algunos nacen en familias de buena posición eco-

empresaria y profesional el hecho de haber sido socio fundador del Estudio Cárdenas, Cassagne & Asociados en el año 1991, y ha integrado a partir de 1992 el Directorio, como Presidente o Síndico, respectivamente de empresas distribuidoras de gas y de electricidad en el área metropolitana y en el Gran Buenos Aires. Fue Presidente del Directorio (1992-1998) de la Compañía Distribuidora de Gas Natural en Buenos Aires (Metrogas). En 1999 fue designado Presidente del Directorio de Aguas Argentinas S.A. y miembro del Directorio de IDEA (Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina). Síndico de Edenor (1992-2001) y de Edesur (2001-2003), habiendo integrado también el Directorio de Telefónica Argentina (2000-2003).”

38 Roberto Dromi se desempeñó como [Ministro de Obras y Servicios Públicos](#) de la República Argentina durante la presidencia de [Carlos Menem](#), entre 1989 y 1991, diseñó y llevó adelante la primera etapa del proceso de [privatizaciones](#) -que fue una de las características de la administración Menem- y entre sus acciones se destacó la privatización de la empresa [Aerolíneas Argentinas](#) y de los caminos, mediante el sistema de [peajes](#) privados (fuente wikipedia).

39 Rodolfo Carlos Barra fue designado como ministro de la corte Suprema de Justicia de la Nación, durante la presidencia de Carlos Menem, asumiendo el 25 de abril de 1990 y renunciando el 10 de junio de 1996.

nómica, reciben buena educación, crecen bien alimentados, o poseen naturalmente capacidades destacadas. Ellos seguramente no necesitarán un Estado activo y sólo reclamarán libertad. Pero evidentemente no cabe la misma regla para una persona con discapacidad, para alguien que nació en un hogar extremadamente pobre, para alguien que creció con una educación de baja calidad y con escasas posibilidades de curar adecuadamente sus enfermedades. Si la sociedad se rige primariamente por los criterios de la libertad de mercado y de la eficiencia, no hay lugar para ellos, y la fraternidad será una expresión romántica más.”⁴⁰

La encíclica papal *Fratelli Tutti* también aborda la relación entre mercado, Estado y sociedad; “El mercado solo no resuelve todo, aunque otra vez nos quieran hacer creer este dogma de fe neoliberal. Se trata de un pensamiento pobre, repetitivo, que propone siempre las mismas recetas frente a cualquier desafío que se presente. El neoliberalismo se reproduce a sí mismo sin más, acudiendo al mágico “derrame” o “goteo” —sin nombrarlo— como único camino para

40 Carta Encíclica Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social, 3 de octubre de 2020, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana. Afirmó: “La fraternidad no es sólo resultado de condiciones de respeto a las libertades individuales, ni siquiera de cierta equidad administrada. Si bien son condiciones de posibilidad no bastan para que ella surja como resultado necesario. La fraternidad tiene algo positivo que ofrecer a la libertad y a la igualdad. ¿Qué ocurre sin la fraternidad cultivada conscientemente, sin una voluntad política de fraternidad, traducida en una educación para la fraternidad, para el diálogo, para el descubrimiento de la reciprocidad y el enriquecimiento mutuo como valores? Lo que sucede es que la libertad enflaquece, resultando así más una condición de soledad, de pura autonomía para pertenecer a alguien o a algo, o sólo para poseer y disfrutar. Esto no agota en absoluto la riqueza de la libertad que está orientada sobre todo al amor. Tampoco la igualdad se logra definiendo en abstracto que “todos los seres humanos son iguales”, sino que es el resultado del cultivo consciente y pedagógico de la fraternidad. Los que únicamente son capaces de ser socios crean mundos cerrados. ¿Qué sentido puede tener en este esquema esa persona que no pertenece al círculo de los socios y llega soñando con una vida mejor para sí y para su familia? El individualismo no nos hace más libres, más iguales, más hermanos. La mera suma de los intereses individuales no es capaz de generar un mundo mejor para toda la humanidad. Ni siquiera puede preservarnos de tantos males que cada vez se vuelven más globales. Pero el individualismo radical es el virus más difícil de vencer. Engaña. Nos hace creer que todo consiste en dar rienda suelta a las propias ambiciones, como si acumulando ambiciones y seguridades individuales pudiéramos construir el bien común.”

resolver los problemas sociales. No se advierte que el supuesto derrame no resuelve la inequidad, que es fuente de nuevas formas de violencia que amenazan el tejido social. Por una parte, es imperiosa una política económica activa orientada a «promover una economía que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial», para que sea posible acrecentar los puestos de trabajo en lugar de reducirlos. La especulación financiera con la ganancia fácil como fin fundamental sigue causando estragos. Por otra parte, «sin formas internas de solidaridad y de confianza recíproca, el mercado no puede cumplir plenamente su propia función económica. Hoy, precisamente esta confianza ha fallado». El fin de la historia no fue tal, y las recetas dogmáticas de la teoría económica imperante mostraron no ser infalibles. La fragilidad de los sistemas mundiales frente a las pandemias ha evidenciado que no todo se resuelve con la libertad de mercado y que, además de rehabilitar una sana política que no esté sometida al dictado de las finanzas, «tenemos que volver a llevar la dignidad humana al centro y que sobre ese pilar se construyan las estructuras sociales alternativas que necesitamos»⁴¹

Volviendo a los administrativistas en estudio, quienes son una parte del pensamiento social de la Iglesia Católica, entiendo que por su identificación con las doctrinas religiosas de esa creencia deberían adecuar sus interpretaciones a los cambios realizados en los últimos tiempos por el actual Papa Francisco. Resulta a todas luces evidente que el principio de subsidiariedad interpretado a la luz de la encíclica *Quadragesimo Anno*⁴² -promulgada por el Papa Pío XI el 15 de mayo

41 Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social, 3 de octubre de 2020, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.

42 Encíclica *Quadragesimo Anno*, Pío XI. Carta Encíclica promulgada por el Papa Pío XI el 15 de mayo de 1931 En lo que aquí interesa, dice: “79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y

de 1931- entra en directa contradicción con la idea de superar el neoliberalismo y actualizar el rol del Estado –a partir de su necesaria intervención social para proteger a los más débiles- que se expone en las últimas encíclicas papales. Las diferentes visiones papales se originan –en mi opinión- en los contextos histórico, políticos y sociales en que fueron emitidas las encíclicas.

Además, encuentro aplicable a la interpretación que nuestros administrativistas realizan de la doctrina social de la iglesia una crítica efectuada por Fernando Atria a esta mirada sobre el principio de subsidiariedad. Dice: “En la tradición del pensamiento social católico, el principio de subsidiariedad establece que nada debe ser hecho por una organización compleja que pueda ser hecho satisfactoriamente por una organización más simple y pequeña. Pero nótese que nada obliga a identificar organización pequeña con mercado y al Estado como una organización más compleja y grande. Esta identificación es meramente arbitraria. Probablemente, no hay estructura más compleja que un mercado que funcione satisfactoriamente. Además, podría ser fácilmente manipulable, si se interpreta que el principio supone que una empresa chica o una cooperativa, es preferible a una empresa grande, con lo cual se pueden justificar formas de organización del aparato productivo muy diferentes de la actual.”⁴³

También –ya en tiempos más cercanos- autores como Ignacio de

absorberlos. 80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función “subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.”

43 Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile, p. 152.

la Riva⁴⁴, Néstor Pedro Sagués⁴⁵ y Santiago Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade⁴⁶ dedicaron en sus trabajos académicos líneas argumentativas en su favor. Destaco, con otra mirada al respecto, el profundo trabajo desarrollado por el Profesor Juan Martín González Moras, en especial su abordaje del principio de subsidiaridad, a partir de su aplicación al ámbito de los servicios públicos de la Unión Europea⁴⁷. En el ámbito de la aplicación de este principio en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos –en tanto pauta de distribución de competencia entre los Estados nacionales de la región y los órganos del sistema-, Alfonso Santiago desarrolla la relación entre la subsidiaridad y el margen de apreciación nacional⁴⁸.

Carlos Cassagne, antes de la reforma constitucional de 1994, reconoce que el principio de subsidiaridad no se encontraba explícitamente reconocido por el ordenamiento jurídico y por lo tanto era parte de aquellos principios del derecho natural⁴⁹, que son parte o

44 De la Riva, Ignacio M: *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004. Este autor propone la idea de un Estado Subsidiario, a partir del desarrollo del principio de subsidiaridad.

45 Sagués, Néstor Pedro: “Principio de subsidiaridad y principio de antiusubidiaridad”, *Revista de Derecho Público*, Nros. 39/40, Santiago de Chile, p. 59.

46 Castro Videla, Santiago M y Maqueda Fourcade, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015.

47 González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiaridad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Ver también del mismo autor; *El servicio público como derecho social*, EDULP, La Plata, 2017. Sobre el principio de subsidiaridad en la Unión Europea, me resulta clara la explicación que dan los autores chilenos Atria, Fernando y otros, *El Otro Modelo... Allí dicen*: “

48 Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiaridad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

49 Cassagne, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992: “En nuestro ordenamiento son numerosos los principios del derecho natural que se han incorporado al derecho positivo...Otros, en cambio, provienen estrictamente de la naturaleza de la persona o de las cosas (como el principio de subsidiaridad) y no obstante la conexión lejana que puedan tener con algún principio positivo, se incurre en

no del derecho vigente, según la postura *ius filosófica* que cada uno adopte. En mi opinión, antes de modificarse nuestra carta magna dicho principio no era derecho vigente en Argentina, más allá que la última dictadura militar –en un contexto institucional de un gobierno de facto y en plena violación de derechos humanos por parte del gobierno- las políticas neoliberales aplicaron el mencionado principio de subsidiaridad.

Luego de la reforma, este autor modifica su postura y sostiene la positivización del principio y explica su contenido y fundamentación normativa de la siguiente forma: “El principio de subsidiaridad que –en su faz pasiva- veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria y que, consecuentemente, también obsta a que el Estado, como comunidad de superior jerarquía, lleve a cabo actividades que puedan cumplir las comunidades menores (provincias) o los llamados cuerpos intermedios, encuentra adecuado sustento en la Constitución Nacional. En efecto, ésta concibe los derechos de ejercer industria o comercio, de enseñar ya aprender, entre otros, como derechos a favor de los particulares y no del Estado (art. 14, CN), el que se encuentra limitado por el principio de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art. 28)”⁵⁰

Recientemente, a finales del año 2021, publicó un trabajo sobre el principalismo y el neo-constitucionalismo, donde analiza el fenómeno de ampliación de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y la incorporación de los principios al sistema normativo, reiterando la centralidad del principio de subsidiaridad y concluyendo que: “Ese Estado Subsidiario tiene por finalidad perseguir el bien común mediante los mecanismos que ponen en funcionamiento la asignación de las competencias establecidas en la Constitución. No está de más reiterar que este modelo de Estado debe orientarse a procurar la realización de sus fines, preservando incólumes la libertad, la igualdad y la propiedad de las personas, verdaderos objetivos centrales del derecho, principalmente de los derechos Constitucional y Administrativo, pero también aplicables al derecho privado, junto a la realización armónica de los nuevos derechos sociales y colectivos en el

una generalización creciente o analogía indebida si se los funda en el método de extensión interpretativa de las normas, cuya adopción generalizada afectaría a la seguridad jurídica.”

50 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo I, pág. 63.

marco de una justicia social sustentable y regida por el principio de subsidiariedad.”⁵¹

Aquel argumento central de la posición de este autor, resulta en mi opinión errado, pues que la Constitución nacional reconozca los derechos individuales como el de enseñar, comerciar o ejercer industria, no implica de ninguna manera que nuestro ordenamiento haya vedado al Estado asumir ese tipo de actividades, aun cuando las estén desarrollando el sector privado.

En primer lugar, porque el Estado tiene expresamente reconocidas sus facultades para determinar sus políticas públicas soberanas y promover el bienestar general, como por ejemplo en materia energética, alimentaria, comunicacional, de transporte, etc. Además del decimonónico inciso 18 del actual artículo 75 de la CN⁵² –único al que refiere Cassagne para fundamentar la intervención subsidiaria del Estado⁵³- el actual inciso 19 del mismo artículo –incorporado en la reforma constitucional de 1994-, dice que el Congreso de la Nación debe: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de

51 Cassagne, Juan Carlos, “Sobre el principalismo y el neo-constitucionalismo”, Diario La Ley del día lunes 25 de octubre de 2021, p. 1 y sgtes.

52 Art. 75, inciso 18: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

53 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo I. Dice: “Sobre la faz activa del principio de la subsidiaridad (que lleva al Estado a intervenir en caso de insuficiencia o falta de iniciativa privada), la Constitución Nacional carece de prescripciones específicas, si bien podría interpretarse que la cláusula del progreso (art. 75, inc. 18) y el ejercicio de los llamados poderes resultantes o inherentes del órgano legislativo podrían llegar a fundar la inferencia estatal. Pero ello sólo sería posible en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y nunca para justificar una intervención estatal progresiva, como ha acontecido entre nosotros.”, p 63.

su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”. En efecto, contrariamente a lo sostenido por sus promotores, el principio de subsidiaridad carece de prescripciones específicas dentro de nuestra Constitución, por lo que –según una mirada post positivista incluyente respecto de los principios jurídicos- y no integra nuestro sistema jurídico e institucional.

La segunda observación al planteo en cuestión, tiene que ver con la vinculación positiva de la Administración con el ordenamiento jurídico, y en la que rescato que efectivamente –como afirma el autor de referencia- el principio de legalidad y razonabilidad, sin lugar a dudas obliga jurídicamente al Estado. No coincido con dicha postura doctrinaria en los contenidos de esas obligaciones estatales, pues –desde mi mirada- el derecho positivizado a partir de la última reforma constitucional justamente pone en cabeza del Estado la promoción y desarrollo de las políticas públicas imprescindibles para garantizar los derechos humanos expresamente reconocidos por nuestro país e incorporados al bloque de constitucionalidad.

Quiero compartir aquí la mirada –que comparto- del profesor Jorge Luis Salomoni sobre la interpretación de Cassagne sobre este principio; “La formulación de Cassagne que sostiene el denominado principio rector proveniente del derecho natural, que justifica el grado de intervención del Estado en la economía, esto es, el Estado subsidiario, en contraposición con el denominado Estado social de derecho, puede colisionar, en mi opinión, con el plexo constitucional. Más aún, con la incorporación de la Cláusula del desarrollo humano y económico con justicia social, que el art. 75 inc. 19 obliga al Estado a proveer a todos y cada uno de los miembros de nuestra sociedad. Y además, con la incorporación de los tratados de derechos humanos a dicho ordenamiento, por el cual el Estado ha asumido un sinnúmero de obligaciones, que no consisten solamente en asegurar los derechos en su aspecto negativo, esto es, evitando que se violen los derechos adquiridos por el individuo, sino que constituyen obligaciones de plena actuación positiva, como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual los Estados reconocen expresamente esas obligaciones, y por lo tanto, nacen para los individuos y la sociedad, esos derechos positivos que permiten reclamarlos para hacerlos realidad. El Estado resultante no

podría catalogarse como subsidiario o neutral.”⁵⁴

Juan Martín González Moras, al estudiar los antecedentes remotos y más cercanos del principio de subsidiariedad –básicamente en el primer mundo-, desarrolla los aspectos centrales del modelo neoliberal⁵⁵ -basado en la obra de Robert Nozick⁵⁶- en el contexto de la experiencia (des) regulatoria de los servicios públicos en la Unión Europea y en especial de la república italiana. En este marco concreto dicho autor emite la siguiente opinión, con la cual coincido plenamente: “En definitiva, aquello que queda claro es que las teorías neoliberales partirán del supuesto de una teoría de los derechos insostenible a la luz de los desarrollos constituyentes de los derechos humanos, a través de los distintos Pactos internacionales firmados luego de la década de 1940. Teoría de los derechos que, por otra parte, se había ya incorporado a la mayoría de las nuevas constituciones nacionales, propias del constitucionalismo social”⁵⁷. En esta obra dedicada a los servicios públicos europeos su autor explica el movimiento para la reforma del Estado, el retorno de las concepciones neoliberales que postulan el Estado mínimo –segunda crisis del principio de legalidad- y la posterior incorporación del principio de subsidiariedad al Tratado de Maastricht.

Repasando la historia reciente de nuestra nación, la primera experiencia neoliberal en democracia puso en práctica todas las medidas derivadas del principio de subsidiariedad, reformando el Estado,

54 Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 342.

55 González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Dice: “...las tres tesis básicas que componen la visión que comúnmente se ha dado en llamar neoliberal, esto es, una tesis moral: vinculada al retorno de la concepción individualista de los derechos del hombre; una política: basada en la defensa de la libre elección de las metas sociales, por parte de la sociedad civil, sin sujeción a pautas orientadoras de ningún tipo, lo cual constituiría una de las principales misiones del mismo Estado”. p.76.

56 Nozick, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991. Dijo: “El Estado mínimo es el Estado más extenso que se puede justificar. Cualquier Estado más extenso viola los derechos de las personas.”, p.153.

57 González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p.76.

desmantelando el sector público, privatizando sus empresas, desregulando los mercados, protegiendo los capitales privados nacionales y extranjeros, flexibilizando los derechos laborales, transfiriendo servicios a las esferas locales, etc., etc.⁵⁸. Durante el gobierno de Carlos Menem –mediante la Reforma del Estado⁵⁹- se ejecutaron las políticas que surgen de la mirada neoliberal que el principio político de subsidiariedad tan bien describe. Las posteriores experiencias de la Alianza en la que presidió Fernando De La Rúa y su versión aggiornada durante la presidencia del Ingeniero Mauricio Macri, también recurrieron a la subsidiariedad para fundamentar muchas de sus políticas neoliberales.

Traigo a colación aquí este principio, en primer lugar, porque entiendo que el mismo no se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento jurídico, es más, en mi opinión se contraponen con el rol que la Constitución nacional reformada en 1994 le otorga al Estado en cuanto a la satisfacción de los derechos fundamentales de los integrantes del pueblo argentino. Como segunda cuestión, cabe decir que el mecanismo legislativo de regulación de tutelas procesales diferenciadas en favor de personas integrantes de grupos vulnerables y en protección de sus derechos humanos, es justamente una construcción jurídico-política que se contradice con el principio de subsidiariedad. La efectivización de los Derechos Humanos fundamentales constituye una herramienta efectiva de disminución del fenómeno de la pobreza y que el grado en la efectivización de los Derechos Sociales se encuentra directamente determinado por la forma de organización económica política de los Estados.

El modelo económico político del Estado Liberal (neoliberal, *laissez-faire*, según la tipología que se utilice) –cobijado en el denominado principio de subsidiariedad- es incompatible con la efectivización de los Derechos Humanos expresamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico positivo. El Estado liberal es a los Derechos Humanos (en especial los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales) lo que el Estado totalitario es a los Derechos Civiles y Políticos.

En este marco hipotético se pueden comparar dos modelos de estados, neoliberal y benefactor, seleccionando un área como edu-

58 Gordillo, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

59 Leyes 23.696 y 23.697.

cación, salud o vivienda y evaluar las políticas públicas concretas efectuadas a través de medidas legislativas y administrativas, los mecanismos judiciales de efectivización de derechos sociales y los resultados concretos en las áreas sociales en estudio.

El Comité señala que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. El abanico de modelos económicos con los cuales se podría dar cumplimiento a los derechos sociales es indistinto para el Comité⁶⁰.

Cruzando la cordillera, en Chile –país en el que el neoliberalismo aplicó sus recetas desde la dictadura de Pinochet en adelante⁶¹– el constitucionalista Fernando Atria realizó también una argumentación en la que sostiene que el principio de subsidiariedad fue mal interpretado y aplicado erróneamente. Dice: “Lo primero que debe ser notado es que la hegemonía bajo la cual vivimos ha llevado a dar a este principio una lectura que es claramente sesgada y en el extremo, errada. En efecto lo que en Chile se denomina principio de subsidia-

60 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General N° 3: “8. El Comité observa que el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.”

61 Una mirada clásica del derecho administrativo chileno se puede leer en la obra: Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996. En especial el punto 3, de su capítulo II, titulado “La función del Estado: el principio de subsidiariedad (una aproximación a sus fundamentos)”, p. 130 y sgtes.

riedad se reduce a una prohibición de acción para el Estado: no puede actuar cuando hay iniciativa privada. Sin embargo, se trata de una lectura parcial y conveniente para el entramado constitucional heredado de la dictadura de un principio que en realidad es más general”⁶²

Quiero terminar este acercamiento al principio de subsidiariedad y al modelo neoliberal con las apreciaciones de un administrativista brasileño que reflexiona sobre cuestiones similares a las aquí planteadas. Afirma Rafael Valim que, a partir de los postulados positivizados como objetivos institucionales en la Constitución de Brasil respecto del desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y reducción de la desigualdad: “Estos compromisos implican para el Estado brasileño un compromiso con la justicia social, antítesis del neoliberalismo. La ilusión liberal de que el Estado no debe intervenir en el desarrollo económico bajo la premisa de que el mercado es el instrumento más eficiente de asignación de recursos y desarrollo de la sociedad, se contrapone a un Estado con marcado protagonismo en la organización de los campos económico y social.”⁶³

Más adelante, ya analizando el principio de subsidiariedad sostuvo que: “Si bien algunas voces sustentan una supuesta neutralidad del principio de subsidiariedad, no parece evidente su carácter liberal-individualista, que apela a la primacía de lo económico sobre lo social, colocando al mercado en la cúspide del edificio institucional. De esta primacía resulta, por consiguiente, un modelo de Estado al que muchos denominan Estado subsidiario, diametralmente opuesto al concepto de Estado social propio del Derecho brasileño. En este contexto, forzoso es subrayar que el orden constitucional brasileño no receptó el sentido funcional de principio de subsidiariedad... Como se evidenció líneas atrás, la ideología que informa el texto constitucional es claramente antagónica al contenido del principio de subsidiariedad.”⁶⁴

Por último, el reconocimiento de este principio impacta sin duda en la garantía primaria del Estado de efectivizar a través de sus políti-

62 Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile.

63 Valim, Rafael: *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, p. 6.

64 Valim, Rafael: *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, p. 15.

cas todos los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Entiendo entonces que, si bien los Estados Partes deben contar con un margen de discreción en la elección de las políticas económicas a los fines de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y ambientales, la adopción de un modelo económico neoliberal basado en el libre mercado y regido por el principio de subsidiariedad, resulta incompatible con el bloque de constitucional, con las obligaciones asumidas internacionalmente y con el concepto mismo de derechos sociales⁶⁵.

Volviendo a Atria; “En efecto, cuando un bien se provee a través del mercado, la cuestión de si cada uno podrá obtener lo que quiere es una cuestión privada; cuando la provisión se hace conforme al régimen de lo público, esa provisión satisface un derecho social. La idea de que el Estado no debe participar de una actividad, en particular respecto de la provisión de derechos sociales cuando haya particulares dispuesto a hacerlo con fines de lucro, no es el principio de subsidiariedad, ya que, existiendo un derecho no satisfecho, mal se podría decir que tal principio se aplica. Lo que hay es puro y simple neoliberalismo.”⁶⁶

VI. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Habiendo tomado posición respecto de la cuestión relativa a la inclusión del principio de subsidiariedad a nuestro derecho nacional –rechazando tal posibilidad–, corresponde indagar si existe algún otro principio general que pueda ser sustento de las tutelas procesales diferenciadas, en el marco de las medidas de acción positiva.

Además del principio de igualdad –fundamentalmente en su versión estructural–, quisiera dejar planteado algunos puntos respecto del principio de solidaridad –cuya fundamentación normativa podrá

65 Estas conclusiones fueron desarrolladas en el trabajo final del seminario “Seminario Pobreza y Desarrollo en Perspectiva de Derechos Humanos”, a cargo del profesor Javier Surasky, cursado durante la Maestría en Derechos Humanos: Cabral, Pablo Octavio y Gomara, Juan Pablo, “Los derechos económicos, sociales y culturales en contextos de políticas económicas neoliberales.”

66 Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile.

indicarnos si se encuentra positivizado y si es parte de nuestro ordenamiento jurídico-.

Como explica el sociólogo Francois Dubet, la solidaridad resulta ser una condición de la igualdad. En su libro sostiene: “La creencia en la igualdad fundamental de todos es necesaria, pero no basta cuando se trata de la búsqueda activa de la igualdad social, que se funda en lazos y sentimientos de solidaridad, semejanza y fraternidad...no hay combate por la igualdad que no esté profundamente asociado a la afirmación de una fraternidad elemental. Las definiciones simbólicas e imaginarias de la solidaridad generan obligaciones de reciprocidad y reparto necesarias para la búsqueda de la justicia y la igualdad, a la vez que ofrecen recursos subjetivos a los individuos.”⁶⁷

El profesor Pablo Gres realiza un análisis de la relación que existe entre el Derecho y la igualdad, utilizando como marco teórico la tradición del materialismo histórico, en el que aborda el principio de solidaridad y su contradicción con el modelo liberal de organización institucional. Sostiene que la igualdad abstracta y formal es la base de la competencia capitalista. El movimiento del capital hace incompatibles los intereses de la clase que posee y controla los medios de producción con los intereses de la clase trabajadora. Más aún, la lógica de la ganancia hace que cada individuo sea considerado como competencia para otro que tenga sus mismos propósitos, incluso dentro de su misma clase.⁶⁸

Respecto del principio de solidaridad expresa: “Precisamente, ateniendo a la racionalidad competitiva del capital, Carlos de Cabo ha concluido que la solidaridad no tiene cabida en el sistema constitucional liberal, “sino que la insolidaridad es un principio constitucional necesario del sistema liberal. Precisamente porque es el constitucionalismo formal, del universalismo, de la abstracción, del sujeto (individual), en definitiva y paradójicamente «el constitucionalismo de la igualdad». El punto que destaca el profesor de Cabo no es menor. La solidaridad no debe ser omitida al momento de analizar el espectro valorativo de la modernidad. Ese horizonte de igualdad

67 Dubet, Francois, *Solidaridad ¿Por qué preferimos la desigualdad?* (Aunque digamos lo contrario), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, p.43.

68 Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>. Ver también: Gres Chávez, Pablo (2017). Notas sobre igualitarismo y materialismo histórico. *Derechos En Acción*, 5(5). <https://doi.org/10.24215/25251678e092>.

y libertad que la modernidad levantó como bandera de lucha está íntimamente relacionado con la solidaridad, sobre todo cuando de lo que se trata es de las reivindicaciones de la clase trabajadora. En este sentido una interesante definición de la solidaridad, profundamente arraigada en el materialismo histórico, es ofrecida por Michael Albert. Para él, *la solidaridad es una noción muy básica que se preocupa por el bienestar de los demás, en lugar de obstaculizar su desarrollo. Cuanto mayor sea el grado de solidaridad, más óptimo será nuestro bienestar*⁶⁹.

Para Gres, la igualdad, la libertad y sobre todo la solidaridad ofrecen un panorama para superar la contradicción inmanente al sistema jurídico, característica de la formación social actual, y por ende la forma jurídica burguesa moderna. Siguiendo a Carlos De Cabo, explica que -en formaciones sociales configuradas con arreglo a otro modo de producción- el principio constitucional de solidaridad tendría unas características bien distintas: sería precisamente el elemento estructurante y no el corrector del sistema.⁷⁰

Por su parte, el constitucionalista chileno Fernando Atria, al estudiar -y poner en crisis desde una mirada ideológica- el carácter jurídico de los derechos sociales, analiza el principio de solidaridad de esta forma: “La idea de solidaridad, expresada comunitariamente en el lema ‘de cada cual, de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades’ que la sociedad comunista inscribiría en sus estandartes después de abolir el derecho burgués es una que enfatiza la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros. En la correlación derecho-deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella: implica la idea de ‘tenderle la mano’ a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar y el principio de ‘ganar o perder’ viola el momento de

69 Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>.

70 Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>. En dicho trabajo cita a: De Cabo Martín, Carlos. (2006). *Teoría constitucional de la solidaridad*. Marcial Pons. Madrid. p. 44.

autonegación que subyace al encuentro de la solidaridad.”⁷¹

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar fundamentos objetivos respecto de la positivización del principio de solidaridad, a través de un nuevo y complementario principio de igualdad estructural, que obliga al Estado a legislar y promover -y a los ciudadanos a aceptar- tratamientos y políticas especiales para proteger a las personas que integran grupos vulnerables y defender la efectividad de derechos fundamentales básicos.

En la doctrina administrativista es Roberto Dromi -si bien desde una mirada liberal que rehúye a las construcciones colectivas- quien mejor explica esta última afirmación: “La solidaridad como nuevo nombre de la igualdad (art. 16 Constitución Nacional), es la seguridad de los débiles, es el predicado obligado del desarrollo y del progreso individual (humano) e institucional (federal). La solidaridad no es un abstracto, es el socorro tangible y oportuno, es la asistencia fraterna personal e institucional, es la responsabilidad del nuevo humanismo, es el camino verdadero de la paz.”⁷²

Agrega, en cuanto a la positivización del principio de solidaridad que: “Se explicita la operatividad de la solidaridad a lo largo del texto constitucional a través de la igualdad real con acciones positivas (arts. 37 y 75, inc. 23); la prestación de usos, consumos y servicios públicos (arts. 42 y 43); el presupuesto equitativo y solidario (art. 75, inc. 8 por reenvío al párrafo 3 del inc. 2); la igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, el grado equivalente de desarrollo y la calidad de vida (art. 75, inc. 2).”⁷³

En síntesis, a diferencia del proclamado principio de subsidiariedad, la solidaridad puede ser entendida como integrante de nuestro ordenamiento jurídico como un principio general del derecho, articulando con la versión estructural del principio de igualdad para dar fundamento, a través de las medidas de acción positiva en los procesos judiciales, a las tutelas procesales diferenciadas. De esta forma se constituye en una guía obligatoria para todo el accionar del Estado, derramando su contenido fraternal al conjunto de principios de derecho público que se le aplican, y alzándose como un principio fundamental del derecho administrativo argentino.

71 Atria, Fernando, “Existen los Derechos Sociales”

72 Dromi, Roberto, Ob. Cit., p. 30.

73 Dromi, Roberto, Ob. Cit., p.30.

No quisiera terminar este punto sin referirme brevemente al *principio constitucional de los derechos fundamentales*, descrito por Balbín, para quien nuestro sistema jurídico se construye sobre dos pilares, por un lado, se funda el concepto de los derechos fundamentales y su exigibilidad (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) y por el otro en el principio de división de poderes (junto con el principio de legalidad y el de reserva de ley).⁷⁴

VII. CONCLUSIONES

En momentos de crisis mundial, en la pos pandemia y en el aumento de la desigualdad a niveles ya intolerables, es necesario pensar en los principios fundantes de nuestra organización institucional para intentar lograr una sociedad más igualitaria y justa.

Es el principio de solidaridad el que debe suplantar al principio de subsidiariedad, nuestra realidad actual y nuestra reciente experiencia histórica demuestra que los modelos neoliberales no han hecho otra cosa que disminuir los derechos de las mayorías y excluirlas de la posibilidad de una vida digna.

Así, aquella Iglesia católica que promovía los fundamentos de sociedades con Estados débiles en beneficio de la libertad de los particulares –según la interpretación de varios doctrinarios del derecho administrativo local-, hoy propone a la fraternidad y la solidaridad como ejes de sociedades más justas. Si bien desde mi posición los principios y mandatos de la iglesia no integran nuestro ordenamiento jurídico, las descripciones que se realizan en estos documentos sobre el funcionamiento de nuestras sociedades a nivel global ayudan a comprender algunas realidades complejas de nuestra historia.

En la última encíclica del Papa Francisco, titulada “Fratelli Tutti”, se puede leer: “Pero olvidamos rápidamente las lecciones de la historia, «maestra de vida». Pasada la crisis sanitaria, la peor reacción sería la de caer aún más en una fiebre consumista y en nuevas formas de autopreservación egoísta. Ojalá que al final ya no estén “los otros”, sino sólo un “nosotros”. Ojalá no se trate de otro episodio severo de la historia del que no hayamos sido capaces de aprender. Ojalá no nos olvidemos de los ancianos que murieron por falta de respiradores, en parte como resultado de sistemas de salud desmante-

⁷⁴ Balbín, Carlos F: *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

lados año tras año. Ojalá que tanto dolor no sea inútil, que demos un salto hacia una forma nueva de vida y descubramos definitivamente que nos necesitamos y nos debemos los unos a los otros, para que la humanidad renazca con todos los rostros, todas las manos y todas las voces, más allá de las fronteras que hemos creado. Si no logramos recuperar la pasión compartida por una comunidad de pertenencia y de solidaridad, a la cual destinar tiempo, esfuerzo y bienes, la ilusión global que nos engaña se caerá ruinosamente y dejará a muchos a merced de la náusea y el vacío. Además, no se debería ignorar ingenuamente que «la obsesión por un estilo de vida consumista, sobre todo cuando sólo unos pocos puedan sostenerlo, sólo podrá provocar violencia y destrucción recíproca». El “sálvese quien pueda” se traducirá rápidamente en el “todos contra todos”, y eso será peor que una pandemia.”⁷⁵

En otro tiempo, hace más de medio siglo, en la hermana república de Chile cuya actual reforma constitucional sirvió de disparador de estas reflexiones, el presidente Salvador Allende dijo; “Mayor igualdad social significa dar más educación. Lo hemos hecho, llegando a niveles satisfactorios en Educación Básica. Un 97% de los niños de Chile se matriculan en la enseñanza esencial. Hemos aumentado la matrícula en la Educación Media y se ha llegado a un porcentaje nunca antes alcanzado en la educación y preparación universitaria: 130.000 estudiantes universitarios”⁷⁶.

Ese Gobierno democrático presidido por Allende, que propuso una intervención activa del Estado con inclusión social e igualdad real –guiado por el principio de solidaridad- fue derrocado con un bombardeo en la Moneda el 11 de septiembre de 1973, implantándose posteriormente una larga dictadura que construyó su institucionalidad sobre el principio de subsidiariedad y su modelo económico con las ideas neoliberales. La centralidad de dicho modelo fue continuada por los gobiernos democráticos que sucedieron a la dictadura. A poco de cumplirse cincuenta años de ese fatídico evento, el saldo

⁷⁵ Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.

⁷⁶ Allende, Salvador; Informe al pueblo en el Segundo Aniversario del Gobierno, 3 de noviembre de 1972, Fragmentos. Publicado en Modak, Frida (Coord), Salvador Allende. Pensamiento y Acción, Flacso Brasil, Clacso, Buenos Aires, 2008.

para los derechos resulta negativo, la inclusión educativa no fue un objetivo a alcanzar en ese período y la desigualdad social caracterizó a la sociedad chilena. Hoy, con las movilizaciones populares, la asunción de un presidente con otra mirada al respecto y en pleno proceso de sanción de una nueva constitución, el principio de *subsidiariedad* está siendo enterrado y en su lugar se siembra la semilla de la *solidaridad*.

BIBLIOGRAFÍA

- Allende, Salvador; Informe al pueblo en el Segundo Aniversario del Gobierno, 3 de noviembre de 1972, Fragmentos. Publicado en Modak, Frida (Coord), Salvador Allende. Pensamiento y Acción, Flacso Brasil, Clacso, Buenos Aires, 2008.
- Alexy, Robert: Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2007.
- Atienza, Manuel: Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, Madrid, 2013
- Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público, Editorial Debate, Santiago de Chile
- Balbín, Carlos F: Manual de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018
- Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980
- Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Abaco, Buenos Aires, 2002.
- Carnelutti, Francesco, Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo, 1936, Padova
- Carta Encíclica Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad y Social, 3 de octubre de 2020, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.
- Carrió, Genaro R., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot
- Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Cassagne, Juan Carlos, El Estado Populista, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017.
- Cassagne, Juan Carlos; Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Cassagne, Juan Carlos; “Sobre el principalismo y el neo constitucionalismo” Diario La Ley del 25 de octubre de 2021.
- Castro Videla, Santiago M y Maqueda Fourcade, Santiago, Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General N° 3.
- Cordero Vega, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, La Ley –Thomson Reuters-, Santiago de Chile, 2015
- De la Riva, Ignacio M: Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

- Diario Concepción, miércoles 13 de abril de 2022, nota: “Convención aprueba Artículo 1 de la nueva Constitución: “Chile es un Estado social y democrático de derecho”.
- Social, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.
- Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998
- Dubet, François, Solidaridad ¿Por qué preferimos la desigualdad? (Aunque digamos lo contrario), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015
- Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676
- Dworkin, Ronald, Una cuestión de principios, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.
- Encíclica Quadagesimo Anno, Pio XI. Carta Encíclica promulgada por el Papa Pío XI el 15 de mayo de 1931
- García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder”, 1983, Ed. Civitas, Madrid.
- González Moras, Juan Martín, Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000
- Gordillo, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974.
- Gordillo, Agustín: Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997
- Gordillo, Agustín; Después de la Reforma del Estado, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.
- Gordillo, Agustín y Flax, Gregorio: Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.
- Gordillo, Agustín; Después de la Reforma del Estado, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.
- Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III. Ver también: Grajales, Amos Arturo y Negri, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.
- Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>.
- Gres Chávez, Pablo (2017). Notas sobre igualitarismo y materialismo histórico. *Derechos En Acción*, 5(5). <https://doi.org/10.24215/25251678e092>.
- Messner, Johannes, Ética social, política y economía a la luz del derecho natural, Rialp, Madrid, 1967.
- Nozick, Robert: Anarquía, Estado y Utopía, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991.

- Ruiz Manero, Juan, Imperio de la ley y ponderación de principios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Sagués, Néstor Pedro: “Principio de subsidiariedad y principio de antissubidiariedad”, *Revista de Derecho Público*, Nros. 39/40, Santiago de Chile
- Salomoni, Jorge Luis, Teoría General de los Servicios Públicos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Santiago, Alfonso, Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de derechos humanos con los regímenes nacionales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.
- Soto Kloss, Eduardo: Derecho Administrativo. Bases fundamentales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
- Valim, Rafael: La Subvención en el Derecho Administrativo, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017.
- Vázquez Sánchez: “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2009



INVESTIGACIONES

ARIEL PANZINI

MARCELO A. MAISONNAVE

EL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR, SEGÚN LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Construcción de un marco teórico acorde a los
Derechos Humanos.

(Segunda Parte: propuesta de modelo de Sistema
Disciplinario Militar)

ARIEL PANZINI¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 259-295 Recibido 22/02/2022 - Aceptado 17/03/2022

Resumen: El Derecho Disciplinario Militar, surgido a partir de la vigencia de la Ley N° 26.394, constituyó un completo cambio de paradigma, respecto al servicio de administración de justicia militar que imperó durante más de cincuenta años al amparo del Código de Justicia Militar (Ley N° 14.029). Así, adecuar el sistema de disciplina militar, según los lineamientos y estándares de los derechos humanos, no sólo es una realidad incontestable, sino una obligación de las agencias especializadas dependientes de la jurisdicción Defensa. El presente artículo constituye la segunda entrega de lo oportunamente propuesto, es decir, la verificación del reconocimiento pleno de las

1 Ministerio de Defensa; Universidad de Buenos Aires - Argentina, Abogado. Especialista en Derecho Penal (UBA). Especialista en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Conflictos Armados (INDAE). Analista en Defensa Nacional -Curso Superior- (UNDEF). Asesor Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa. Auditor integrante del Servicio Jurídico Conjunto de las Fuerzas Armadas. Estudiante de la carrera de Historia (UBA).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

garantías procesales en el marco del Anexo IV “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394. En esta oportunidad, complementando aquel marco teórico, se propone brindar otra serie de herramientas teóricas que nos permitan terminar de definir una dogmática jurídica acabada que se oriente a un indiscutido modelo de Sistema Disciplinario Militar, sustentado en los Derechos Humanos y como aporte en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas.

Palabras clave: Derecho disciplinario militar – Garantías Procesales – Ley N° 26.394 – Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas –

Abstract: The Military Disciplinary Law, arose from the validity of Law No. 26,394, constituted a complete paradigm shift, regarding the military justice administration service that prevailed for more than fifty years under the Code of Military Justice (Law No. 14,029). Thus, adapting the military discipline system, according to the guidelines and standards of human rights, is not only an undeniable reality, but also an obligation of the specialized agencies dependent on the Defense jurisdiction. This article constitutes the second installment of the timely proposal, that is, the verification of the full recognition of procedural guarantees within the framework of Annex IV “Code of Discipline of the Armed Forces” of Law No. 26,394. On this occasion, complementing that theoretical framework, it is proposed to provide another series of theoretical tools that allow us to finish defining a finished legal doctrine that is oriented to an undisputed model of a Military Disciplinary System, based on Human Rights and as a contribution in the process. democratization of the Armed Forces.

Key words: Military Disciplinary Law – Procedural Guarantees – Law N° 26394 – Code of Discipline of the Armed Forces

I. INTRODUCCIÓN

El artículo que a continuación se ofrece, corresponde a la segunda parte de lo oportunamente publicado en la presente revista (Año 5 - N° 5 - otoño 2020), vinculado a mi proyecto de investigación que, en un principio, fuera realizado en el marco de la Disposición DI-2019-1-APNDNECAE#PTN de fecha 28 de febrero de 2019 de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y, actualmente, se encuentra en pleno proceso de profundización en el ámbito del Área de

Investigación del mencionado organismo de formación profesional (DI - Seminario Permanente de Investigación *Pensamiento Nacional y Capacidad Regulatoria del Estado*.

En aquella primera entrega se determinaron una serie de lineamientos que permitieron observar la dinámica general del Sistema Disciplinario Militar, surgido a partir del Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394, de acuerdo a los estándares del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. El catalizador para ello fueron las garantías procesales, toda vez que representan los límites que se le imponen al ejercicio de la potestad disciplinaria, esto último, atributo característico de cualquier Derecho Disciplinario. En esta ocasión, se proponen una serie de herramientas jurídicas que nos permitan terminar de definir una dogmática jurídica acabada que se oriente a un indiscutido modelo de Sistema Disciplinario Militar, por supuesto, sustentado en los Derechos Humanos y como aporte en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas. Asimismo, dicho modelo no sólo intenta responder a la referida dinámica en el sentido técnico y formal, sino, sobre todo, que se articule con la necesidad de fijar nuevas bases para la construcción de un *Derecho Militar* sustentado en la doctrina de los Derechos Humanos, en nuestro caso concreto, relacionado a la vertiente disciplinaria del amplio espectro que representa la disciplina jurídica que nos ocupa. En efecto, transcurridos más de diez años de la referida reforma, con un proceso de experiencia y aprendizaje suficiente que nos posibilita reflexionar sobre el actual Sistema de Disciplina Militar, no sólo desde el plano formal normativo, sino desde las prácticas de su puesta en ejecución. Con una evidente evolución jurisprudencial, en particular, aquella surgida del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con acogida vigencia en el Derecho Interno, que precisó los cimientos de la materia jurídica en cuestión, la propuesta en cuestión se sustenta en las siguientes dimensiones de análisis a saber: a) desentrañar la naturaleza punitiva del sistema disciplinario militar que, por sus características específicas, no puede ser pensado en la ortodoxia del actual Derecho Administrativo, sino más bien, en concordancia y convencionalidad con el resto normas jurídicas del Sistema Jurídico Argentino, es decir, en una visión de heterodoxia jurídica que permita trascender cualquier tipo de escollo basado en rigorismos ineficaces, por ejemplo, límites innecesarios en la aplicación de garantías procesales, situación que afecta el efectivo cumplimiento del bien

jurídico particular, o sea, la eficiencia en el servicio militar; b) discutir la llamada *Teoría de la Sujeción Especial*, o sea, una herramienta doctrinaria, a través de la cual, históricamente, el Derecho Administrativo permitió a diferentes agencias de la Administración Pública, en particular, las Fuerzas Armadas, justificar “excepcionalidades” al momento de aplicarse normas jurídicas, entre ellas, de máxima observancia como lo son las garantías procesales; y c) la vital importancia en el reconocimiento del principio *Pro Homine*, como criterio hermenéutico de interpretación al momento de darle operatividad al Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

A través del esquema propuesto se podrá asegurar un Sistema Disciplinario Militar concreto que otorgue real operatividad a sus objetivos, de acuerdo a los estándares en materia de garantías procesales, conforme lo establecido por la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, con ello, evitar excesos en el ejercicio de la potestad disciplinaria, factor determinante en la armonía de la vida militar.

II. MODELO DE SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR

La construcción de una disciplina jurídica en ruinas

Lo primero que tenemos que decir es que nuestro Modelo de Sistema Disciplinario Militar parte del siguiente diagnóstico: el devenir de su puesta en ejecución trajo un variado cúmulo de situaciones conflictivas que hoy necesitan ser clarificadas, o por lo menos abordadas y debatidas, para un mejor funcionamiento de la administración de disciplina militar, cuestión que atribuimos esencialmente a dos factores: 1) prácticas en la implementación del Código de Disciplina, de parte de los operadores de dicho sistema jurídico, que de manera presumible imputamos a viejos resabios del inquisitivo y derogado Código de Justicia Militar, las cuales se enquistan de forma ágil y radicalizada, producto de tratarse de un régimen sustentado en un verticalismo irreflexivo por antonomasia; y 2) como cualquier otro sistema disciplinario, por encontrarse sujeto al ámbito doctrinario y jurisprudencial del Derecho Administrativo Argentino, también está caracterizado por su rigidez y poca apertura al debate respecto a sus instrumentos jurídicos específicos, panorama que puede entenderse en razón de ser una valiosa herramienta en el ejercicio del poder, en este caso, en manos del Estado Nacional y las instituciones a cargo

del monopolio de la fuerza.

En su tiempo, el célebre filósofo del derecho, Carlos Nino (2003, p. 101), nos enseñaba que no es posible determinar si una regla es una norma jurídica y si existe como tal, si no se establece que ella pertenece a un sistema jurídico existente. Esta consideración nos genera la inquietud de estudiar el conjunto de normas jurídicas que existen en torno a la denominada “vida militar”, es decir, aquellas que resultan de la organización y gobierno de las Fuerzas Armadas.

No debería escandalizarnos si reconocemos que lo que en otrora se conocía como *Derecho Militar*, en la actualidad, se encuentra en ruinas o sólo responde a una visión romántica de una época determinada de la historia argentina. En el presente no existe una dogmática jurídica vinculada al ámbito militar que se construya a partir de sus propios miembros, es decir, en lo específico de la materia, a cargo de los integrantes de los diferentes Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas, pero no como algo estanco y apartado del resto del universo jurídico argentino. Muy por el contrario, se vuelve a insistir que el *Derecho Militar* debe ser parte del *Derecho Argentino*, como una disciplina particular dentro del *Derecho Administrativo*, aunque, debido a sus características propias, también nos exige aceptar la heterodoxia jurídica referida en el punto anterior, a fin de evitar los innecesarios privilegios del pasado que no sólo favorecían a un puñado de sujetos, sino más bien contribuyeron al divorcio de los militares de la sociedad en su conjunto.

Sin más preámbulo, resulta necesario dejar en claro que los sistemas jurídicos de la Administración Pública Nacional, entre sus diferentes funciones, también tienen como misión regular, cuando así les corresponde, el ejercicio del monopolio de la fuerza, oficio en el cual se encuentra inserto el *Derecho Disciplinario Militar*, en el caso concreto, destinado a reglar el orden social interno de las Fuerzas Armadas. Sobre dicha situación, nos encontramos en la obligación de reconocer otros dos rasgos distintivos esenciales del Sistema Disciplinario Militar: a) su carácter coactivo, distinguido en normas jurídicas que prescriben sanciones que afectan el cuerpo del personal militar; y b) estar institucionalizados, o sea, que las normas establecen autoridades, órganos centralizados de ejecución y sujetos obligados que permiten reconocer un sistema jurídico existente, tal como lo requería Carlos Nino (2003), aspecto que determina la vigencia y operatividad concreta de aquel. Así lo define el citado jurista argentino: “Un sistema jurídico (o de Derecho en sentido objetivo), es un

sistema normativo reconocido (Generalmente como obligatorio), por ciertos órganos que el mismo sistema estatuye, y que regula las condiciones en que esos órganos pueden disponer la ejecución de medidas coactivas en situaciones particulares, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal” (p. 113).

Es decir, lo que se presenta como *Sistema Jurídico Argentino*, en verdad, debe pensarse como una cadena de validez integrada por eslabones intermedios, cuya pieza de engarce hacia el conjunto, por supuesto, está constituida por el binomio *Constitución Nación/Tratados Internacionales de Derechos Humanos de raigambre constitucional*, espacio en el cual deben encuadrarse, sin excepción alguna, el resto de normas jurídicas (Leyes, Decretos, ordenanzas, resoluciones, etc.), o sea, también el Código de Disciplina Militar. Así, existe una norma inicial, en nuestro caso la Constitución Nacional, que autoriza a un órgano primario (Congreso de la Nación) a dictar normas jurídicas subalternas revestidas de validez que facultan al Poder Ejecutivo Nacional a ejercer un cúmulo de notables facultades, entre ellas, otorgar un poder disciplinario al instrumento militar de la Defensa Nación, que no es otra cosa que el ejercicio del monopolio de la fuerza, en el caso específico, destinado al orden social interno de las Fuerzas Armadas.²

En este punto es sumamente relevante entender que la amplitud del ejercicio del poder punitivo del Estado excede los atributos exclusivos del derecho penal, como habitualmente se cree o se intenta justificar la no aplicación de garantías procesales en el ámbito del derecho disciplinario. Como observamos, el órgano primario por excelencia es el Congreso de la Nación, instancia que determina quién/es puede/n ejercer el monopolio efectivo de la fuerza estatal, como así también otro/s sobre quién/es recae la responsabilidad de materializar el mismo, en nuestro caso, las Fuerzas Armadas. Siguiendo

2 Aquí debemos dejar en claro que el debate filosófico sobre la validez de la primera norma, es decir, la Constitución Nacional, en nuestro caso, excede el presente trabajo, motivo por el cual partimos de la base de la validez de la misma surge de la articulación de la voluntad de los Constituyentes de 1853, en orden al poder soberano de los pueblos para dictar su propia organización jurídica, cuestión que se resignificó con la reforma constitucional de 1994, insertando un catálogo determinado de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, espacio conocido como Bloque de Constitucionalidad. En ese sentido, dejamos por el momento de lado el debate técnico del sistema de validez de normas jurídicas derivadas y no derivadas, en el esquema de análisis de Carlos Nino.

el esquema de Carlos Nino (2003, p. 128), también debemos categorizar a las Fuerzas Armadas, producto de dichas facultades, como órganos primarios del *Sistema Jurídico Argentino*. Ahora bien, en lo que hace al tema en desarrollo, la cuestión sería verificar los criterios que debemos utilizar para identificar la pertenencia de las normas a un sistema jurídico en particular, y de esta manera, adentrarnos en la función jurisdiccional propia del Estado, en nuestro caso, la capacidad de aplicar sanciones disciplinarias legítimas a sus agentes, por ejemplo, las que se regulan en el Código de Disciplina Militar. Retomamos las definiciones de Carlos Nino (2003)

Alguien podría decir que, si lo relevante es el acceso al aparato coactivo del Estado, no deberíamos identificar a los órganos primarios principalmente con los jueces, sino con los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, que son quienes tienen un contacto más inmediato con el aparato coactivo. Sin duda en algunos casos tales funcionarios pueden constituir órganos primarios, pero, como cuestión general, debe tenerse en cuenta que el propósito de concentrarnos en los órganos primarios es el de determinar qué normas ellos reconocen (p. 113).

Lo antedicho es de suma importancia, toda vez que, como se verá más adelante a través de las tres dimensiones de análisis propuestas, el personal militar embestido con potestades disciplinarias tiene atributos legales para privar de la libertad de manera legal al resto del personal militar sujeto al ámbito de aplicación del Código de Disciplina, aspecto que deja en claro el profundo respeto que debe observarse de las garantías procesales establecidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, concordante con el artículo 8° de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), y demás normas jurídicas regulatorias en la materia, de plena aplicación en los procedimientos disciplinarios establecidos a tales fines, tal como se describió en el artículo correspondiente a la primera entrega.

En efecto, nos permitimos la siguiente pregunta: ¿Existe un Derecho Militar? En base a lo visto, estamos en condiciones de indicar que las diferentes normas jurídicas que gobiernan el ámbito de las Fuerzas Armadas, ya sean, las estrictamente administrativas de organización, por ejemplo, la Ley N° 19.101 (Ley para el Personal Militar) o las destinadas al ámbito de la disciplina militar, es decir, el Anexo IV -“Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la

Ley N° 26.394, entre otras que forman el *corpus* destinado a regular el funcionamiento operacional de las Fuerzas Armadas, de acuerdo al mandato constitucional establecido en el artículo 75, inciso 27° de la Constitución Nacional, conforman un genuino sistema jurídico que podemos denominar *Derecho Militar*, situación que nos permite aseverar la siguiente definición: *El Derecho Militar es un sistema jurídico compuesto por normas jurídicas destinadas a regular el orden interior de las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, debe ajustarse a las previsiones del Sistema Jurídico Argentino, por lo cual es una necesidad brindarle a sus diferentes instrumentos jurídicos un enfoque en los Derechos Humanos, política de Estado asumida desde el regreso a la democracia de manera inexcusable.*

Asimismo, ya adelantamos que el *Derecho Militar* debería ser considerado como una vertiente dentro del *Derecho Administrativo*. Sin embargo, el *Sistema Disciplinario Militar*, a su vez, tiene normas jurídicas particulares que lo convierten, como se viene señalando, en un sistema represivo destinado a imponer castigos a todo aquel personal militar sujeto a su ámbito de aplicación cuando cometa actos de inconducta que pongan en crisis la eficiencia en el servicio de las Fuerzas Armadas, es decir, el bien jurídico regulado en el Código de Disciplina Militar. Estas características lo convierten en un sistema especial por la aplicación de normas particularmente destinadas a su ejecución, no de excepción, como tradicionalmente lo sustentó la teoría de sujeción especial. Dicho de otro modo, las mencionadas particularidades exhiben la heterodoxia jurídica con la cual debe analizarse el actual concierto de pautas que rigen la operatividad de los sistemas disciplinarios de la Administración Pública y, por lo tanto, asumir que muchos de los institutos jurídicos que por antonomasia parecerían sólo patrimonio del Derecho Penal, también son aplicables en el *Derecho Disciplinario*, en particular, todos aquellos relacionados a poner límites al poder punitivo del Estado, por ejemplo, las garantías procesales frente al ejercicio de las potestades disciplinarias reconocidas en el Código de Disciplina Militar.

Esta base normativa y ontológica nos coloca en la obligación de pensar al Sistema Disciplinario Militar por fuera de las categorías jurídicas típicas del derecho administrativo, y tenerse a la acción disciplinaria como un verdadero ejercicio del poder punitivo del Estado –*ius puniendi*–, en sus fines específicos y en el marco de la función jurisdiccional reconocida a la Administración Pública Nacional y, en consecuencia, valernos de todos aquellos institutos y principios

generales del derecho que nos brinda el Sistema Jurídico Argentino para darle operatividad real y efectiva a este mecanismo de juzgamiento y posible aplicación de sanciones coercitivas.

Ahora bien, el análisis también nos permite decir que existe un *Derecho Disciplinario Militar*, una especie dentro del ordenamiento normativo general que hemos definido como *Derecho Militar*. En base a ello, nos animamos a presentar una posible definición: *El Derecho Disciplinario Militar es una disciplina jurídica del Derecho Militar que regula la potestad pública de castigar y aplicar sanciones al personal militar sujeto al empleo militar, producto de conductas que constituyan infracciones de índole disciplinario.* En ese sentido, el *Derecho Disciplinario Militar* es un sistema jurídico de especie que a través de sus normas jurídicas específicas tutela la eficiencia del servicio en la actividad operacional militar, conforme se desglosa de los mandatos constitucionales que se le asignan al instrumento militar de la Defensa Nacional.

En resumen, la internacionalización del Derecho Interno, a partir de la reforma constitucional del año 1994, y la consecuente conformación de un Bloque de Constitucionalidad, encabezado por nuestra Ley Fundamental y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 CN), colocan también al Derecho Disciplinario Militar en un momento crítico para su resignificación, en función a otorgarle al mismo sustentabilidad convencional frente a las exigencias en materia de garantías procesales, que no es otra cosa que asegurar el bien jurídico previsto en el Código de Disciplina Militar, ya que, de no observarse las mismas de manera estricta y completa, la eficiencia en el servicio militar se vería precarizada, convirtiendo al sistema jurídico en cuestión en una mera fachada formal. Modernizar las normas jurídicas no agotó la discusión, por el contrario, la experiencia demuestra que la puesta en marcha del Código de Disciplina, trajo un cúmulo de problemáticas que nos exige pensar una dogmática jurídica propia que brinde real operatividad al mismo, situación que comenzó a afrontarse a partir del surgimiento de una corriente jurisprudencia a cargo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con recepción en el Derecho Interno, quedando en deuda el posicionamiento sustancial en el ámbito particular, es decir, el que imparten los diferentes Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas. Si bien la reforma establecida con la vigencia de la Ley N° 26.394 representó un paso significativo en la democratización del Sistema

Disciplinario Militar, la consagración definitiva sólo será posible si a la letra fría de la ley se le asigna efectividad real, por lo cual las viejas concepciones del Derecho Administrativo o los resabios del derogado Código de Justicia Militar, representan todavía hoy escollos que deben ser superado en favor de una interpretación amplia del actual Derecho Disciplinario Militar, principal ordenador de la llamada vida militar.

La doctrina de sujeción especial: desmontaje de una ficción jurídica

Históricamente el andamiaje jurídico de las Fuerzas Armadas estuvo gobernado por la denominada *Teoría de la Sujeción Especial*. En ese sentido, dicha doctrina ha entendido que las relaciones de especial sujeción se limitan a describir las relaciones ciudadano-administración, que estén sujetas a un régimen jurídico especial, ya sea voluntario aceptado (militares, funcionarios) o no (internos en prisión, en su momento los soldados conscriptos). De este hecho, especialidad del régimen jurídico, no pueden válidamente deducirse mayores restricciones a los derechos reconocidos en el estatuto especial ni concluirse un imperativo de interpretación restrictiva (criterio riguroso) de los derechos allí reconocidos a los sujetos de estas relaciones “especiales” (Lasagabaster Herrarte, 1994, p. 140). Es decir, la doctrina comentada se limita a describir la especialidad (o, en términos meyerianos “acentuada dependencia”) de un conjunto heterogéneo de sujetos que se encuentran comprendidos en diferentes regímenes jurídicos especiales cuya única característica común es su particularidad frente al régimen jurídico general; no creemos que solamente de esta descripción pueda concluirse prescripción alguna.³ La especial dependencia de los sujetos estará determinada en cada régimen

3 En este sentido, en la doctrina argentina, Salomoni afirma que “esta teoría de la relación de sujeción especial no se constituyó como una teoría. En realidad, termina siendo una cuestión de aplicación práctica a colectivos, que inclusive no están predeterminados, pudiendo, estos últimos, aumentar o disminuir respecto de la situación fáctica en la cual se está aplicando la relación. Por lo tanto, el fundamento de la institución, en mi modesto entender, no tiene existencia. Es más, en realidad, creo que nunca se intentó fundamentar, sino que fue una doctrina de facto. Es decir, la relación de sujeción especial no fue otra cosa que el intento de legitimar el poder por sobre el principio de legalidad. La legitimación del poder como en la totalidad de las instituciones del derecho administrativo, pero aquí más descaradamente. (Salomoni, J.L., 1997, p. 166).

jurídico especial, más allá del cual no puede derivarse obligación alguna ni restricción de derecho válida, por imperio del artículo 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la CADH.⁴

Es decir, la relación de sujeción especial a la cual los militares adhieren voluntaria o forzadamente, según el caso, denota contemplaciones particulares diferentes al resto de integrantes de las Administración Pública Nacional, propias de los fines y objetivos asignados a las Fuerzas Armadas, pero no por ello de excepcionalidad o privilegio frente a las exigencias del amplio espectro que forma el Sistema Jurídico Argentino. Ni las penurias de la guerra ni las exigencias de la formación militar son excusas para limitar garantías procesales en favor del ejercicio de la potestad disciplinaria, en todo caso, la eficiencia del servicio es el complemento entre ambos conceptos. Lo dicho nos permite introducir la noción de *ciudadano uniformado o soldado*, en palabras de Ramiro Riera (2014)

una concepción de la profesión militar como una actividad que mantiene continuidad con el mundo civil a través de la ciudadanía. Esto significa lisa y llanamente que la carrera y la vida militar dejan de ser pensadas y, en consecuencia, reguladas, como una actividad singular, única y excepcional que merecía un tratamiento separado y diferenciado del resto del conjunto de la sociedad. Por el contrario, el concepto de ciudadano soldado establece un piso común entre la vida civil y la vida militar, en donde uno y otro mantienen una diferencia de grado, pero no de naturaleza (pp. 36-37).⁵

Precisamente esta concepción fue la base sobre la cual se impulsó el proceso reformista que derivó en la Ley N° 26.394, cuyo disparador tuvo lugar en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Na-

4 El artículo 30 CADH entendido en los términos de la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.

5 Asimismo, cabe señalar que el autor considera a la profesión como una manifestación más del derecho humano al trabajo, sin perjuicio de sus particularidades y características propias. Sin embargo, también reconoce ciertas restricciones a derechos a diferencia de otras profesiones del Estado, por ejemplo, a la huelga o sindicalización, consideraciones que exceden los objetivos de la presente investigación.

ción en caso “López”⁶, el cual determinó que los Tribunales de Justicia Militar eran incompatibles con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de independencia judicial. Así lo afirmó: “... aceptando que toda persona sometida a la jurisdicción castrense goza de los derechos fundamentales reconocidos a todos los habitantes de la Nación, de los cuales no puede ser privados (fallos: 54:777; 310:1797), cabe entonces dotar de contenido a este principio para que tenga efectiva vigencia y no sea una mera fórmula verbal” (Considerando 5). Así, es oportuno señalar que desde siempre la doctrina constitucionalista más calificada y progresista sostuvo que el denominado “fuero militar” constituía un “fuero real”, o de causa, o sea, una jurisdicción que juzga a determinadas personas en razón de la cuestión o materia sobre la que versa el juicio, y no en razón de la persona.⁷ La originaria jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación también avaló —oportunamente— esta tesis, en tanto sostuvo que: “... el artículo 16 de la Constitución Nacional sólo ha suprimido los fueros personales, dejando subsistentes los reales, o sea, los que se dan en la naturaleza de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios”⁸, y además, que “...por el art. 16 de la Constitución Federal, han quedado abolidos los fueros personales, y sujetos a la jurisdicción de los tribunales de los Estados, los delitos comunes de los militares, que no sean cometidos dentro de los cuarteles, en marcha o en acto de servicio”⁹. En definitiva, desde las más altas esferas de la Nación Argentina se construyó la legitimación de un “sistema de casta” que se encontraba al margen del resto del universo jurídico argentino. Esta situación, si bien empezó a resignificarse a partir de la reforma Constitucional de 1994 y obtuvo el derrotero legal oportunamente desarrollado en artículo anterior, la experiencia demuestra que su vigencia se mantiene resistente en las prácticas operativas de los distintos sistemas jurídicos, entre ellos, el militar. Rafael Bielsa (1957) señalaba a su tiempo que “...en una

6 CSJN, López, Ramón Ángel s/Recurso del Art. 445 bis del Código de Justicia Militar -Causa N° 2845- (6/3/07)

7 También la por entonces jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la Nación, ha sido monolítica desde sus tiempos iniciáticos (Conf. CSJN, Fallos, 44:584, Autos Mariano Spina).

8 Conf. CSJN, Fallos: 101:405, “in re” P. Zeballos y otros.

9 Conf. CSJN, Fallos: 9:533, in re G.B. Gandía; Fallos: 14.453 in re Rodríguez y otros, Fallos; 16:61 “in re” J. Sarmiento.

organización política esencialmente no democrática puede existir, como han existido en ciertos países y épocas, privilegios, clases, castas, que determinan jurisdicciones especiales. Pero en un sistema democrático, fundado en los supuestos irreductibles de la igualdad ante la ley, ni la herencia, ni la religión, ni la profesión pueden fundar diferencias de ese orden” (p. 252).

Así las cosas, la doctrina anterior al fallo “Losicer” se aplicó a la situación de los funcionarios públicos, los militares, los estudiantes y los internos en las prisiones, y las determinaba como aquellas situaciones jurídicas en las que algunas personas sufría un debilitamiento de sus derechos o garantías como consecuencia de encontrarse sujetas a una específica relación con el poder público. Ahora bien, a partir del nuevo paradigma que se viene describiendo, según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la doctrina de la especial sujeción no puede encontrar asidero en nuestro ordenamiento legal, por lo menos concebida como un articulador de privilegios de casta. A partir de los precedentes jurisprudenciales citados en la entrega anterior, resulta claro que la tutela judicial o administrativa efectiva no puede restringirse mediante la exigencia de una renuncia expresa para quienes voluntariamente se sujetan al régimen específico que se trate, incluido el militar, como parte integrante de las instituciones del Estado Argentino. Tampoco debería restringirse a través de una renuncia “implícita” que se infiere de la aceptación voluntaria del administrado (Personal Militar) a la relación de especial sujeción (Estado Militar). No se puede legítimamente limitar derechos y menos aún garantías con la mera invocación de esta doctrina, sin importar cuán especial ni voluntaria sea la relación que une al individuo con la institución o autoridad, en primer término, y como resultado obvio, porque las limitaciones a los derechos y garantías deben estar establecidas por la ley formal a tenor de lo dispuesto por el artículo 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la CADH, circunstancias que no son aplicables al caso en concreto; y en segundo lugar, porque las garantías procesales no están sujetas a ningún régimen de sujeción especial que las limite.

Así, las condiciones que acreditan la relación de especial sujeción en el ámbito militar se encuentran prevista estrictamente en sus normas jurídicas específicas, y en cuanto a su faz disciplinaria, en el Código de Disciplina, por lo cual no resulta necesario que la interpretación de aquellas deba acudir a la doctrina analizada. La disminución de las libertades que el personal militar tendrá a raíz de esta sujeción

especial no justifica el renunciamiento a garantías constitucionales elementales, consagradas para todos los ciudadanos por imperio de las aludidas normas supranacionales. En todo caso, dicha relación de sujeción especial, establece que cuanto mayor sea el deber de obrar, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de sus hechos, pero no de vulnerar derechos y garantías, en este caso, las que regulan el juzgamiento disciplinario de militares.

En conclusión, la doctrina llama relaciones de especial sujeción a determinadas situaciones jurídicas en las que algunas personas sufren el debilitamiento de sus derechos o garantías, como consecuencia de encontrarse sujetas a una determinada relación con el poder pública. Las Fuerzas Armadas, en ese concierto, representan sólo una misión específica en sus propias finalidades, circunstancia que no habilita la desatención de garantías procesales en base a la relación de sujeción especial, tan necesarias y elementales que también deben ser reconocidas al personal militar, sea cual sea la naturaleza de la falta disciplinaria que se enrostre, sin perjuicio de las misiones extremas de las Fuerzas Armadas en el contexto de una guerra o cualquier otra situación de excepcionalidad que amerite la operatividad del instrumento militar de la Defensa Nacional.

El poder punitivo del Sistema Disciplinario Militar

Históricamente, el asunto del poder punitivo del Estado -*Ius Puniendi*- ha sido sobredimensionado y reducido al ámbito del derecho penal. Nada más inapropiado. El poder punitivo tiene diferentes formas de manifestarse en el contexto de un Estado moderno que se organiza a través de la división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), motivo por el cual la distribución de ese poder que se vincula a la función jurisdiccional del Estado, ha querido que cada institución del mismo, en sus funciones específicas y cuando así corresponda, ejerza pequeñas cuotas materiales del *ius puniendi*, aunque muchas veces ello sólo se lo relacione con los atributos del Poder Judicial. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo (como el Legislativo), también ejerce el poder punitivo del Estado, sin perjuicio de las finalidades que cada ordenamiento jurídico debidamente especifica en sus objetivos.

No es el lugar y momento para definir la función jurisdiccional del Estado, pero si dejamos en claro que la misma tiene su razón de ser en el objeto de sustanciar un proceso y/o procedimiento que resuelva un conflicto de carácter jurídico, es decir, donde tenga que intervenir

el Estado como regulador del orden social. Por otro lado, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, aplicable a nuestro Sistema Jurídico de corte continental, define al *ius puniendi* como la potestad del Estado para castigar mediante los diferentes sistemas represivos existentes en el Derecho: el derecho penal, que es aplicado por los Jueces y Tribunales, y en el derecho administrativo sancionador, que es aplicado por la administración pública.¹⁰ De esta manera, dentro del ámbito represivo del Estado, cuando se afecta el eficiente funcionamiento del servicio en las Fuerzas Armadas, nace la pretensión jurídica del Estado para reprimir al presunto infractor, o sea, como exigencia concreta de aplicar ese *ius puniendi* que se hace valer mediante la acción disciplinaria.

Por otro lado, se reconoce que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar de él, motivo por el cual es necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos y asignar porciones del poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En suma, instaurar mecanismos legales donde el poder detenga al poder (Barraza, 2007). Ahora bien, sin entrar en detalles históricos sobre el asunto, la realidad nos muestra que la evolución de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, terminó reconociendo en forma pacífica las funciones jurisdiccionales de la Administración Pública Nacional, a partir del fallo “Fernández Arias”, donde se fija detalladamente en qué casos se admiten tribunales administrativos, o sea, el ejercicio de la función jurisdiccional y, con el ello, la atribución del *ius puniendi*. De dicho precedente, destacamos el considerado 4º: “Es preciso advertir que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos es uno de los aspectos que, en mayor grado, atribuyen fisonomía relativamente nueva al principio atinente a la división de poderes. Esta típica modalidad del derecho público actual, desde luego, no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del Estado. Muy por el contrario, constituye uno de los modos universales de responder pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja de la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo pasado; y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz

¹⁰ Diccionario Panhispánico Español Jurídico. Ver <https://dpej.rae.es/lema/ius-puniendi>

y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos...”.¹¹ En base a ello, la Corte Federal en numerosos fallos resolvió que es compatible con la Ley Fundamental la creación de órganos, procedimientos y/o jurisdicciones especiales de índole administrativa, destinados a hacer efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, habida cuenta de la creciente complejidad de las funciones asignadas a la Administración Pública (fallos: 193:408; 240:235; 244:548; 245:351; entre otros). Sin embargo, la discusión no sólo se centró en los alcances del control judicial de dicha actividad jurisdiccional, sino también hacen frecuente mención al debido ejercicio del derecho de defensa en el ámbito administrativo, particularmente, el derecho a ser oído y a producir prueba. Así, el fallo “Coria” (1962)¹², el principal argumento que utiliza la Corte para dejar sin efecto una sanción aplicada por el Jefe de Policía es que no se había respetado el derecho de defensa. En sintonía con éste, el fallo “Rosales” (1962)¹³, expresó que la defensa en juicio, garantía de raigambre constitucional, requiere que la decisión de controversias sobre puntos del derecho común, el procedimiento administrativo otorgue adecuado recurso ante un tribunal de justicia. Idéntico en el caso “Complejo Agroindustrial San Juan” (1996), basándose en el dictamen del Procurador General de la Nación, donde se señala: “... la citada legislación también ha establecido el procedimiento destinado a que la decisión jurisdiccional administrativa encuentre suficiente control judicial, que asegure el ejercicio de derecho de defensa del interesado (arts. 62, apart. 2 y 70).¹⁴ Finalmente, el fallo “Litoral Gas” (1998)¹⁵ expresó: “El ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos, a efectos de una mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento de la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte, está condicionado a limitaciones constitucionales que surgen del art. 109 de la Constitución Nacional y de la garantía del art. 18 de la Ley Fundamental, tales como la exi-

11 Fernández Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión, Corte Suprema de Justicia. 19 de septiembre de 1960 (CSJN 247:646).

12 CSJN 252:356.

13 CSJN 253:485.

14 CSJN 319:498.

15 CSJN 321:776.

gencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente y la limitación que se deriva de la materia específica que la ley sometió al previo debate administrativo”.

De la lectura de dichos fallos, observamos que la función jurisdiccional, entre los límites y contornos establecidos a lo largo de su recorrido jurisprudencial, también hace insistente hincapié a que uno de ellos es el respeto a las garantías procesales, motivo por el cual podemos inferir que a través del fallo “losicer”, estaríamos en una cuarta etapa determinada por los límites a esa potestad jurisdiccional en ejercicio de su poder punitivo (aplicación de sanciones de corte disciplinario) al determinar el pleno reconocimiento de todas las garantías procesales previstas en el artículo 18 CN y 8° CADH. Vale mencionar la vigencia de los argumentos del considerando 4° del fallo “Fernández Arias”, donde una vez más la necesidad de trascender los tiempos también es una condición de la vigencia del Estado de Derecho, sobre todo, con el devenir de la doctrina de los Derechos Humanos.

Es oportuno mencionar la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación al respecto: “En lo atinente a la actuación del Ministerio Público Fiscal en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, son aplicables ciertos aspectos del tratamiento especial que se le reconoce en el derecho penal y procesal penal. En efecto, la extensión de ciertos principios del Derecho Penal y Procesal Penal al Derecho Administrativo sancionador se debe, por un lado, a que ambas disciplinas constituyen una expresión del poder punitivo del Estado con fundamento en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional -más allá de que Derecho Administrativo Sancionador es aplicado por el Ejecutivo y no por el juez, y sin perjuicio de su revisión judicial ulterior y, por otro lado, a que el desarrollo dogmático del Derecho Penal es mucho mayor que el del Derecho Administrativo sancionador; y en particular, el Derecho Penal creó técnicas y herramientas de garantía de los derechos individuales de mayor entidad. (v. dictamen 303:454 bis).

Es evidente que dicho organismo reconoce la heterodoxia jurídica que esta tesis viene sosteniendo a lo largo del presente proyecto de investigación, particularmente, en despejar dudas respecto a la aplicación de garantías procesales en el Derecho Disciplinario, en el sentido que su reconocimiento no corresponde al patrimonio exclusivo del Derecho Penal y sus fines, sino más bien a todos los sistemas

jurídicos que exhiban el ejercicio del poder punitivo del Estado, entre ellos, las sanciones disciplinarias. Por supuesto que la determinación de cada garantía procesal puesta en juego, conforme el catálogo establecido en el artículo 8° CADH, dependerá de cada caso en concreto. En el número anterior se puso a disposición, a modo de caso testigo y con el fin de poner en práctica el modelo teórico propuesto, ciertos hechos constitutivos de violencia de género con repercusión tanto en el ámbito disciplinario como penal, donde la condición de procedibilidad, establecida en el artículo 72 del Código Penal, suele utilizarse como escollo legal para anular la acción disciplinaria y, con ello, la evidente afectación de la garantía de acceso a la justicia (tutela administrativa efectiva).

En este sentido, tanto la Procuración del Tesoro de la Nación, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, definieron a la potestad disciplinaria de la Administración Pública como aquella que: "... tiene por finalidad asegurar y mantener el normal funcionamiento de los servicios a su cargo, por lo cual la imposición de las sanciones disciplinarias resulta ser el ejercicio de una facultad inherente al poder de administrar" (conf. Dict. 121:166; 199:175 y Fallos 254:43). Es decir, el Sistema Jurídico Argentino ha querido que el Código de Disciplina, además de ser un ordenador social al interior de las Fuerzas Armadas, en miras a sus funciones específicas, establezca la adecuada y única herramienta mediante la cual se pueda aplicar también una sanción disciplinaria, entre ellas, arrestos que conllevan la privación de la libertad en forma legal. Es decir, al igual que ocurre con los Jueces destinados por ley soberana a aplicar penas privativas de la libertad, para desarrollar las funciones militares, el legislador entendió que se debía embestir a ciertas autoridades dependientes del ámbito de la Defensa Nacional con la facultad de poder privar de la libertad en forma legal al personal militar sujeto al ámbito de aplicación del Código de Disciplina.¹⁶ Sin embargo, dicha máxima expresión de la violencia del poder del Estado, también exige a dichas autoridades administrativas la observancia de todos los límites que el mismo Sistema Jurídico Argentino impone a los Jueces, motivo por el cual las garantías procesales asumen un lugar central al momento de activarse el Sistema Disciplinario Militar.

16 Es necesario aclarar que las Fuerzas de Seguridad y Penitenciarias también se encuentran dotadas de potestad disciplinaria de la misma naturaleza a las Fuerzas Armadas.

Todo lo dicho anteriormente tiene recepción en el Código de Disciplina al momento de legislar, como garantía de limitación del ejercicio del poder punitivo, los principios generales establecidos en el artículo 2 (Principios), en particular, los incisos 3° (La sanción debe ser considerada como un instrumento de respaldo en el mantenimiento de la disciplina y no su herramienta principal); 6° (Toda sanción será proporcionada, con la falta cometida y con los efectos directos que esa falta produce en el cumplimiento de las tareas); y 9° (El ejercicio de las acciones disciplinarias no deberá ser arbitrario. En todo caso se explicará al infractor el fundamento de las sanciones). Otra evidencia del reconocimiento expreso de las citadas limitaciones lo encontramos en el artículo 4 (Prohibiciones), en esta oportunidad en el inciso 9° que establece: "La aplicación de sanciones con rigor excesivo, formalismo o sin ninguna utilidad para el cumplimiento de las tareas o del estado de disciplina", es decir, límites al poder punitivo disciplinario en su ejercicio en cuanto a la materialidad de la lesividad de la conducta reprochada, que no es otra cosa que el reconocimiento del Principio de lesividad, en el modelo garantista de Ferrajoli.

Lo antedicho se complementa al preverse limitaciones en cuanto a las competencias de aquellas autoridades embestidas con potestad disciplinaria en las siguientes figuras legales: "Las sanciones deberán ser impuestas por quien tiene el Comando, pero podrán ser también impuestas, modificadas, agravadas, anuladas o perdonadas por el Superior Jerárquico, conforme el artículo 6° (Conf. Art. 2, inc. 7) y "Las sanciones privativas de libertad superiores a cinco (5) días sólo podrán ser impuestas por un Consejo de Disciplina, salvo que el infractor acepte expresamente la imposición directa, y no se trate de la sanción de destitución o un arresto superior a treinta (30) días" (Conf. Art. 2, inc. 8).

En definitiva, el fundamento de las sanciones disciplinarias en el ámbito militar representa esa reafirmación del poder punitivo del Estado, otorgada a ciertas autoridades con potestad disciplinaria y a los efectos de llevar adelante los objetivos del Código de Disciplina, que no es otro que las misiones asignadas a las Fuerzas Armadas. Empero, el ejercicio del poder punitivo, mediante el sistema disciplinario, no es ilimitado, así como no lo será para el sistema penal con sus características y finalidades propias o cualquier otro sistema jurídico del que se valga el Estado para imponer su voluntad. El catalizador que exige el Derecho Argentino para cualquier sistema jurídico que

ejerza el poder punitivo son las garantías procesales, sin perjuicio del fin que busque la norma específica, en nuestro caso, la eficiencia del servicio militar, en el caso del Derecho Penal, la función de control social de toda la ciudadanía en general, clara diferenciación muchas veces mal interpretada.¹⁷

En efecto, el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas Armadas es la expresión clara y concreta del poder punitivo del Estado Argentino. La norma legal dotó al instrumento militar de la Defensa Nacional de su herramienta más violenta: la imposición de sanciones de carácter restrictivo que afectan derechos individuales del personal militar, entre ellos, la libertad corporal. Es así que la observancia de las garantías procesales es una obligación inexcusable, sin perjuicio de la naturaleza de la falta que se trate y/o procedimiento establecido a tales fines, toda vez que la posibilidad de aplicar sanciones bajo la modalidad de arresto riguroso es potestad de la autoridad militar en cualquiera de sus casos, conforme lo previsto en el capítulo II del Código de Disciplina. Dicho de otro modo, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, el Presidente de la Nación, en este caso delegando en ciertas autoridades vinculadas al ámbito de la Defensa Nacional (Ministerio de Defensa y Fuerzas Armadas), también cuenta con la facultad de privar de la libertad a ciudadanos al igual que los Jueces del Poder Judicial, cuya única diferencia se sustancia en la finalidad de los diferentes sistemas jurídicos, en particular y en cuanto nos ocupa, el militar, tendiente a lograr los objetivos del citado instrumento militar, donde la eficiencia del servicio (bien jurídico recogido por el Código de Disciplina), es de central importancia por representar el orden social interno de las Fuerzas Armadas.

Principio *Pro Homine*: Fuente axiológica de interpretación en el Derecho Disciplinario Militar

17 La discusión del denominado *Principio de la Autonomía Disciplinaria*, es decir cuando conviven la acción penal y la acción disciplinaria, simultáneamente, en ocasión de un mismo hecho, excede los objetivos de la presente investigación. Sin embargo, es importante remarcar que el poder punitivo del Estado es uno solo, sin perjuicio de las finalidades propias del ámbito del derecho se trate, cuya materialidad justamente se encuentra en el artículo 8 del Código de Disciplina por la naturaleza misma que los liga en cierto punto de su ejercicio.

Lo primero que debemos aclarar es que las apreciaciones que a continuación se realizarán tienen como fin desnaturalizar ciertas prácticas jurídicas observadas en el marco de la dinámica diaria de los expedientes disciplinarios, mediante las cuales se afectan todo tipo de garantías procesales, en favor de ritualismos innecesarios, muy posiblemente surgidos de los mencionados resabios heredados de la inteligencia del derogado Código de Justicia Militar. Es decir, si bien resulta una obviedad hablar de la obligación de respetar el principio *Pro Homine* dentro del Derecho Argentino, la experiencia nos dicta que su acabado reconocimiento en el Sistema Disciplinario Militar todavía tiene márgenes difusos que necesitan aclararse para el público del ámbito específico.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos proveen una regla general acerca de cómo armonizar las Constituciones locales a los múltiples preceptos jurídicos surgidos de la doctrina de los Derechos Humanos. Nos referimos al *Principio Pro Homine*, criterio de interpretación jurídica que asume el carácter de principio general del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo establecido en el Artículo 29 CADH (Manili, 1999, p. 199). No está de más señalar que el principio que nos ocupa es uno de los pilares esenciales del Régimen de Protección Internacional de Derechos Humanos. Conforme lo señala Mónica Pinto, el principio *Pro Homine* ha sido utilizado por los órganos internacionales de Derechos Humanos de distintos modos, a saber: a) Como pauta hermenéutica, según la cual las normas de protección de derechos humanos más específicas deben preferirse a las más genéricas y las que brindan una protección mayor a aquellas que brindan una menor. En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: “los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes”¹⁸. Mientras que la Corte IDH ha remarcado: “la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la convención utilizando principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales o en los propios ordenamientos internos (...) todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención en virtud del art. 29...”;¹⁹ b) Como límite a las restricciones legítimas a los derechos humanos, en sentido que

18 Fallos 320:2153.

19 OC-4/84, opinión separada del Juez Piza Escalante.

sólo son admitidas aquellas restricciones que se ordenen por ley (en sentido formal) clara y precisa y que sean estrictamente necesarias para mantener el orden público; y c) Como límite a la suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos: en virtud de este principio se acumulan, en cabeza del estado, todas las limitaciones que surgen de normas internacionales e internas en esta materia, es decir, las normas constitucionales que regulan el estado de sitio y las normas internacionales que regulan los estados de emergencia o excepción (Pinto, 1997, p. 165).

Asimismo, el principio *Pro Homine* también es reconocido por la Procuración del Tesoro de la Nación, en materia derecho disciplinario, al decir que: “Los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los instrumentos internacionales imponen la obligación de avanzar progresivamente hacia mecanismos de control más efectivos. Ello supone, entre otras cosas, reconocer sin cortapisas las atribuciones legalmente conferidas a los organismos especializados en la investigación de irregularidades administrativas” (Conf. Dictamen 300:077). Dicho de otro modo, los regímenes disciplinarios están obligados a avanzar progresivamente en materia de garantías procesales, según los estándares derivados de la doctrina de los derechos humanos, establecida en nuestro país desde el retorno a la democracia, como política pública de Estado irrenunciable.

Rápidamente, podemos razonar que, en el marco de un expediente disciplinario, bajo el amparo de la ley N° 26.394, no existe motivo alguno que viabilice la suspensión de ningún tipo de garantía procesal. Ni el régimen de sujeción especial, ni la interpretación literal e irreflexiva de la norma específica, habilitan a dejar de lado normas operativas como las garantías procesales, las cuales deben ser aplicadas al Sistema Disciplinario Militar en su completa interpretación en función al principio *Pro Homine*, no sólo como protección a los derechos humanos más esenciales del personal militar, sino a fin de garantizar el bien jurídico resguardado en el Código de Disciplina.

En resumen, el Principio *Pro Homine*, se define como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella norma que brinde una protección más favorable para la persona humana, en sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones (Manili, 2003, pp. 220-221). En esta línea, la CorteIDH, ha señalado: “si en una misma situación son aplicables la

Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.²⁰ A su vez, es prudente recordar los argumentos del célebre jurista Bidart Campos, al referirse al origen de la norma más favorable: “... toda vez que el principio pro homine es de rango constitucional (porque el art- 75, inciso 22 incorporó tratados internacionales que lo contienen) es la propia fuente constitucional la que desde su vértice nos remitirá a cualquier otra fuente y su norma derivada, que sean capaces de suministrar la mejor solución (...). Así como el derecho internacional penetra en el derecho interno que le brinda recepción a su vez asume al derecho interno cuando éste es más generoso y holgado en su sistema de derechos y puede rendir resultado más benéfico que el internacional”.²¹ De este modo, el principio *Pro Homine* se relaciona indisolublemente con el carácter mínimo que debe reconocerse a las normas internacionales de derechos humanos, en el sentido que a través de ello se está marcando un piso de protección que el Estado está obligado a garantizar a las personas sometidas a su jurisdicción, motivo por el cual nada impide que los mismos dicten normas internas o tengan prácticas jurídicas que superen dicho colchón mínimo, o sea, que vayan más allá y brinden una protección mejor de las garantías de las personas, por ejemplo, en materia de Derecho Disciplinario Militar. En tal caso, por aplicación del principio *Pro Homine*, el intérprete debe aplicar esa norma interna cuando beneficia más a la persona.²² Por consiguiente, el principio *Pro Homine* también resulta ser una fuente axiomática dentro del Derecho Disciplinario Militar y, por lo tanto, es el criterio de interpretación de las normas jurídicas al cual deberán recurrir los operadores del Sistema Disciplinario Militar, al momento de adoptarse medidas que resuelvan los conflictos jurídicos traídos a discusión, a través del Código de Disciplina, sin perjuicio de la naturaleza de la falta y/o procedimiento específico trate. Es decir, el criterio hermenéutico de interpretación que se encuentra vigente es el instituido por el principio *Pro Homine*, motivo por el cual ninguna práctica y mucho menos resolución en el marco de una actuación disciplinaria puede llevarse adelante desconociéndose el

20 OC-5/85, párrafo 52.

21 Bidart Campos, G. (1997). *La responsabilidad del Estado en tratados con Jerarquía Constitucional*, en Revista Entre Abogados, Año V, N° 1, San Juan, p. 4.

22 Manili, P. L., ob. cit. p. 222.

mismo. Inferir ello, representa un grave menoscabo al bien jurídico resguardado en la norma, toda vez que la limitación de garantías procesales, plenamente ejercitables en función a este principio, producirá injustificablemente afectaciones frente a las obligaciones del artículo 29 CADH, y, por ende, un desconocimiento de lo previsto en el artículo 1° del Código de Disciplina. Ningún formalismo es justificante para limitar el reconocimiento del principio *Pro Homine*, y es deber de quien ejerce la potestad disciplinaria aplicar la norma que consagre el mejor derecho al presunto infractor, es decir, el menor efecto lesivo sobre el mismo.

A efectos de hacer más gráfico lo antedicho, a continuación, planteamos un breve caso testigo que pueda explicar en forma más visible la aplicación práctica del principio *Pro Homine* el ámbito jurídico específico.

El amplio derecho de defensa técnica en el debido proceso disciplinario militar, en el marco de los procedimientos para la aplicación de sanciones leves y graves.

Lo primero que describiremos es el escenario donde se pretende introducir la importancia del reconocimiento del principio *Pro Homine* en el marco del modelo de Sistema Disciplinario Militar propuesto. Así, es habitual encontrarse con prácticas que posteriormente se traducen en la instrumentación de actos jurídicos dispositivos (sanciones, resoluciones, disposiciones legales de orden interno, etc.), donde se ven gravemente afectadas garantías procesales, en particular, el debido proceso disciplinario y el derecho de defensa. Uno de los casos más típicos es la negación deliberada del ejercicio del derecho de defensa técnica en ocasión de procedimientos por faltas disciplinarias de naturaleza grave y leve. Es decir, cuando el presunto infractor por las razones particulares del asunto justiciable, en el contexto de dichas faltas disciplinarias, manifiesta su voluntad de hacer uso de dicha garantía al momento de ser interpelado por la autoridad militar con potestad disciplinaria, se le impide el mismo en razón de no estar previsto taxativamente en el Código de Disciplina. Esta práctica se repite frecuentemente de parte de los operadores del Sistema Disciplinario Militar (autoridad con potestad disciplinaria, oficiales Instructores o, oficiales Auditores Instructor, oficiales instructores, como así también aceptación de defensores).

En tal sentido, lo primero que debemos advertir es que oportunamente la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, acertadamente, mediante la emisión de la Circular N° 54/2012, reconocía el amplio

ejercicio del derecho de defensa, sin discriminar la naturaleza de los procedimientos y/o faltas, en los siguientes términos: “No se obstaculizará al presunto infractor la designación del defensor de su confianza, o en su caso del abogado que desee designar. Ello salvo el caso que exista una imposibilidad material de que estos puedan desempeñar debidamente el cargo de que se trate dentro de los términos de la ley”. Es decir, no sólo permite al presunto infractor valerse de un defensor militar (Oficial Auditor Defensor), sino también de un profesional del derecho, debidamente matriculado, sujetos que asumirán la defensa técnica, según la mejor conveniencia del interesado. Sin embargo, esta doctrina tan atinada y en sintonía con la perspectiva en derechos humanos puesta en valor luego de la reforma integral, se muestra contradictoria producto de la dictada de la Circular N° 68/18, mediante la cual la misma máxima instancia de asesoramiento jurídico militar, prohíbe la intervención de defensores técnicos en los procedimientos por faltas graves, postura que, por correlato, también es trasladable a aquellos por faltas leves. Entre los fundamentos esgrimidos para tal radical cambio de criterio, podemos encontrar el presunto equilibrio que se rompería entre las necesidades de celeridad y eficacia que el tipo de procedimientos necesitan concretar para alcanzar sus objetivos, es decir, la eficiencia del servicio, y las garantías del presunto infractor (dicha autoridad las encuadra como derechos), situación la cual deja inferir estaría relacionada con la presencia material del defensor técnico. Los argumentos legales son la supuesta falta de “previsión legal” en la norma específica -sólo se reconoce la garantía de defensa técnica en las investigaciones por presuntas faltas disciplinarias de naturaleza gravísima-, como así también la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la cual la fuente principal de derecho es la letra de la ley. La conclusión de la Circular en cuestión es la siguiente: “No estando prevista la designación de un defensor en la norma que regula la investigación e imposición de sanciones graves y, habiéndose accedido a tal cometido, no debe el intérprete suplir la voluntad del legislador, asignando un sentido más amplio y transformar este procedimiento en aquel que fuera establecido para la instrucción de faltas disciplinarias, desnaturalizando el fin perseguido por la ley”. Desde ya, adelantamos que no compartimos este último criterio por considerarlo atentatorio a una de las más elementales garantías irrenunciables que tiene el Derecho, como es el derecho de defensa en su más completo entendimiento, interpretación que no desconoce ni

la letra de la ley, y muchos menos, la voluntad del legislador, por el contrario, los siguientes planteos versarán en hacer estricto cumplimiento a dicha letra de ley y voluntad del legislador, sobre todo, con el devenir de la doctrina de los Derechos Humanos.

Dicho ello, debemos afirmar que el derecho de defensa de la persona humana, sea cual sea el procedimiento al cual esté sometido, se asegura mediante el debido proceso, cuestión que no es objeto de discusión. Si bien excede a nuestro objeto esgrimir una definición analítica de *debido proceso legal*, debemos recordar que es una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, que, al establecer límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos estatales frente a los individuos, representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos. Para poder afirmar que un *proceso*, regulado por la *ley*, satisface plenamente la garantía del debido proceso legal, tiene que cumplir el requisito indispensable de otorgarle al individuo la oportunidad suficiente de participar con utilidad en dicho proceso (Bidart Campos, 1997). Esto significa que el debido proceso legal no queda satisfecho por el cumplimiento de meros formalismos, por ejemplo, la invocación abstracta del derecho de defensa, sino que su utilidad radica en la concreta operatividad del mismo, es decir, la satisfacción de la finalidad para la cual ha sido contemplada cada una de las garantías puestas en juego.

Obviamente, esta utilidad requerida al proceso no implica que las pretensiones de las personas, cuyos derechos u obligaciones están sujetos a la determinación de una autoridad pública, deban conducir necesariamente a una decisión favorable. Se exige, básicamente, que dichas decisiones estén debidamente fundadas²³, y ajustadas a ciertos parámetros mínimos de razonabilidad.²⁴ Así, podría delimitarse

23 Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23-6-05, párr. 149; Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, del 22-11-05, párr. 216; Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, del 19-9-06, párrs. 120 y 122.

24 Como enseña Gordillo, el debido proceso *sustantivo*, como garantía de razonabilidad, se aplica de igual forma a las decisiones —tanto generales como particulares— provenientes de cualquier órgano del Estado. Para que una decisión esté ajustada a un criterio básico de razonabilidad, debe tener como mínimo: a) sustento fáctico suficiente; b) proporcionalidad del fin perseguido a los hechos que lo sustentan; y, c) congruencia y proporcionalidad de los medios empleados tanto con el fin razonablemente perseguido como con el sustento fáctico suficiente que los fundamentan. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho*

tarse el concepto de debido proceso legal a partir de sus dos aspectos esenciales, definiéndolo como aquella garantía que asegura el ejercicio del derecho de defensa en un proceso que debe culminar en una decisión fundada, justa y razonable (Alonso Regeira, 2013, p. 131).

Una lectura desprevenida del artículo 8° de la CADH podría conducir a dos conclusiones respecto de su ámbito material y personal de aplicación que, bueno es aclararlo desde el principio, son incorrectas. El primer error consistiría en hacer una distinción rígida entre los procedimientos penales y el resto.²⁵ El segundo, en considerar que la garantía del debido proceso legal sólo debe ser respetada por un *juez o tribunal*, con exclusión de los otros órganos del Estado. Respecto del primer asunto mencionado —el ámbito material—, es cierto que de una lectura literal del artículo 8° podemos distinguir que, mientras en una primera parte *medular*, encontramos ciertas garantías procesales establecidas de modo general, destinadas a un ámbito de aplicación amplio (inciso 1), en el resto encontramos garantías consagradas de forma más específica que las anteriores, y dirigidas expresa y principalmente a los procesos penales (incisos 2 a 5). Esta interpretación es incorrecta ya que, como lo ha confirmado en forma constante y reiterada la jurisprudencia de la Corte IDH, aspectos detallados en la primer entrega de nuestro trabajo, todo el elenco de garantías procesales establecido en el artículo 8° de la Convención es aplicable, en cuanto sea compatible, a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.²⁶ Del derecho de defensa en el marco del debido proceso

administrativo, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. VI, § 11, págs. 34-35. Para un examen de las pautas de razonabilidad elaboradas por la CS, cabe remitirse a Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed., págs. 328-336.

25 Esta interpretación es la que parece proponer Medina Quiroga, al opinar que obligar a los Estados a establecer todas las garantías mínimas para todo tipo de procedimiento, en ocasiones aparecerá como excesivo. La autora agrega que a su juicio “*la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha sido clara en hacer esta distinción...y ha ampliado innecesariamente el ámbito de aplicación del artículo 8.2.*” (Medina Quiroga, 2005, p. 285).

26 Corte IDH, *OC-11/90, ya cit.*, párr. 28; Corte IDH, Caso de la “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros*) vs. Guatemala, del 8-3-98, párr. 149; Corte IDH, Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, del 31-1-01, párr. 70; Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, del 2-2-01, párr. 125;

disciplinario, no hay duda de su compatibilidad, cuestión que incluye la defensa técnica. El fundamento quedó clarificado al momento de describir la naturaleza del *ius puniendi* que caracteriza a los procedimientos disciplinarios, bajo el amparo del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas.

En relación con la segunda cuestión, la Corte IDH ha establecido con claridad, en el *Caso del Tribunal Constitucional*, que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.”²⁷ Sin embargo, tanto en éste, como en otros casos en que la Corte IDH tuvo que referirse al deber de los distintos órganos del Estado de respetar la garantía del debido proceso, se hallaba frente a supuestos de ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales -o asimiladas como tales-.²⁸ Cabe entonces preguntarse si los tres órganos del Estado tienen que respetar esta garantía en el ejercicio de funciones materialmente no jurisdiccionales, o sea, en el ejercicio de la función administrativa (no sancionatoria),²⁹ y de la función legislativa,³⁰ y, en

Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01, párr. 103; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua, ya cit.*, párr. 149.

27 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, ya cit.*, párr. 71.

28 Así, en el *Caso del Tribunal Constitucional, ya cit.*, se examinaba la aplicación de una sanción de destitución de las tres víctimas por parte del Poder Legislativo a través del procedimiento de juicio político (ver párr. 71); en el *Caso Baena, ya cit.*, se analizó la sanción administrativa del despido de 270 trabajadores estatales a través de un proceso no debido (ver párr. 124); en el *Caso Ivcher Bronstein, ya cit.*, se planteó el problema del procedimiento seguido por la dirección general de migraciones y naturalizaciones para dejar sin efecto el título de nacionalidad peruana adquirido por la víctima (ver párr. 104); en el *Caso Yatama, ya cit.*, la Corte IDH concluyó que las decisiones adoptadas por el Consejo Supremo Electoral que afectaron la participación política de ciertos candidatos no se encontraban debidamente fundamentadas ni se ajustaron a los parámetros consagrados en el artículo 8.1 de la CADH (ver párrs. 149 y 164).

29 En el *Caso Baena, ya cit.*, la Corte IDH hizo expresa extensión del debido proceso legal al proceso administrativo sancionatorio (ver párr. 124).

30 Como enseña Linares (1986) “cada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas sin que ello obste a la acumulación (en forma

caso afirmativo, con qué alcance rige el debido proceso legal para el ejercicio de tales funciones. Como lo ha señalado recientemente la Corte IDH en el *Caso Claude Reyes*, la respuesta es afirmativa, es decir, todos los órganos del Estado, tanto en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, administrativas o legislativas, deben cumplir con el debido proceso legal.³¹

En tal sentido, y especialmente en la observancia del derecho de defensa, la Corte IDH se ha expresado en los siguientes términos: “El Tribunal ha establecido anteriormente que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”.³²

Establecido que el debido proceso legal debe ser respetado por todos los órganos del Estado en el ejercicio de las diversas funciones estatales, cabe interrogar si existe alguna diferencia en su aplicación a los distintos procesos y, en caso afirmativo, cuáles. Ya se ha señalado que, mientras el *debido proceso sustantivo* como garantía de razonabilidad, se aplica de igual forma a las decisiones provenientes de cualquier órgano del Estado, por el contrario, la determinación de qué garantías procesales del *debido proceso adjetivo* —y con qué

entremezclada) de funciones materialmente distintas” (p. 84).

31 Si bien este caso versaba específicamente sobre un procedimiento administrativo, la Corte IDH dejó claramente sentada su postura a favor de una interpretación amplia del ámbito de aplicación de esta garantía. En dicho precedente, la Corte IDH decidió que la autoridad estatal administrativa encargada de resolver una solicitud de información, al no adoptar una decisión escrita debidamente fundamentada, no cumplió con la garantía protegida en el artículo 8.1 de la CADH, expresando que: “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas [...]”. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros, ya cit.*, párrs. 118-119. El voto en disidencia firmado por los jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga, deja expuesta la posición contraria, al expresar que “el artículo 8 se aplica cuando un órgano del Estado está ejerciendo facultades jurisdiccionales, lo que no parece posible argüir respecto de la negativa de un funcionario de proveer información a un particular”.

32 Fallo CorteIDH “López Vs Venezuela”, Sentencia 1/09/11; (Fondo, Reparaciones y Costa), Ap.1.2.a; párrafo 117.

alcance— son aplicables en el ejercicio de las distintas funciones estatales, dependerá de las particularidades que se presenten en cada caso y proceso concreto. En consecuencia, debido a que las garantías procesales contempladas en el artículo 8° CADH, se aplican directamente y sin necesidad de mayores adaptaciones a los procesos judiciales, resulta necesario, en forma previa, hacer algunas referencias generales sobre las características más salientes de la garantía del *debido proceso adjetivo* en el procedimiento administrativo (disciplinarios), ya que serán de utilidad para la aplicación y adaptación de cada garantía procesal en dichos ámbitos.

Respecto del procedimiento administrativo,³³ cabe señalar, en primer lugar, que aun cuando siempre debe exigirse un control judicial sustantivo posterior de las decisiones administrativas,³⁴ esta circunstancia no releva a los órganos de la administración del cumplimiento de las reglas adjetivas del debido proceso, cuya violación no es susceptible de saneamiento posterior.³⁵ Asimismo, es necesario aclarar que aun cuando el decreto-ley N° 19.549/72, reconoce expresamente el debido proceso adjetivo como comprensivo de la posibilidad de ser oído, ofrecer y producir pruebas, y obtener una decisión fundada,³⁶ sus particularidades requieren adicionalmente que, por un lado, se dé

33 No está de más aclarar que cuando se habla de *procedimiento administrativo* se hace referencia a aquél radicado en sede administrativa, distinto del *proceso administrativo*, que es un verdadero proceso judicial en el que se juzga o controla la actividad administrativa. También parece conveniente distinguirlo de los procedimientos seguidos por los tribunales administrativos, ya que aun cuando dichos *procedimientos* siguen siendo *administrativos*, en ellos se aplicarán, incluso con mayor rigor, todas y cada una de las exigencias del debido proceso legal (Gordillo, 2006, p. 3).

34 Aun de las dictadas por tribunales administrativos y/o entes reguladores. CSJN, *Fernández Arias*, 1960, Fallos, 247: 646; CSJN, *Angel Estrada*, 2005, Fallos, 328: 651.

35 Es preciso aclarar sobre este punto que la CS, verificado el cumplimiento de la revisión judicial posterior, no ha prestado demasiada atención al debido proceso administrativo (Miller, 1991, p. 505). La Cámara Federal, por su parte, tiene criterios dispares. En sentido concordante a la interpretación aquí expuesta, se ha pronunciado la Sala I de la CN CAF, en *Nazzeta, Diego Andrés c/ CNRT - Resol. 2233/04 s/ medida cautelar autónoma* (18/11/05). El criterio opuesto ha sido sostenido por la Sala III de la CN CAF, en *La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A.C.C.F. c/ Comisión Nacional de Regulación del Transporte* (28/02/06).

36 Decreto Ley 19.549/72, artículo 1° inc. f).

estricto y riguroso cumplimiento a los requisitos esenciales del acto administrativo —previstos en los artículos 7° y 8° de la norma citada—, en tanto constituyen verdaderas garantías del debido proceso adjetivo; y, además, que esta garantía sea complementada por otros grandes principios formadores, como lo son el principio de oficialidad, verdad material, informalismo en favor del administrado, y el principio de contradicción.³⁷

Debemos recordar que a través de diversos pronunciamientos la CSJN ha ido perfilando el contenido de la garantía de la defensa en juicio en sentido genérico. Así, se ha entendido que a toda persona sometida a proceso debe acorársele la oportunidad de ser oída, de conocer los cargos en su contra y de presentar y producir prueba a su favor, características de obligatoria recepción en el marco de los procedimientos disciplinarios.³⁸

Por supuesto que no podemos dejar de lado nuevamente la doctrina surgida del pronunciamiento de la Corte IDH en el caso *Baena*, cuya recepción a nivel local fue acogida por la CSJN en el fallo *Losicer*, instancias en las cuales se reconoce que las garantías procesales previstas en el artículo 8° de la CADH deben aplicarse en los procedimientos administrativos/disciplinarios. En tal sentido, esta cuestión se complementa con la previsto en el inciso e) de dicha norma, el cual prevé, más allá de las particularidades de los casos en concreto, que el derecho a ser asistido por un defensor es una garantía irrenunciable.

En la Opinión Consultiva OC 11/90 la Corte determino que “los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. En estos términos, un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho

37 Si bien el administrado no es una *contraparte*, sino más bien un *colaborador* de la administración en el procedimiento administrativo, a veces hay intereses contrapuestos entre distintos administrados en un mismo procedimiento. En esos casos, la administración debe asegurar la participación igualitaria de los interesados, ajustando el procedimiento para asegurar el principio de contradicción (Gordillo, 2006).

38 Fallos-CSJN, 121:285; 128:417; 183:296; 193:408; 198:467.

de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales.³⁹

Es decir, lo que debemos rescatar de la doctrina emanada del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la categoría de irrenunciable del derecho de defensa técnica, más allá del procedimiento específico y los alcances del mismo, conforme la naturaleza del ámbito del derecho que se trate, como bien lo señala la Opinión Consultiva antes referida, la cual deja en claro aspectos de mínima y de máxima en su ejercicio para el caso específico. O sea, el adjetivo irrenunciable es el de mínima, mientras los aspectos de máxima dependerán del ámbito específico donde pueda ser aplicado, por supuesto, el derecho disciplinario militar es uno de ellos.

Entonces, queda sentado que el ejercicio del derecho de defensa en los procedimientos de aplicación de sanciones leves y graves es amplio e irrestricto, lo que implica que la defensa puede suscitarse en la defensa material, como así también técnica. Esto quiere decir que los operadores del Sistema Disciplinario Militar, que intervengan en sus competencias en los procedimientos previstos en los artículos 29 y 30 del Código de Disciplina, están obligados al reconocimiento efectivo y concreto de dicha garantía irrenunciable. Ahora bien, de ello surge el interrogante de cuáles son los alcances del ejercicio de la garantía de defensa técnica, conforme la naturaleza de los procedimientos puestos a consideración, toda vez que no se desconoce el acotado tiempo y oportunidad, mediante los cuales transitan los mismos, conforme las pautas procedimentales establecidas en la norma concreta. Dicho de otro modo, las necesidades de celeridad y eficiencia a la cual hace mención la Circular AGFFAA N° 68/18.

En esta idea, dijimos que no podemos hablar de límites al ejercicio del derecho de defensa, pero sí de adecuación al procedimiento específico. Con ello queremos despejar las dudas que puedan surgir en la praxis diaria de cualquier Unidad Militar. En suma, dicho ejercicio

39 Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11. párr. 25.

es irrestricto, como se ha señalado, es decir, si el presunto infractor desea contar con una asistencia técnica, sea cual sea el procedimiento de aplicación y/o naturaleza del defensor técnico, la autoridad militar debe garantizarlo. La falta de previsión normativa que suele esgrimirse para justificar la negativa a su reconocimiento representa un desatino frente a una garantía de orden público, cuya consagración surge de las máximas normas jurídicas que conforman el Bloque de Constitucionalidad.

Ahora bien, su adecuado ejercicio siempre debe ser desarrollado en las previsiones legales que la norma establece, es decir, en el marco procedimental por el cual se lo está interpelado al presunto infractor. Con ello queremos afirmar que un correcto ejercicio del derecho de defensa no implica excederse en aquellos actos procesales mediante los cuales se estructuró el debido proceso disciplinario que se trate (artículos 29 y 30, incluso el 31 del Código de Disciplina). Entenderlo de otra manera, implicaría desvirtuar las prescripciones normativas que el legislador ha querido para estos tipos de procedimientos de aplicación de sanciones disciplinarias en el ámbito militar. Es decir, no existe colisión de normas u principios jurídicos, en cuanto al reconocimiento de la garantía de defensa técnica, vale aclarar, parte integrante también del debido proceso disciplinario, sino más bien, una armoniosa articulación de los instrumentos jurídicos.

No está de más mencionar que la equiparación de posiciones entre el acusador (autoridad con potestad disciplinaria/Oficial Auditor Instructor, según el caso como se verá más adelante) y el acusado (presunto infractor) es, sin dudas, uno de los objetivos principales de la Reforma Integral al Sistema Disciplinario Militar, bajo el amparo de la Ley N° 26.394. Es importante destacar que, quien ejerce la potestad disciplinaria, cuenta con herramientas abundantes para limitar en forma legal los derechos fundamentales del presunto infractor lo que genera una marcada relación asimétrica entre ambos. Por tal motivo, la defensa técnica representa un instrumento idóneo para la equiparación buscada y, de esta manera, arribar a una decisión ajustada a derecho que represente la preservación del bien jurídico tutelado por la ley N° 26.394.

Párrafo aparte merece el análisis del artículo 38 del Anexo II al Decreto N° 2666/12, reglamentario al Código de Disciplina. Esta norma, si bien prevé el derecho de defensa técnica exclusivamente para casos de comisión de una falta gravísima, es decir, en el marco de una Instrucción Disciplinaria, no impide su reconocimiento en los procedimientos por faltas graves o leves. Es decir, el artículo 38 de mención lo que

deja en claro es la obligación que tiene la autoridad militar competente, según el caso, de garantizar que el presunto infractor cuente con defensa técnica, cuestión que no representa un límite para el resto de procedimientos por faltas de otra naturaleza. En todo caso, lo mismo podríamos señalar con respecto a la actividad probatoria, ya que sólo se especifica en el procedimiento por faltas gravísimas, interpretación que resulta evidentemente atentatoria de los más elementales principios del debido proceso disciplinario.

En efecto, el adecuado ejercicio del derecho de defensa, en el marco de los procedimientos previstos en los artículos 29 y 30 del Código de Disciplina, también implica el acceso, si así es el deseo del presunto infractor, a contar con defensa técnica pertinente que lo asista. Ello no implica que dicha asistencia sea obligatoria en su asignación por parte de la autoridad militar, justamente porque las normas afines no lo han previsto, pero ello tampoco es condición *sine qua non* para su negación. Entonces, la garantía queda satisfecha con reconocer la misma, si se diera el caso, en la mera voluntad del presunto infractor y siempre en los márgenes de las previsiones legales establecidas para cada procedimiento en concreto. Lo que se quiere decir es que la garantía del derecho de defensa técnica no puede verse coaccionada por prácticas o temperamentos negativos a su acceso, pero no por ello, un ejercicio abusivo que transgreda las previsiones legales para cada uno de los procedimientos. Vale aclarar que cuando hablamos de eficaz ejercicio nos referimos a que las particularidades del caso ameritan razonablemente que el presunto infractor desee apoyarse en una defensa técnica que lo acompañe, sobre todo en los procedimientos por faltas graves que se instrumentan a través de una Información Disciplinaria que, por su intensidad, suelen constituir cierta complejidad que excede a la defensa material aislada del presunto infractor, situación que exige la introducción de la defensa técnica, cuyo único límite son los extremos de las pautas procedimentales, por ejemplo, momento en la cual se debe ofrecer prueba u oportunidad de ser oído por la autoridad militar, cuestión que incluye los tiempos procesales debidamente establecidos en el Código de Disciplina.

Nuestras recomendaciones son: en primera instancia, se tenga reconocido el derecho de defensa técnica en cualquier procedimiento disciplinario, sin importar la naturaleza la falta disciplinaria imputada, siempre ajustándose a las pautas procedimentales previstas para cada uno de los casos en el Código de Disciplina, ello en función a la vigencia del principio *Pro Homine*, toda vez que traería el mejor derecho posible

para el presunto infractor y, en consecuencia, un reaseguro frente al bien jurídico tutelado por el Código de Disciplina. Si bien en los procedimientos por faltas leves o graves, la autoridad militar con potestad disciplinaria no está obligada en forma oficiosa a introducir la defensa técnica, nada impide que el presunto infractor haciendo uso de dicha garantía irrenunciable, se valga de la debida asistencia técnica que considere más pertinente para su mejor defensa. Asimismo, también en favor del principio *Pro Homine*, la segunda recomendación tiene que ver con la necesidad de restablecer la doctrina de la Circular N° 54/2012 de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, por ser aquella una fuente de derecho obligatoria para los operadores del Sistema Disciplinario Militar, ya que la misma que se encuentra acorde a los estándares en materia de garantías procesales, surgidos del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Algunas reflexiones finales

De manera muy resumida, en las dos entregas ofrecidas, se han expuesto una serie de elementos técnicos para pensar un Modelo de Derecho Disciplinario Militar que se encuentre en armonía con los lineamientos en la materia, surgidos de la doctrina que impulsa el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El catalizador que hemos utilizado para edificar nuestro modelo son las garantías procesales por el lugar central que ocupan en cualquier sistema jurídico donde se ejerce el poder punitivo del Estado. En ese sentido, haber descifrado la naturaleza del Sistema Disciplinario Militar, posibilitó abrir el camino para comprender la disciplina jurídica específica, es decir, el Derecho Disciplinario Militar, por fuera de la ortodoxia del Derecho Administrativo actual, que, además de impedir comprender en forma acabada el régimen jurídico que nos ocupó, siguen permitiendo a los operadores del mismo filtrar viejas prácticas que sólo se conciben como parte de los resabios heredados de la lógica del derogado Código de Justicia Militar.

El modelo propuesto no sólo tiene el objetivo de comenzar a construir una dogmática jurídica en perspectiva en los Derechos Humanos aplicable al Derecho Disciplinario Militar, sino, sobre todo, contribuir al proceso de democratización de las Fuerzas Armadas que, si bien avanzó considerablemente en cuanto a actualización normativa, todavía está en deuda en la producción teórica y práctica que trabaje sobre el discurso jurídico surgido del cuerpo normativo, es decir, la formación de una doctrina jurídica militar que garantice aquellas conquistas formales.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- Barraza, Javier I, “Las funciones jurisdiccionales de la Administración. Estudio cualicuantitativo”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia “El Derecho”*, UCA, fecha 6 de julio de 2007
- Bidart Campos, Germán (1997) “La responsabilidad del Estado en tratados con Jerarquía Constitucional”, en *Revista Entre Abogados*, Año V, Nº 1, San Juan.
- Bielsa, Rafael (1957) *Derecho Constitucional*, 1º ed, Depalma, Buenos Aires.
- Consulta en página web de la CSJN: <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-Resoluciones/sentencias-de-la-corte-suprema>.
- Consulta en página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.oas.org/es/cidh/>
- Consulta página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/>
- Gordillo, A. (2006). *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA.
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Ed. Civitas S.A.
- Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea.
- Manili, Pablo Luís (1999) “La difícil tarea de elaborar un concepto de derechos humanos”, en *Revista jurídica de la UCES*, Año I, Nº 1, Buenos Aires.
- Manili, P. L. (2003). *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ed. La Ley, pp. 220-221.
- Medina Quiroga, C. (2005). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Costa Rica, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Miller, J. M, Gelli, M. A, y Cayuso, S. (1991). *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea.
- Pinto, Mónica (1997) *Temas de Derechos Humanos*, Bs As, Ed. Del Puerto.
- Pinto, Mónica (1997) *El Principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores Del Puerto.
- Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, nº 19, pág. 297: el fundamento de la sanción disciplinaria reside en lo expuesto, conf. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, nº 356 y 359, Tea, Buenos Aires, 1951, nº 18 (1995)
- Riera, R. (2014). “El sistema de administración de justicia militar de la Ley Nº

26.394 y su reglamentación por Decreto Nº 2666/12”, en *Derecho Militar Contemporáneo: El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional Nº 26.394*, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina, pp. 36-37.

Salomoni, Jorge Luís (1997) “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino”, en *Problemática de la administración contemporánea*, Muños, Guillermo A. y salomoni, Jorge L, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina.

EL DECRETO 239/21: LA INVESTIGACIÓN DEL ENDEUDAMIENTO CON EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL DESDE EL ROL DEL ESTADO

MARCELO A. MAISONNAVE¹

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 296-311. Recibido 22/03/2022 - Aceptado 11/04/2022

Resumen: En primer lugar, el artículo repasa brevemente los hechos políticos y económicos que llevaron a la aprobación del Acuerdo *Stand By* entre Argentina y el Fondo Monetario Internacional en 2018. Luego, se analizan informes del Banco Central de la República Argentina, de la Sindicatura General de la Nación y de la Oficina Anticorrupción, que motivaron al Presidente de la Nación Alberto Fernández a dictar el Decreto 239/2021, donde instruye a la Procuración del Tesoro de la Nación a constituirse en querellante en el marco de la causa que investiga si los funcionarios que aprobaron el Acuerdo y lo ejecutaron, cometieron delitos ocasionando graves perjuicios al patrimonio público. Tras dicho análisis se concluye acerca de la importancia que tiene para la sociedad que el Estado brinde una respuesta eficaz sobre lo sucedido antes y después de la firma del Acuerdo, para dilucidar si existieron o no delitos.

Palabras clave: Deuda externa, Fondo Monetario Internacional, Acuerdo *Stand By*.

Abstract: First, the article briefly reviews the political and economic events that led to the approval of the Stand By Agreement between Argentina and the International Monetary Fund in 2018. Then, re-

¹ Abogado (UNR), Magíster en Derechos Humanos (UASLP, México). Docente e investigador (UNR). Correo electrónico: marceloamaisonnave@gmail.com



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

ports from the Central Bank of the Argentine Republic, the General Sindicatura de the Nation and the Anti-Corruption Office, which motivated the President of the Nation Alberto Fernández to issue Decree 239/2021, where he instructs the National Treasury Attorney to become a plaintiff in the case that investigates whether the officials who approved the Agreement and executed it, committed crimes causing serious damage to public property. After this analysis, it is concluded about the importance for society that the State provides an effective response on what happened before and after the signing of the Agreement, to elucidate whether or not there were crimes.

Key words: external debt, International Monetary Fund; Stand By agreement.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestros días, una vez más como tantas en la historia argentina, el endeudamiento externo se convirtió en uno de los principales problemas que condicionan el crecimiento económico y la satisfacción de los derechos humanos de la población. El gobierno de Mauricio Macri, entre 2015 y 2019, desarticuló por completo las políticas de desendeudamiento que aplicaron los ex presidentes Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner en los doce años anteriores, llevando el endeudamiento de la Administración Central en moneda extranjera del 36% en 2015 al 69% en 2019, como proporción sobre el PBI². En el ciclo kirchnerista, el desendeudamiento fue una estrategia política, que llevó dicha relación de la deuda en moneda extranjera respecto del PBI al punto más bajo desde la restauración de la democracia en 1983³. En ese sentido, se recuerda la disputa del gobierno argentino entre 2014 y 2015 con los fondos buitres (*holdouts*) que habían quedado afuera de los canjes de deuda de 2005 y 2010, que llevó al país a impulsar en la Asamblea General de Naciones Unidas la propuesta de creación de un marco regulatorio para bloquear la acción de fondos buitres en las reestructuraciones de deu-

² Ministerio de Economía, *Presentación gráfica de la deuda*, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/economia/finanzas/presentaciongraficadeudapublica>.

³ Claudio Scaletta, *La recaída neoliberal. La insustentabilidad de la economía macrista*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2017, p. 121.

da soberanas⁴, iniciativa que tuvo el apoyo de 136 países, con 41 abstenciones y 6 votos en contra: de Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Japón, Canadá e Israel⁵.

Particularmente, el préstamo que realizó al país el Fondo Monetario Internacional (FMI) en 2018, por una cifra sin precedentes en la historia del organismo financiero, se transformó inmediatamente en una verdadera espada de Damocles para la soberanía y la paz social. El Acuerdo *Stand By* que solicitó el entonces presidente Macri, sin ningún debate previo ni acuerdo con otras fuerzas políticas, generó la obligación estatal de investigar a fondo el procedimiento que siguieron los funcionarios que suscribieron dicho acuerdo, dada la ostensible debilidad de los argumentos políticos, jurídicos, financieros y económicos que lo motivaron. Más aún, existen importantes sospechas acerca de un uso fraudulento del dinero ingresado con el préstamo, que ascendió finalmente a 44.500 millones de dólares estadounidenses.

El presente artículo, analiza sucintamente el Decreto 239/21⁶, por el cual el Poder Ejecutivo instruye a la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) a constituirse en querellante, en representación del Estado Nacional, en la causa N° 3561/2019, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de la Capital Federal, donde se investiga si existió defraudación por administración fraudulenta y defraudación contra la administración pública por parte del ex presidente Macri y otros funcionarios que son responsables de haber suscripto y ejecutado el acuerdo *stand by* con el FMI en junio de 2018. La PTN es el organismo encargado del asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional y de los más altos funcionarios de la Administración Pública Nacional, y entre sus funciones, asume la representación y defensa del Estado Nacional en juicio.

El FMI es un organismo financiero multilateral que surge durante la

4 Organización de las Naciones Unidas, *Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana*, aprobados el 10 de septiembre de 2015 mediante la Resolución N° A/RES/69/319 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/804641/files/A_RES_69_319-ES.pdf. Estos Principios fueron declarados de orden público en Argentina mediante la Ley N° 27.207.

5 Scaletta, *Op. Cit.*, p. 123.

6 Boletín Oficial, *Decreto 239/2021*, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/242791/20210409>.

Segunda Guerra Mundial, con la primacía mayoritaria del vencedor económico en esa contienda, Estados Unidos⁷. Los países miembros con mayor injerencia en el FMI, son: Estados Unidos (17.5% sobre el total de las cuotas), Japón (6,3%), Alemania (6,1%), Francia y Reino Unido (5% cada uno), Italia y Arabia Saudita (3,3% cada uno), Canadá y China (3% cada uno) y Rusia (2,8%)⁸. Históricamente, el FMI representa “un vehículo institucional central en la reconfiguración de las economías nacionales”⁹, función que ejerce a través de las condicionalidades y programas que establece para los países que toman sus créditos.

Entre 1956 y 2020, Argentina y el FMI suscribieron 21 acuerdos tipo *Stand By* y 2 de Facilidades Extendidas¹⁰. Entre 2006 y 2018, transcurrieron doce años en los que el país si bien conservó su membresía en el organismo, no existía acuerdo alguno vigente, situación interrumpida por el Acuerdo impulsado por Mauricio Macri en 2018. El acuerdo tipo *Stand By* es el instrumento crediticio típico que utiliza el FMI para otorgar préstamos a países emergentes y avanzados, para superar problemas en las balanzas de pagos y para responder rápidamente a las necesidades de financiamiento externo de los países¹¹.

II. EL ACUERDO *STAND BY* DE 2018 Y SU INCUMPLIMIENTO

El 8 de mayo de 2018, Mauricio Macri anunciaba en un video

7 Oscar Ugarteche, *Historia crítica del FMI. El gendarme de las finanzas*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2016, p. 177.

8 Fondo Monetario Internacional, ¿Qué es el Fondo Monetario Internacional?, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/what/spa/whats.pdf>.

9 Juan Pablo Bohoslavsky y Francisco Cantamutto, “FMI, neoliberalismo y derechos humanos” en *Revista Derechos En Acción (REDEA) Edición Especial FMI y Derechos Humanos*, año 6, n° 18, Verano 2020-2021, p. 42.

10 Noemí Brenta, “Argentina y el FMI” en *Revista Derechos En Acción (REDEA) Edición Especial FMI y Derechos Humanos*, año 6, n° 18, Verano 2020-2021, p. 314.

11 Fondo Monetario Internacional, *Acuerdos de Derecho de Giro (Stand-By) del FMI*, disponible en <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/20/33/Stand-By-Arrangement>.

grabado de menos de tres minutos¹², que el país volvía a acudir al FMI, doce años después de que Néstor Kirchner hubiera pagado la totalidad de la deuda con el organismo para liberarse de sus controles y monitoreos. La crisis económica, financiera y monetaria que vivía Argentina, la falta de acceso al crédito internacional tras haber abusado del endeudamiento con acreedores privados en sus primeros dos años de gobierno, llevaron a Macri a buscar el auxilio del FMI, última instancia crediticia para el país en un contexto semejante.

El 12 de junio de 2018, Nicolás Dujovne, entonces Ministro de Economía, y Federico Sturzenegger, presidente del Banco Central (BCRA), firmaron la Carta de Intención¹³ dirigida a quien era Directora Gerente del FMI, Christine Lagarde, donde le solicitan formalmente un Acuerdo *Stand By* por un período de 36 meses y por un monto de DEG 35.379, es decir, un equivalente aproximado a 50.000 millones de dólares y al 1.110% de la cuota de Argentina con el FMI. En la Carta, los funcionarios sostienen que el plan económico que habían diseñado era sólido, ayudaría a construir confianza, bajar la incertidumbre y fortalecer la economía argentina, situando en el plano de lo improbable un deterioro de la situación social. Como es de público conocimiento, sucedió absolutamente lo contrario. El 20 de junio, el Directorio del FMI comunica que el Acuerdo es aprobado¹⁴, en un texto que reproduce los fundamentos establecidos por el gobierno de Macri.

Como documentos adjuntos a la Carta de Intención, se incorporaron el Memorándum de Políticas Económicas y Financieras para los años posteriores, y el Memorándum de Entendimiento Técnico, que establecía los objetivos específicos que el gobierno se comprometió a alcanzar.

Apenas dos días después de firmar la Carta, Sturzenegger renunció a su cargo en el BCRA, ante lo cual el 18 de junio el gobierno

12 Ámbito Financiero, *Así anunciaba Macri el acuerdo con el FMI*, Buenos Aires, 18 de enero de 2022, disponible en <https://www.ambito.com/politica/mauricio-macri/asi-anunciaba-macri-el-acuerdo-el-fmi-n5353431>.

13 Carta de Intención, 12 de junio de 2018, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/argentina_loi_-_mefm_-_tmou_-_espanol3.pdf.

14 Fondo Monetario Internacional, Comunicado de Prensa n° 18/245, 20 de junio de 2018, disponible en <https://www.imf.org/es/News/Articles/2018/06/20/pr18245-argentina-imf-executive-board-approves-us50-billion-stand-by-arrangement>.

vuelve a enviar al FMI la misma Carta de Intención, ahora con las firmas de Dujovne y de Luis Caputo, nuevo presidente del BCRA. Sin embargo, cuatro meses después, el gobierno envía una tercera Carta de Intención¹⁵ en la que solicita un aumento del Acuerdo en DEG 5.335 millones. Esta cifra resulta equivalente a 7.100 millones de dólares, por lo cual, el Acuerdo total se elevó a 57.000 millones de dólares, un 1.277% de la cuota argentina en el FMI. Vale decir que Caputo ya había renunciado a su cargo en el BCRA, siendo reemplazado por Guido Sandleris, firmante de la tercera Carta. Este refuerzo solicitado fue fundamentado por el gobierno por las “condiciones globales inhóspitas para las economías emergentes” y por “las dificultades políticas internas suscitadas por la investigación en marcha y expansión por actos de corrupción vinculados con la operación y construcción de infraestructura y servicios públicos durante la Administración anterior”. Vale recordar que por entonces los medios de comunicación hegemónicos difundían durante las 24 horas la llamada “causa de los cuadernos”, una trama novelesca sustentada en la declaración de supuestos arrepentidos y en base a las fotocopias de un cuaderno, por las que se acusó a la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner de ser la jefa de una asociación ilícita dedicada a cometer actos de corrupción.

Adicionalmente, en la tercera Carta de Intención, se detalló que el Acuerdo no podría ser más considerado como precautorio (que permitía al gobierno optar por usar los fondos o no hacerlo), como lo afirmaban las primeras cartas, sino directamente como un apoyo presupuestario, por lo que se pidió el desembolso total del préstamo en un cronograma de pagos que se aceleró de manera determinante. También se pidió en esta tercera ocasión que al país se lo dispense de cumplir los criterios de ejecución acordados unas semanas antes, es decir a fines de septiembre, en lo que respecta a reservas internacionales netas, crédito neto al gobierno y futuros, los cuales ya no habían sido cumplidos en un contexto de fuerte devaluación del peso, tasas de *rollover* menores a las previstas y nulo acceso al crédito. En el mismo sentido se pidió la exención de la aplicación de los criterios de ejecución en el balance primario del gobierno. A pesar de tantas modificaciones en el Acuerdo, Dujovne y Sandleris insistían en que el plan era consistente y ayudaría a construir confianza y fortalecer

15 Carta de Intención, 17 de octubre de 2018, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sba_-_loi_mtu_espanol.pdf.

la economía nacional.

El nuevo cronograma de desembolsos que modificó lo establecido en el Acuerdo de junio, aceleró notablemente las fechas de pagos, permitiendo que antes de las elecciones presidenciales estén disponibles los fondos prácticamente en su totalidad. Según el Acuerdo de octubre, para las PASO de agosto de 2019, ya se preveía un desembolso del 78% de los fondos (contra un 53% del Acuerdo original); para las elecciones generales de finales de octubre del mismo año, con el nuevo Acuerdo se esperaba un desembolso del 88% sobre el total (originalmente previsto en un 59%). Este escenario se completaba con una previsión de pagos al FMI en devolución del préstamo que situaba cifras cercanas a los 20.000 millones de dólares por cada año en 2022 y 2023, es decir, una situación completamente imposible de cumplir para el próximo gobierno¹⁶.

Mientras tanto, los miles de millones de dólares llegaban para sostener políticamente al gobierno de Mauricio Macri, sin ningún impacto concreto en la vida cotidiana de la población, como pudo haber sido destinar los fondos para obras públicas, construcción de escuelas u hospitales, viviendas, o apoyos a la ciencia y tecnología. Nada de eso ocurrió. La fortuna desembolsada, que conforma el mayor crédito de la historia del FMI y por supuesto el mayor otorgado a nuestro país, se destinó a contener el valor del dólar y a cubrir el déficit fiscal, lo que ni siquiera se logró, mientras aumentaba la formación de activos externos con prisa y sin pausa, tal como sucedió con los ingresos de capitales externos en los primeros dos años del gobierno de Cambiemos¹⁷. Finalmente, el FMI realizó desembolsos por un total de 44.500 millones de dólares aproximadamente¹⁸, dado

16 Centro de Economía Política Argentina, *Argentina después del Fondo: la brecha entre el punto de partida y el punto de llegada*, 10 de febrero de 2019, disponible en <https://www.centrocepa.com.ar/informes/137-argentina-despues-del-fondo-la-brecha-entre-el-punto-de-partida-y-el-punto-de-llegada.html>.

17 Eduardo Basualdo (editor), *Endeudar y fugar. Un análisis de la historia económica argentina, de Martínez de Hoz a Macri*, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2018, p. 214.

18 Centro de Economía Política Argentina, *La corresponsabilidad del FMI en la crisis argentina 2018-2019: lo que no vas a encontrar en la revisión del organismo sobre el préstamo otorgado*, 20 de diciembre de 2021, disponible en <https://www.centrocepa.com.ar/informes/308-la-corresponsabilidad-del-fmi-en-la-crisis-argentina-2018-2019-lo-que-no-vas-a-encontrar-en-la-revision-del-organismo-sobre-el-prestamo-otorgado>.

que el gobierno argentino liderado por Alberto Fernández en 2020 suspendió el Acuerdo *Stand By*. Entre 1956 y 2005, la deuda argentina con el FMI representó entre un 4 y un 5% sobre el total de la deuda externa pública, alcanzando picos máximos de 7 a 9% entre los años 2000 a 2002 y 1956 a 1959. Con el mega endeudamiento establecido en el Acuerdo *Stand By* de 2018, esa proporción alcanza un 26%¹⁹. Actualmente Argentina representa casi el 30% de las acreencias del FMI, lo cual exhibe el monto inédito del préstamo otorgado²⁰.

III. EL DECRETO 239/21 Y LA INVESTIGACIÓN DEL MEGA ENDEUDAMIENTO CON EL FMI

El Decreto 239/21, del 9 de abril de 2021, representa un hito en materia de investigación sobre el endeudamiento con el FMI, por el cual se instruye a la PTN para que se constituya en parte querellante, en representación del Estado Nacional, en la causa causa N° 3561/2019 “Macri Mauricio y otros s/ defraudación por administración fraudulenta y defraudación contra la administración pública”, la cual tramita ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de la Capital Federal. Dicha causa inició en marzo de 2021 por una denuncia de la Oficina Anticorrupción²¹ (OA), días después de que el presidente Alberto Fernández comunique en la Asamblea Legislativa que inauguró las Sesiones Ordinarias, que iniciaría una querrela criminal para identificar a los responsables del endeudamiento asumido en el gobierno anterior ante el FMI²².

Para conformar la denuncia, la OA se basa en el Informe elaborado por el BCRA, titulado “Mercado de cambios, deuda y formación

19 Brenta, *Op. Cit.*, p. 315.

20 Oficina de Presupuesto del Congreso, *Los préstamos de instituciones financieras internacionales*, Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021, disponible en https://drive.google.com/file/d/1bS3OK_mvyyvBuAXAYK0Av6_jH98J3dp3m/view.

21 Oficina Anticorrupción, *Denuncia Penal Referencia: EX-2021-17738298-APN-OA#PTE*, Buenos Aires, 12 de marzo de 2021, disponible en <https://es.scribd.com/document/498560368/Denuncia-penal>.

22 Télam, *Lo que dejó el discurso: una “querrela criminal” y una batería de proyectos de ley*, Buenos Aires, 01 de marzo de 2021, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202103/545991-presidente-alberto-fernandez-congreso-sesiones-ordinarias.html>.

de activos externos, 2015-2019”, el cual concluye que “la fuga de capitales entre 2015 y 2019 superó los US\$ 86.000 millones y más de la mitad de ese dinero se concentró en el 1% de las empresas y personas humanas que compraron dólares en ese período²³. La denuncia de la OA también se fundamenta en una Auditoría realizada por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN).

El 30 de abril de 2021, la Procuración del Tesoro en representación del Estado Nacional, ya había sido aceptada como querellante en la causa²⁴. En el Dec. 239/21, además, el Poder Ejecutivo instruye a la PTN “a iniciar las acciones conducentes al recupero de los eventuales daños y perjuicios emergentes de los hechos denunciados, facultándola a tal efecto a promover, en su caso, la respectiva acción civil en el proceso penal”. Al mismo tiempo, el Dec. 239/21 instruye a la SIGEN a determinar la existencia, y si correspondiera, a establecer la cuantía del perjuicio económico que pudo haber ocasionado el uso de los fondos obtenidos y los plazos comprometidos para el reembolso del préstamo con el FMI. De igual modo, instruye al BCRA a prestar toda la asistencia necesaria para los fines mencionados.

Del informe elaborado por la SIGEN se desprenden varias irregularidades cometidas para aprobar el Acuerdo Stand By de 2018 respecto de los procedimientos requeridos para formalizar un acuerdo que involucra una operación de crédito público. De dicho informe y de la propia denuncia motorizada por la OA surge que funcionarios del gobierno nacional pudieron haber incurrido en conductas delictivas con origen o causa en el Acuerdo mencionado. En particular, el informe de la SIGEN sostiene que:

- (i) no se cumplieron los procedimientos esenciales establecidos por la normativa vigente en ese momento para la formalización de un Acuerdo Stand-By; (ii)

23 Banco Central de la República Argentina, *Informe Mercado de cambios, deuda y formación de activos externos 2015 - 2019*, Buenos Aires, 14 de mayo de 2020, disponible en <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Informe-Mercado-cambios-deuda-%20formacion-de-activos%20externo-%202015-2019.pdf>.

24 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *La Procuración del Tesoro fue aceptada como querellante en la causa por la deuda con el FMI*, Buenos Aires, 30 de abril de 2021, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-procuracion-del-tesoro-fue-aceptada-como-querellante-en-la-causa-por-la-deuda-con-el-fmi>.

los funcionarios actuantes suscribieron la Carta de Intención y los memorándums de fecha 12 de junio de 2018 sin contar con los dictámenes técnicos y jurídicos previos exigidos por la normativa vigente; iii) la firma de los acuerdos no contó con las autorizaciones e informes exigidos por la normativa vigente para este tipo de operaciones de crédito público, ni con la autorización suficiente del Poder Ejecutivo; (iv) se asumieron compromisos con el organismo internacional sin solicitarse previamente la emisión del informe obligatorio establecido en el artículo 61 de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias para determinar el impacto de la operación en la balanza de pagos y la sustentabilidad del endeudamiento y (v) se detectaron posibles incumplimientos de los objetivos fijados en la Carta de Intención de fecha 12 de junio de 2018 en forma concomitante con su celebración, en lo referido al destino de los fondos desembolsados por el FMI²⁵.

Es decir, que según surge de estas investigaciones en marcha, la decisión de contraer el préstamo con el FMI, por parte de los funcionarios argentinos, no contó con ley previa especial habilitante (Arts. 1, 4, 29, 75 inc. 4 y 76 de la Constitución Nacional); autorización del Jefe de Gabinete de Ministros para el inicio de las tratativas (art. 59 Dec. 1344/2007); acto administrativo autorizatorio emanado del Poder Ejecutivo Nacional para la conclusión del acuerdo (Art. 99 inc. 11 de la Constitución Nacional y art. 7 inc. a Dec.-Ley 19.549); intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación (art. 7 inc. d Dec.-Ley 19.549); dictamen previo del BCRA sobre el impacto del crédito en la balanza de pagos (art. 61, Ley 24.156); y tampoco contó con un expediente administrativo según el art. 1 Dec. 1759/1972²⁶. De acuerdo a la investigación que surge en el “Caso Murúa”, causa iniciada el 14 de junio de 2018 por la Coordinadora de Abogadxs de Interés Público (CAIP), el Movimiento Nacional de Empresas Recuperadas (MNER) y el Centro de Estudios Estratégicos para la In-

25 Boletín Oficial, *Decreto 239/2021, Op. Cit.*

26 Juan Bautista Justo, “El acuerdo entre el FMI y Argentina en 2018” en *Revista Derechos En Acción (REDEA) Edición Especial FMI y Derechos Humanos*, año 6, n° 18, Verano 2020-2021, p. 596.

tegración Financiera (CINFIN), el primer expediente administrativo del Estado Nacional para formalizar el crédito del FMI, tiene fecha de inicio el 21 de junio de 2018, es decir, nueve días después de la firma de la primera Carta de Intención del gobierno argentino²⁷.

Por su parte, el informe del BCRA analiza las consecuencias perjudiciales derivadas de la ejecución del Acuerdo, particularmente acerca de la salida de capitales del sector privado en un contexto de deficientes controles cambiarios por parte del Estado Nacional. La salida de capitales fue posible ante la prácticamente inexistencia de controles y recaudos para acceder al mercado de capitales, a partir de la implementación de políticas de total desregulación de dicho mercado a partir de la asunción de Mauricio Macri en la presidencia y hasta septiembre de 2019. Este informe detalla, entre otros puntos, que:

- Durante la fase de ingreso de capitales comprendida entre diciembre de 2015 y principios de 2018, aproximadamente 8 de cada 10 dólares que ingresaron al país desde el exterior tenían su origen en colocaciones de deuda y capitales especulativos. El ingreso de divisas por deuda pública, privada e inversiones especulativas de portafolio sumó USD 100.000 millones en el período. En 2018, a partir del cierre de los mercados voluntarios de crédito, se inició una fuerte reversión en los flujos de capitales, ante lo cual las autoridades decidieron recurrir al Fondo Monetario Internacional (FMI), que desembolsó un préstamo record de USD 44.500 millones.

- A lo largo de todo el período, la formación de activos externos (FAE) de los residentes (coloquialmente llamada “fuga de capitales”) se triplicó, superando los USD 86.000 millones. Aún durante la primera fase de auge e ingreso de capitales, la formación de activos externos de los residentes alcanzó los USD 41.100 millones. En la etapa de aceleración de salida de

27 La Coordinadora de Abogadxs de Interés Público surge a mediados de 2018 para investigar y reclamar por la deuda contraída por Argentina ante el FMI. Sus integrantes son los abogados Daniel Arce, Andrés Bernal, Enrique Louteiro, Augusto Martinelli y Francisco Verbic, y la docente, gestora cultural y bailarina Sammy Pereyra. Toda esta información se encuentra disponible en el sitio web <https://fmiargentina.com/>.

capitales, a partir de mayo de 2018, la FAE alcanzó los USD 45.100 millones.

- La fuga de capitales presenta en el período una notable concentración en unos pocos actores económicos. Un reducido grupo de 100 agentes realizó compras netas por USD 24.679 millones. Por su parte, la FAE de los 10 principales compradores explica USD 7.945 millones²⁸.

Por todo esto, la SIGEN dictamina que “resulta necesario que las autoridades pertinentes adopten los cursos de acción que se consideren necesarios, tendientes a deslindar las responsabilidades directas e indirectas, por acción u omisión, que originaron las irregularidades administrativas y la formación de activos externos”, para establecer “si existió -por actividad o inactividad- un ejercicio irregular de las funciones por parte de funcionarias públicas y funcionarios públicos actuantes, que pueda dar lugar -entre otras- a las responsabilidades que emergen del artículo 130 de la Ley N° 24.156 y del artículo 9° de la Ley N° 26.944, sin perjuicio de las responsabilidades penales o de otra índole que dichas acciones u omisiones pudieren generar”.

Corresponde aclarar que en la propia denuncia de la OA se especifica que no es factible juzgar en este proceso judicial la conducta de los funcionarios del FMI, en tanto los mismos gozan de inmunidad de acuerdo a la Sección 8 del Artículo IX del Convenio Constitutivo del FMI, aprobado por Decreto-Ley N° 15.970/56 y la Sección 19 del Artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, aprobada por el Decreto-Ley N° 7.672/63.

Cabe mencionar que según la Ley 27.612²⁹, sancionada en febrero de 2021, “todo programa de financiamiento u operación de crédito público realizados con el Fondo Monetario Internacional (FMI), así como también cualquier ampliación de los montos de esos programas u operaciones, requerirá de una ley del Honorable Congreso de la Nación que lo apruebe expresamente”. Es en función de esta nueva

28 Banco Central de la República Argentina, *Informe Mercado de cambios, deuda y formación de activos externos 2015 - 2019*, Op. Cit.

29 Ley de Fortalecimiento de la Sostenibilidad de la Deuda Pública - Ley N° 27.612, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/347532/norma.htm>.

normativa, que el Programa de Facilidades Extendidas³⁰ promovido por el presidente Alberto Fernández, ha sido aprobado por el Congreso de la Nación mediante la Ley 27.668³¹, siendo la primera vez en la historia argentina que un acuerdo con el FMI es debatido y aprobado por el Congreso, brindando mayor eficacia al art. 75 inciso 7 de la Constitución Nacional, en tanto establece que corresponde al Congreso “Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación”, y al art. 75 inciso 4, que otorga al Congreso la atribución de “Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación”. Al respecto, vale mencionar la creación mediante la Ley N° 27.249³² de la “Comisión Bicameral Permanente de Seguimiento y Control de la Gestión de Contratación y de Pago de la Deuda Exterior de la Nación”, la cual también entre 2020 y 2022 ha solicitado informes a distintos organismos del Estado para acompañar las investigaciones en marcha.

IV. CONCLUSIONES

El endeudamiento generado por el gobierno argentino en 2018, ante el FMI, representa un hecho de una gravedad sin precedentes en la historia nacional, en tanto condena a la población a devolver una cifra multimillonaria en dólares que condicionará por décadas su desarrollo y su garantía de derechos humanos, sin visualizarse cuál fue el beneficio generado por el dinero ingresado en el marco del Acuerdo *Stand By*.

Por el contrario, los informes del BCRA, la SIGEN, la OA, y las investigaciones particulares como las mencionadas en este trabajo, indican que los 44.500 millones de dólares se destinaron, directa o indirectamente, a financiar la formación de activos externos.

Más aún, estas primeras investigaciones son unánimes en afirmar que para aprobar el Acuerdo se violaron leyes y normativas funda-

30 Cámara de Diputados de la Nación, *Programa de Facilidades Extendidas arribado con el FMI*, Buenos Aires, 04 de marzo de 2022, disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/institucional/infGestion/balances-gestion/archivos/0001-PE-2022.pdf>.

31 Ley N° 27.668, Buenos Aires, 17 de marzo de 2022, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/aviso/primer/259393/20220318>.

32 Ley N° 27.249, Buenos Aires, 31 de marzo de 2016, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/259940/textact.htm>.

mentales en materia de procedimientos administrativos.

Por estos motivos, que permiten sospechar que los funcionarios responsables de aprobar y de ejecutar el Acuerdo *Stand By* cometieron graves faltas y delitos, resulta imperioso que la causa judicial en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 de la Capital Federal, avance con celeridad, a fines de brindarle a la sociedad argentina una respuesta y reparación justa y ecuaníme sobre este hecho que marcará la vida de varias generaciones de compatriotas.

Nuestro Estado Constitucional de Derecho, de acuerdo a los paradigmas de derechos humanos incorporados con la última reforma constitucional de 1994 y en el marco del sistema republicano de gobierno, obliga al Estado a no cometer actos que menoscaben o lesionen los derechos humanos, imponiendo la obligación de responder en casos que estas violaciones sucedan, investigando en profundidad los hechos acontecidos para establecer las responsabilidades penales y civiles que correspondan a los funcionarios que incumplen sus deberes. En este sentido, el Decreto 239/2021, sienta un precedente muy valioso en materia de control del Estado sobre sus propios actos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ámbito Financiero, *Así anunciaba Macri el acuerdo con el FMI*, Buenos Aires, 18 de enero de 2022, disponible en <https://www.ambito.com/politica/mauricio-macri/asi-anunciaba-macri-el-acuerdo-el-fmi-n5353431>.
- Banco Central de la República Argentina, *Informe Mercado de cambios, deuda y formación de activos externos 2015 - 2019*, Buenos Aires, 14 de mayo de 2020, disponible en <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Informe-Mercado-cambios-deuda-%20formacion-de-activos%20externo-%202015-2019.pdf>.
- Eduardo Basualdo (editor), *Endeudar y fugar: Un análisis de la historia económica argentina, de Martínez de Hoz a Macri*, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2018.
- Juan Pablo Bohoslavsky y Francisco Cantamutto, “FMI, neoliberalismo y derechos humanos” en *Revista Derechos En Acción (REDEA) Edición Especial FMI y Derechos Humanos*, año 6, n° 18, Verano 2020-2021.
- Boletín Oficial, *Decreto 239/2021*, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/242791/20210409>.
- Noemí Brenta, “Argentina y el FMI” en *Revista Derechos En Acción (REDEA) Edición Especial FMI y Derechos Humanos*, año 6, n° 18, Verano 2020-2021.
- Cámara de Diputados de la Nación, *Programa de Facilidades Extendidas arribado con el FMI*, Buenos Aires, 04 de marzo de 2022, disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/institucional/infGestion/balances-gestion/archivos/0001-PE-2022.pdf>.
- Carta de Intención, 12 de junio de 2018, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/argentina_loi_-_mefm_-_tmou_-_espanol3.pdf.
- Carta de Intención, 17 de octubre de 2018, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sba_-_loi_mtu_espanol.pdf.
- Centro de Economía Política Argentina, *Argentina después del Fondo: la brecha entre el punto de partida y el punto de llegada*, 10 de febrero de 2019, disponible en <https://www.centrocepa.com.ar/informes/137-argentina-despues-del-fondo-la-brecha-entre-el-punto-de-partida-y-el-punto-de-llegada.html>.
- Centro de Economía Política Argentina, *La corresponsabilidad del FMI en la crisis argentina 2018-2019: lo que no vas a encontrar en la revisión del organismo sobre el préstamo otorgado*, 20 de diciembre de 2021, disponible en <https://www.centrocepa.com.ar/informes/308-la-corresponsabilidad-del-fmi-en-la-crisis-argentina-2018-2019-lo-que-no-vas-a-encontrar-en-la-revision-del-organismo-sobre-el-prestamo-otorgado>.
- Fondo Monetario Internacional, *Acuerdos de Derecho de Giro (Stand-By) del FMI*, disponible en <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/20/33/Stand-By-Arrangement>.
- Fondo Monetario Internacional, Comunicado de Prensa n° 18/245, 20 de junio de

- 2018, disponible en <https://www.imf.org/es/News/Articles/2018/06/20/pr18245-argentina-imf-executive-board-approves-us50-billion-stand-by-arrangement>.
- Fondo Monetario Internacional, ¿Qué es el Fondo Monetario Internacional?, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/what/spa/whats.pdf>.
- Juan Bautista Justo, “El acuerdo entre el FMI y Argentina en 2018” en *Revista Derechos En Acción (REDEA) Edición Especial FMI y Derechos Humanos*, año 6, n° 18, Verano 2020-2021, p. 596.
- Ley de Fortalecimiento de la Sostenibilidad de la Deuda Pública - Ley N° 27.612, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/347532/norma.htm>.
- Ley N° 27.668, Buenos Aires, 17 de marzo de 2022, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/aviso/primera/259393/20220318>.
- Ley N° 27.249, Buenos Aires, 31 de marzo de 2016, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/259940/texact.htm>.
- Ministerio de Economía, *Presentación gráfica de la deuda*, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/economia/finanzas/presentaciongraficadeudapublica>.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *La Procuración del Tesoro fue aceptada como querellante en la causa por la deuda con el FMI*, Buenos Aires, 30 de abril de 2021, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-procuracion-del-tesoro-fue-aceptada-como-querellante-en-la-causa-por-la-deuda-con-el-fmi>.
- Organización de las Naciones Unidas, *Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana*, aprobados el 10 de septiembre de 2015 mediante la Resolución N° A/RES/69/319 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/804641/files/A_RES_69_319-ES.pdf. Estos Principios fueron declarados de orden público en Argentina mediante la Ley N° 27.207.
- Oficina Anticorrupción, *Denuncia Penal Referencia: EX-2021-17738298- -APN-OA#PTE*, Buenos Aires, 12 de marzo de 2021, disponible en <https://es.scribd.com/document/498560368/Denuncia-penal>.
- Oficina de Presupuesto del Congreso, *Los préstamos de instituciones financieras internacionales*, Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021, disponible en https://drive.google.com/file/d/1bS3OK_mvYvBuAXAYK0Av6_jH98J3dp3m/view.
- Claudio Scaletta, *La recaída neoliberal. La insustentabilidad de la economía macrista, Capital Intelectual*, Buenos Aires, 2017.
- Télam, *Lo que dejó el discurso: una “querrela criminal” y una batería de proyectos de ley*, Buenos Aires, 01 de marzo de 2021, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202103/545991-presidente-alberto-fernandez-congreso-sesiones-ordinarias.html>.
- Oscar Ugarteche, *Historia crítica del FMI. El gendarme de las finanzas*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2016.



**COMENTARIO
JURISPRUDENCIA Y
DICTÁMENES**

DIEGO MARTÍN TEGLIA
FRANCISCO VERBIC

ESTABILIDAD IMPROPIA EN EL EMPLEO PÚBLICO REGIDO POR LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

EXAMEN DEL FALLO MADORRAN. CITAS JURISPRUDENCIALES. INSTRUCCIÓN PTN

DIEGO MARTÍN TEGLIA¹
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 315-326

A. INTRODUCCIÓN

La existencia de diferentes regímenes laborales para el personal en relación de dependencia con el Estado Nacional, principalmente organismos descentralizados, acarrea gravísimas confusiones en la práctica forense, al advertirse numerosos planteos dirigidos hacia organismos del Estado Nacional cuya reglamentación adhiere expresamente al régimen de estabilidad impropio dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo.

Presentaciones que, muchas veces, demuestran gravísimo desconocimiento en la materia y hasta la omisión de examinar el encuadre normativo aplicable, incluso aun a pesar de introducir el pedido de inconstitucionalidad.

En efecto, mucha de las presentaciones demuestran grave vacío argumental. Lo que sí suelen coincidir es la cita, casi excluyente, del famoso precedente “Madorran”, sin que se observe el examen hermenéutico de como aplicarían sus considerandos al caso particular.

¹ Abogado (UBA), Posgrado en Derecho Procesal y Defensa del Estado (ECAE-PTN), se desempeña en la Superintendencia de Riesgos del Trabajo desde 2008.



Como si la sola mención fuese la famosa bala de plata que aparejaría su aplicación automática.

Planteada la temática y adentrándome en la cuestión bajo análisis, con el intento de ser esquemático y sin el mayor ánimo de extenderme por demás en los variados matices que la misma guarda, distinguiré la existencia de dos grandes grupos dentro del régimen de contratación del personal bajo relación de dependencia con el Estado Nacional:

1- Empleados públicos que disponen de la protección propia derivada del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, comúnmente denominada “estabilidad del empleado público”.

2.- Y aquellos a quienes las leyes fundantes de los organismos en donde se desempeñan remiten a la protección impropia establecida por la Ley de Contrato de Trabajo.

Este segundo grupo será el objeto de examen en este artículo, en la búsqueda de pretender practicar un aporte al debate jurídico.

B. PLEXO NORMATIVO DE APLICACIÓN

Teniendo en cuenta que cada caso debe examinarse a la luz de sus singularidades, previo a todo, el intérprete debe individualizar a que organismo público pertenece el accionante, a partir de ello distinguir su ley fundante y su andamiaje normativo.

Tomaré a la Superintendencia de Trabajo, organismo descentralizado, como ejemplo para así especificar que su Ley fundante N° 24.557 en su inciso 3 del art. 38 dispone que:

“...3. Las relaciones del personal con la SRT se regirán por la legislación laboral...”

En ese mismo orden, el art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo también recepta esta situación jurídica y dispone que su ámbito de aplicación será también los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal cuando por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de convenciones colectivas del trabajo.

Por lo que aquel accionante con pretensión de adscribir a un régimen de trabajo diferente deberá atacar esa primer gran barrera normativa e introducir el correspondiente planteo de inconstitucionalidad. El que deberá ser oportuno, individualizar la afectación real padecida y describir la vulneración provocada por la normativa.

Primer gran escollo, más teniendo en cuenta que la declaración

de inconstitucionalidad de una norma vigente o, en este contexto de todo un andamiaje normativo, configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico. Para ello requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros).

Pero no solo el ataque a una norma federal dictada por el Congreso de la Nación debe ser contundente e indubitado, sino que también, temporario y concomitante con el daño invocado.

Recordemos también que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa (...) escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros), y la Corte Suprema ha sostenido que los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67, inc. 10 (hoy art. 75, inc. 11), de la Constitución Nacional de “Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras...” (conf. causa “YPF” en Fallos: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567).

“...la declaración de inconstitucionalidad de normas generales, extremo que, según el tribunal tiene muy dicho, constituye la “última ratio” del orden jurídico...”. [conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/12/1990, Partes: Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía --Banco Central--). Publicado en: LA LEY 1991-C, 158, con nota de Alberto B. Bianchi - LLC 1991, 666 - DJ 1991-2, 219 - ED 141, 523].

Como hemos dicho, estos aspectos son la primera gran traba a sortear. De manera que si un trabajador del Estado Nacional pretendiera adscribir al régimen de la LEY MARCO DE REGULACION DEL EMPLEO PÚBLICO NACIONAL. - LEY N° 25.164, que regula, entre otros aspectos, la protección propia del empleo público, deberá considerar que el mismo articulado de la norma lo exceptúa:

CAPITULO I, “MARCO NORMATIVO Y AUTORIDAD DE APLICACIÓN Artículo 3° — La presente normativa regula los deberes y derechos del personal que integra el Servicio Civil de la

Nación. Este está constituido por las personas que habiendo sido designadas conforme lo previsto en la presente ley, prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados.

EXCEPTUÁNDOSE de lo establecido en el párrafo anterior “(...) **Al personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744** (t.o. 1976), y modificatorias o la que se dicte en su reemplazo, se les aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo” (LEY MARCO DE REGULACION DE EMPLEO PUBLICO NACIONAL -CAPITULO I- MARCO NORMATIVO Y AUTORIDAD DE APLICACIÓN- ARTICULO 3, ANTEÚLTIMO PARRAFO).-

Lo mismo sucede con el artículo 38 del CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 214/2006 que establece en su CAPITULO V: EGRESO:

La relación de empleo del agente comprendido por la Ley N° 25.164 concluye por las siguientes causas:

(...) “La relación de empleo regulada por la Ley de Contrato de Trabajo se extinguirá de conformidad con las prescripciones de dicha normativa”.

Lo que implica que hasta la misma representación gremial de los trabajadores del Estado Nacional reconocieron la diferenciación de los distintos regímenes de protección laboral contra el despido incausado.

Vuelvo acá al caso puntual de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, donde es establecido en la misma reglamentación interna, dentro de la que se encuentra la RESOLUCION SRT 637/1996 “REGLAMENTO INTERNO” que determina el régimen disciplinario del personal dependiente dispone que se rige la Ley de Contrato de Trabajo y, en ese aspecto, establece la innecesidad de instruir un sumario para determinar un despido, sea con o sin causa.

Principios también reconocidos por la Procuración del Tesoro Nacional, Instrucción PTN 237-188 al sostener que:

“Tratándose del personal de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN DE CONTRATO DE TRABAJO trae consigo que cuando la conclusión de la relación laboral tiene lugar por voluntad de la Administración en razón de existir justa causa para ello, la vía para hacerlo no está constituida por la aplicación de sanciones como la cesantía o la exoneración, previo

sumario, propias de la relación de empleo público.

Por el contrario, son de aplicación las disposiciones relativas al despido con causa propias de los artículos 242 y concordantes del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20.744 y sus modificatorias en virtud de las cuales el empleador está facultado a poner fin a la relación sin sumario previo, notificando al dependiente las causas. ... Resulta improcedente la intervención de la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas cuando se hallen involucrados agentes de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, toda vez que la eventual aplicación de las sanciones disciplinarias contenidas en la legislación publicista quedará excluida frente a la directa aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo.

De ello se deriva que salvo la existencia de normas legales o convencionales que impongan la necesidad de realizar sumario, corresponderá extinguir la relación notificando tal decisión y la justa causa que se invoque, y coleccionar las pruebas necesarias para la demostración de la existencia de tal causa en sede judicial”.

Como dijimos es muy común que los accionantes invoquen al famoso precedente de Madorran, como argumento excluyente y sin una debida interpretación. Como bien podemos observar sus alcances no son para nada de aplicación directa, y su extensión fue relativizada hasta en los mismos considerandos del propio fallo:

“(...) **El derecho a la estabilidad, como todos los demás que consagra nuestra Carta Magna, puede ser limitado por las leyes que lo reglamentan** y esas reglamentaciones pueden atender al origen y regularidad de las designaciones, períodos razonables de prueba, causas justificadas de cesantía y otras disposiciones que sistematizan la carrera administrativa (...)”. (CSJN i re “Madorran Marta C. c. Administración Nacional de Aduanas”, 03/05/2007, voto de la Dra. Argibay).

De manera que aquel empleado que reclame la reincorporación a su lugar de trabajo como reparación ante un despido injustificado deberá estar comprendido en el régimen de estabilidad absoluto, y, para ello, deberá demostrar las situaciones particulares de la relación que traigan elementos de convicción suficiente para que se pudiera considerar así.

En ese marco, cualquier planteo debe demostrar en forma excluyente los términos señalados por la Ley N° 25.164. Esto es que al pretensor le comprendería el régimen de estabilidad propia de conformidad a las tareas desarrolladas durante la contratación de conformidad

al procedimiento que reglamenta el art. 17 de la Ley N° 25.164.

Pero así y todo tampoco sería excluyente porque la misma Ley de Empleo Público N° 25.164 hace la distinción de los distintos regímenes de aplicación al personal de la administración pública nacional, pues reconoce la vigencia de la LCT para aquellas relaciones laborales que así lo dispusieron.

De manera que sólo habilitaría la sujeción al régimen de empleo público siempre y cuando el Convenio Colectivo de Trabajo lo hubiese receptado, lo que por ejemplo, no sucedió en aquel que rige al personal de la Superintendencia de Riesgos del trabajo, cuya homologación fue en 2006.

C. CITAS JURISPRUDENCIALES

Visto el marco normativo general cabe ahora detenernos en los algunos de los números pronunciamientos suscitados a lo largo de todo el país, los cuales reconocen la aplicación de la protección impropia al trabajo empleo público cuando así lo determina la reglamentación:

1. autos caratulados **“LOPEZ, ENRIQUE ORLANDO C/ SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO S/ MEDIDA CAUTELAR”**, Expediente N° 13.604/2014, actuaciones llevadas adelante por la actora a fin de obtener su reinstalación laboral, tramitado ante el Juzgado Federal Número N° 1 de la Ciudad de Tucumán. Apelada la sentencia de grado que desestimo la medida cautelar incoada, recayó ante **LA CAMARA FEDERAL DE TUCUMAN** que en la sentencia de fecha 06 de mayo de 2016, señaló en sus considerandos:

“... El art. 38 inc. 3 de la Ley 24.557 expresamente establece: “Las relaciones del personal con la SRT se regirán por la legislación laboral” por lo que **la relación laboral entre el Sr. López y la Superintendencia de Riesgos de Trabajo podría extinguirse en razón de despido por justa causa (art. 242 LCT)** y tal decisión comunicarse mediante notificación fehaciente”.

Referenciando la Cámara Federal de Tucumán el criterio sustentado por la Excma. CSJN en la causa **“Madorrán, Marta c/ Administración Nacional de Aduanas”**, fallo del 03/05/2007 (LL, 8/05/2007) -reiterado en “Ruiz , Emilio David c/ DGI” (LL, 28/05/2007)-, a saber: **“... LA SOLUCIÓN DE CADA CASO**

ESTÁ CONDICIONADA POR LA NATURALEZA DE LA VINCULACIÓN DEL EMPLEADO CON LA ADMINISTRACIÓN Y REQUIERE, EN CONSECUENCIA, EL EXAMEN DE LA FORMA DE INCORPORACIÓN DEL AGENTE, DE LA NORMATIVA APLICABLE Y DE LA CONDUCTA DESARROLLADA POR LAS PARTES DURANTE LA VINCULACIÓN”.

2. En el mismo sentido se expidió el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y Contencioso Administrativo, de la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones, Expte: 2892/2013, caratulado **“HEREDIA, CECILIA C/ SRT S/ DESPIDO”**, a saber:

“... De la copia del legajo personal de la Sra. Heredia –que para este acto tengo a la vista–, surge que los sucesivos contratos por tiempo determinado firmados con ella, así como el cambio de modalidad a tiempo indeterminado –resuelto por el Superintendente de la SRT–, fue bajo el régimen de la L.C.T. –según resolución obrante a fs. 72/81 del legajo –. Es decir que la relación bajo análisis se encuadra en la excepción prevista por el art. 2 de la L.C.T. Entonces, según la resolución del Superintendente de la SRT –que incluyó a la actora en el régimen laboral común–, y lo dispuesto por el art. 38 de la Ley N° 24.557 –que no fue cuestionado–, **pese a ser dependiente de la SRT, la actora no gozaba de la estabilidad absoluta del empleo público”.**

Apelada dicha Resolución por la actora, la **Excma. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES de la ciudad de POSADAS** fallo de los 6 días del mes de Julio de 2016 en base a los siguientes considerandos, a saber:

Punto 5) de los considerandos: “... En primer lugar corresponde señalar **que la normativa que rige la relación laboral entre la actora y la demandada se enmarca en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 por remisión expresa que hace a dicha normativa el art. 38 inc. 3 de la Ley 24.557** sobre Riesgos del Trabajo, que es la ley que crea la Superintendencia de Riesgos del Trabajo en el año 1995 donde se desempeña la actora (art. 38 inc. 3° “... Las relaciones del personal con la SRT se regirán por la legislación laboral...”).

“... que en lo concerniente, es específicamente aplicable al caso el art. 23 del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el Decreto 214/2006, que

incorpora a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo en el Anexo I. El artículo es conteste con la ley 24.557 ya citada y se refiere a la aplicación de la LCT en sus relaciones laborales. También la norma refiere al respecto de la aplicación del régimen de empleo público y sólo lo contempla para los casos en que se firme convenios colectivos de trabajo en los que se prevea especialmente la inserción de los trabajadores a dicho régimen **-lo que no sucede en el sub examine-**. Así textualmente dice: “... **Las partes acuerdan que el personal comprendido en el presente convenio o que se incorpore en el futuro y se rija por la Ley de Contrato de Trabajo, mantendrá dicha condición**, salvo decisión expresa del Estado empleador o que se dieran los supuestos previstos en el último párrafo del artículo 3° del Anexo de la Ley N° 25.164 ...” (art. 23 Decreto 214/2006).

Por consiguiente, **la aplicación al caso de la ley de empleo público N° 25.164 no es acorde a la manda legal**. Más aún cuando surge expresamente del art. 3 in fine de dicho cuerpo legal que “... Al personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, y modificatorias o la que se dicte en su reemplazo, se les aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo. Es decir que el mismo cuerpo normativo de la ley de empleo público se prevé la situación de quienes se encuentren regidos por la Ley 20.744, siendo que la posibilidad de modificar dicha sujeción es únicamente posible a través del dictado de convenios colectivos de trabajo, así refiere que: “... En los supuestos contemplados en el párrafo anterior y en el inciso f), las partes, de común acuerdo, podrán insertarse en el régimen de empleo público, a través de la firma de convenios colectivos de trabajo, tal como lo regula el inciso j) de la Ley 24.185 y de acuerdo con las disposiciones de dicha norma ...”

Que sentada como base normativa a la relación laboral entre actora y demandada la Ley 20.744, corresponde me expida sobre el planteo de la estabilidad “propia” reclamada en demanda ... traigo a colación lo dispuesto en el art. 16 del Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, en el que ratificando la aplicación de la LCT a la relación laboral en cuestión, expresa en efecto: “... ARTICULO 16.- Las condiciones de trabajo determinadas en el presente convenio responden a los siguientes principios ordenadores de la función pública, los que deberán ser respetados en los convenios sectoriales: ... c) Estabilidad en la

relación de empleo, siempre que revistara como personal permanente de acuerdo con el régimen provisto en la Ley N° 25.164. **Queda exceptuado de este principio, el personal que rige sus relaciones de trabajo por la Ley de Contrato de Trabajo (...)**”. Lo que ciertamente implica -contrariamente a lo que reclama la actora en demanda- que **no todas las situaciones de trabajadores de la administración se encuentran amparadas por la estabilidad propia**. Pues, *a priori* la excluye a aquellas relaciones laborales que se rijan por la ley 20.744, y en suma, exige que el empleado revista el carácter de personal permanente de acuerdo al régimen que establece la ley de empleo público.

En ese sentido, es menester señalar que el régimen de estabilidad propia garantizado por la Constitución Nacional en el art. 14 Bis y reconocido por la Ley 25.164 de empleo público se encuentra reglamentado por las leyes, lo que implica que se encuentra limitado por las disposiciones que sistematizan la carrera administrativa. Así pues, se lee del art. 7 que el personal “podrá” revistar en el régimen de estabilidad y el art. 8 establece que “(...) El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismo descentralizado en la Ley de Presupuesto”.

3. Autos “AMIEVA CASTRO, CARLOS C/ SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO S/ AMPARO – MEDIDA CAUTELAR” expediente N° 1-151/10 el cual tramitó por ante el Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de SALTA.

En dichas actuaciones, el Juzgado de Primera Instancia, en sus considerandos señaló: “... del análisis de la legislación aplicable al caso de autos surge que la demandada ha despedido al actor rigiéndose por la normativa establecida a tal fin ...”

En efecto, cabe destacar que **la relación del personal con la S.R.T. se encuentra regida por la legislación laboral, de conformidad con lo establecido por el art. 38, inc. 3° de la Ley 24.557**, teniéndose en cuenta que luego de la sanción de la Ley 26.425 las competencias relativas al funcionamiento de las Comisiones Médicas y la Comisión Médica Central han sido transferidas a dicho organismo (art. 6, decreto 2105/08).

Por su parte, el **Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por decreto 214/06, de aplicación a los agentes de la S.R.T., establece que queda exceptuado del principio de estabilidad en la relación de empleo el personal que rige sus relaciones de trabajo por la L.C.T.**

Siendo ello así, el Reglamento Interno adoptado por la demandada al prever dicha legislación laboral como aplicable a las relaciones con su personal no hace más que seguir de manera coherente las normas antes señaladas, estableciendo en forma clara los deberes que deben observar los agentes y las causales de despido con justa causa, obviando en los casos en que la conducta contravencional esté expresamente consignada en la L.C.T. o en la reglamentación vigente la necesidad de instruir un sumario previo al despido ...”.

Fallo ratificado por la EXCELENTÍSIMA CÁMARA FEDERAL DE SALTA, quien sentenció RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto en contra la sentencia de fs. 129/133 vta. ..., ello en base a las siguientes consideraciones:

“... 2.1) Naturaleza del vínculo laboral: el objeto del amparo se ciñe a cuestionar el despido del actor, que como profesional médico integraba la Comisión Médica N° 23 (Salta) de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en cuanto fue efectuado sin sumario previo, independientemente de los motivos que hubieran dado lugar a dicha decisión...”

Para analizar esta cuestión debe primeramente desentrañarse la naturaleza jurídica de la relación laboral, ya que si se considera a la misma como de derecho privado, el despido con causa encuentra respaldo normativo sin necesidad de instruir actuaciones previas (art. 245 Ley de Contrato de Trabajo).- Lo contrario ocurre si se trata de empleo público, porque el art. 29 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, N° 25.164, dispone que el personal comprendido en el régimen tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo en los términos del artículo 1° inciso f) de la Ley N° 19.549, lo que comprende: a) el derecho a ser oído en sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, b) el derecho a ofrecer y producir pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y c) derecho a una decisión fundada.

Las partes obviamente disienten en su enfoque, sosteniendo el reclamante que se trata de empleo público, mientras que el Estado Nacional asevera que se trata de un contrato regido por las normas de la Ley de Contratos de Trabajo n° 20.744 (en adelante, L.C.T.).

Como ya señalara esta Cámara al resolver la pretensión cautelar ... el **art. 38 inc. 3° de la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557** dispone que las relaciones del personal con la S.R.T. se regirán por la **legislación laboral**. Paralelamente, el Dto. 214/2006 (que homologa el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional), en el capítulo referido a la naturaleza de la relación de empleo, menciona como principio ordenador de la estabilidad “siempre que revisara como personal permanente de acuerdo con el régimen previsto en la Ley 25.164.- **Queda exceptuado de este principio el personal que rige sus relaciones de trabajo por la Ley de Contrato de Trabajo (inc. c)**”.

De acuerdo con estas disposiciones, entonces, la vinculación del demandante con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo es ajena al régimen de empleo público. Esta conclusión surge fácilmente y sin esfuerzos de interpretación, pues ambos textos remiten expresamente a la Ley Laboral (L.C.T.) para que rija las relaciones del personal, es decir, el cúmulo de derechos y obligaciones recíprocas que emergen del contrato de trabajo, que entonces deviene privado.

... Asimismo, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de la ley es su letra y cuando esta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la Ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, ya que de hacerlo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (C.S.J.N., 16/03/1999, Fallos 322:385; LA LEY 1999-C, 153, del voto del Dr. Bossert).

... Si, como quedó expuesto, la relación del Dr. Amieva con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo se enmarcó en el régimen de la L.C.T., entonces el distracto constituyó un **despido con causa**. Y pese a que el actor aísla dicha causa del núcleo del debate, no puede dejar de señalarse, someramente, que la misma no surge ilegítima...”

Asimismo, la jurisprudencia sostiene: “Ahora bien, la Corte Suprema, en el caso “Leroux de Emede, Patricia v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (L. 441, XXIII, sent. del 30/4/1991), decidió que, frente a un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes y la disposición del art. 2 inc. a LCT, según el cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la Administración Pública, salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común **excepto que resultara evidente la voluntad estatal de incluir a los empleados en el sistema de la Ley de Contrato de Trabajo**”. (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, Frola Rodolfo c. Instituto de Obra Social para el personal de los Ministerios de Salud y Acción Social y de Trabajo, 23/04/2003). En el *sub examine*, la inclusión en el régimen de contrato de trabajo es expresa a tenor de la normativa señalada”.

D. CONCLUSIÓN

En consecuencia y por todo lo expuesto hasta aquí, tanto del andamiaje normativo referenciado y de la interpretación Jurisprudencial emanada por distintas Tribunales Federales del país, se desprende la coincidencia en reconocer la coexistencia de distintos regímenes de estabilidad para los trabajadores estatales. Situación también receptada por la representación sindical y reconocida por la Procuración del Tesoro de la Nación.

Quiere decir que, para que no se torne en derecho ilusorio que genera falsas expectativas, un planteo como el de la especie deberá estar extremadamente bien fundando en las particularidades, principalmente en la prestación laboral desarrollada; de lo contrario, no es que el trabajador se encontraría desprotegido sino que contaría con el derecho a la estabilidad impropia que deriva en la facultad de perseguir el cobro de una indemnización tarifada.

CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA MEDIANTE PROCESOS COLECTIVOS: ESTUDIO DEL CASO “CEPIS”

FRANCISCO VERBIC¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 328-364.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El trabajo presenta un análisis del proceso colectivo tramitado en el expediente “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (Expte. N° FLP 8399/2016), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) anuló en agosto de 2016 las Resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación (MEyMN) N° 28/2016 y 31/2016 que establecieron en su oportunidad un nuevo régimen tarifario del servicio público esencial de gas natural para todos los usuarios de la República Argentina.

Por medio de este estudio del caso pretendemos mostrar en detalle un ejemplo que permite visibilizar el potencial de los procesos colectivos como instrumento de participación ciudadana en el control de la cosa pública y mecanismo para estimular el control judicial de la actividad administrativa, así como también diversas cuestiones procesales problemáticas que se presentaron a lo largo de la discusión y que, en mayor o menor medida, son compartidas por otros procesos de este tipo.

El trabajo también ofrece una lectura crítica de la sentencia dic-

tada por la CSJN, mediante la cual intentamos demostrar cómo el tribunal limitó drásticamente ese potencial a través de diversas inconsistencias lógicas y argumentales que derivaron en una decisión según la cual: (i) los señalados actos administrativos fueron anulados para un sector de los usuarios afectados y, al mismo tiempo, considerados válidos para otros; y (ii) se impusieron las costas de todas las instancias del proceso por su orden, a pesar de tratarse de un caso de nulidad manifiesta y de un caso de interés público.

II. EL INICIO DEL PROCESO COLECTIVO, LA SENTENCIA DE ADMISIBILIDAD Y EL RECHAZO DE LA MEDIDA CAUTELAR

El 7 de abril de 2016 el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo contra el MEyMN con el objeto de “requerir ante V.S. en forma urgente, garantice el derecho constitucional a la participación de los usuarios previstos en el artículo 42 de La Constitución Nacional, y en forma cautelar ordene suspender la aplicación del nuevo cuadro tarifario previsto por la resolución 28/16 de dicho Ministerio, hasta tanto se haya dado efectiva participación a la ciudadanía” (apartado I).

El caso fue promovido en representación de una clase de personas conformada por “todo aquel usuario del servicio de gas, quien no contó con la posibilidad de que sus intereses sean representados con carácter previo al aumento del cuadro tarifario” (apartado III del escrito de demanda). El 15 de abril de ese mismo mes el Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata dictó una providencia mediante la cual resolvió distintos temas de relevancia para el proceso.

En primer lugar, tuvo presente la intervención de diversos concejales de la Municipalidad de La Plata y legisladores provinciales, así como también tuvo por presentados “en el carácter invocado” al Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y al Señor Carlos Mario Aoisi (quien adhirió a la demanda en carácter de usuario afectado) (considerando II).

Con respecto a la legitimación de la organización actora, la sentencia sostuvo que “No obstante la amplitud del objeto social aludido -que no describe con exactitud el interés público que en este caso se dice defender y representar- lo cierto es que, teniendo presente el

¹ UNLP - Profesor Adjunto de Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Secretario Académico y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal en dicha casa de estudios.



principio *pro actione*, mediante el cual los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impiden que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida, aunado a los intereses comprometidos en el presente, corresponde reconocer la idoneidad de los accionantes, de conformidad al art. 3° del Reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos” (considerando V).

De este modo, y a pesar de que CEPIS no es una asociación de defensa del consumidor debidamente inscripta ante el Registro pertinente,² el juez reconoció su capacidad procesal para actuar en nombre del grupo de usuarios que buscaba representar. Además de reconocer la legitimación de la organización actora y su carácter de representante adecuado del grupo en este caso puntual, en cumplimiento de lo normado por el art. 3 del Reglamento aprobado por Acordada CSJN N° 32/2014 la sentencia se expidió sobre la publicidad a acordar al proceso disponiendo su inscripción en el Registro Público de la CSJN y su difusión por el Centro de Información Judicial (CIJ) (considerando VI).

La decisión también resolvió rechazar la medida cautelar solicitada en la demanda por considerar que no estaban configurados los requisitos de peligro en la demora y verosimilitud en el derecho necesarios al efecto.

Con relación al peligro en la demora sostuvo que “la parte actora no ha demostrado la necesidad inmediata del otorgamiento de la medida cautelar, acreditando la eventual irreparabilidad del daño. Sus dichos no alcanzan a tener por probable que, en el caso de no concederse la medida, sobrevenga un daño inminente o perjuicio irreparable que transformaría en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Es que el pago de las nuevas tarifas de gas comenzaría a correr recién al finalizar el mes de abril (en el más gravoso de los casos) (...) la necesidad de aventar un riesgo inminente bien puede eventualmente ser resuelta una vez que se cuente con el informe previsto por el art. 8 de la ley N° 16.986 y la debida intervención de la parte demandada” (considerando V.a.).

En cuanto a la verosimilitud en el derecho, señaló que “La compulsión de las constancias fácticas de la causa me conduce a conside-

2 Art. 56 de la Ley N° 24.240.

rar que los actores no acreditan suficientemente la concurrencia de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora que exige el otorgamiento de una medida cautelar (...) en virtud del interés público comprometido, no bastan en estas excepcionales circunstancias -a los fines de verificar el presente presupuesto- las alegaciones de la parte actora. Resulta menester oír a la demandada a fin de que explique el procedimiento adoptado, que llevara al dictado e implementación de la Resolución cuestionada” (considerando V.b.).

III. LA CONTRADICTORIA SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA: ORDEN DE CELEBRAR AUDIENCIAS PÚBLICAS PARA DEBATIR Y REEVALUAR LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS

En fecha 31 de mayo de 2016, un mes y medio después de la decisión sobre admisibilidad del proceso colectivo, el juez dictó sentencia de mérito. Esta decisión rechazó el pedido de nulidad y suspensión de aplicación de las Resoluciones impugnadas, pero al mismo tiempo ordenó “al Estado Nacional-Ministerio de Energía y Minería- a que, frente al nuevo esquema tarifario -transitorio o definitivo- de los servicios públicos de transporte y distribución de gas natural dispuesto por las resoluciones referidas, convoque -con amplia difusión en los medios nacionales (además del Boletín Oficial)- a Audiencia Pública para todos los usuarios y consumidores y asociaciones que los nucleen, a fin de garantizar la debida participación de los mismos, donde serán debatidas y reevaluadas las disposiciones de las Resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería en lo atinente a la modificación del régimen tarifario del servicio público de transporte y distribución de gas natural” (apartados 1 y 2 de la parte dispositiva).

Para arribar a esta conclusión el juez sostuvo que “si bien a esta altura del debate concluyo que el procedimiento a través del cual se implementaron las reformas cuestionadas sobre el régimen del servicio público de distribución y transporte se encuentra viciado en virtud de la inobservancia de las normas que determinan a la participación ciudadana como un requisito procedimental ineludible para la toma de la decisión -no así respecto a la determinación del precio en el Punto de Ingreso al Sistema de Transporte-, de tal circunstancia no se debe concluir necesariamente que el nuevo régimen establecido resulte irrazonable, ilegítimo o palmariamente arbitrario” (considerando XXI.2.).

En este orden de ideas, con relación a la vía por la cual se planteó la discusión afirmó que “En el estrecho marco de la acción intentada, resulta posible juzgar sobre una palmaria vulneración al procedimiento formativo de la voluntad estatal (inexistencia de audiencia pública) cuando viene, como se dijo, expresamente previsto por las normas que regulan el servicio, y ello se encuentra dentro del ámbito de admisibilidad prescripto para la acción de amparo conforme los arts. 43 de la CN y 1 de la Ley 16.986, más no resulta posible juzgar -bajo aquel mismo requisito de admisibilidad- que el nuevo esquema sancionado sea una solución manifiestamente irrazonable para mitigar los efectos de la crisis energética, a causa la complejidad fáctica y técnica del tema en debate. Aquellas circunstancias, merecen para su abordaje, un conocimiento preciso y detallado, que escapa -por mucho- al régimen cognoscitivo reducido de la acción de amparo” (considerando XXI.3.).

Nos encontramos así con una sentencia respecto de la cual se advierten al menos dos inconsistencias.

La primera es haber reconocido la existencia de un vicio esencial en el procedimiento sin hacerse cargo de las necesarias y lógicas consecuencias que ello debe acarrear. Esto es, evitando declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados a pesar de haber verificado la ausencia de un “requisito procedimental ineludible” para su dictado.

La segunda es haber tergiversado el objeto de la pretensión para desprender a partir de allí argumentos que permitieran sostener la solución acordada al conflicto. Sucede que en el caso no se discutía la razonabilidad del nuevo esquema tarifario sino, exclusivamente, su invalidez por no haberse habilitado la participación ciudadana para discutirlo previamente (tal como lo exige -y lo sostiene la propia sentencia- la normativa aplicable al caso).

En otro orden, esta sentencia contiene en sus considerandos XIII a XV interesantes desarrollos sobre la Acordada CSJN N° 32/2014 y su similar N° 12/2016. Respecto de la existencia de otros procesos con objeto similar, el juez sostuvo que “la adopción de una conducta pasiva, expectante de la resolución final de aquellos expedientes, ocasionaría una verdadera privación de justicia en perjuicio de las partes que accionaron en esta sede, vulnerando claramente el derecho de acceso a la justicia, prerrogativa expresamente establecida por el bloque constitucional (preámbulo y arts. 14, 17, 18, 43, 75 inc. 22 y cctes. de la C.N.)” (considerando XV).

También puede verse en la decisión un análisis del caso a la luz de los requisitos exigidos por dicha normativa reglamentaria y por la doctrina “Halabi”, concluyendo que estaban todos debidamente configurados en el caso (considerando XVIII). Sin perjuicio de esto, tenemos una sentencia que -fuera del análisis del objeto estatutario de las entidades actoras- carece de argumentos vinculados con el requisito de idoneidad del representante que, recordemos, ya había tenido por cumplido en cabeza de CEPIS al resolver la admisibilidad del proceso (considerando XVIII.3. y XVIII.4.B.).

La sentencia tiene sobre el final un detallado análisis normativo y jurisprudencial del instituto de la audiencia pública en el contexto de servicios públicos, así como de su relevancia constitucional (considerando XX). Según veremos, la CSJN volverá sobre este tema también en profundidad.

IV. LA VINCULACIÓN DEL PROCESO CON OTRAS CAUSAS SIMILARES Y EL INTENTO DEL ENA PARA CONCENTRAR SU DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Una semana más tarde, en fecha 7 de junio de 2016, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5 se pronunció en autos “EN – M. de Energía y Minería c/ Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros s/ Inhibitoria” (Expte. N° 31340/2016), haciendo lugar a un pedido de inhibitoria del ENA “respecto de los tribunales con asiento en el Interior del país para el conocimiento de las causas sobre las cuales recae el presente y declarar la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires para entender en los autos cuya remisión a estos estrados el presentante requiere”.

Se trataba de 8 procesos colectivos relacionados con el mismo aumento tarifario del servicio de gas natural que tramitaban en distintos tribunales federales del interior del país (todos detallados en el punto 2 de la parte dispositiva de esta decisión).

El fallo sostuvo que las causas eran de su conocimiento porque correspondía “entender en ellas [a] los tribunales del lugar de asiento del organismo emisor de los actos cuyos efectos se intentan suspender o evitar”. Para sostener este argumento invocó como fuente de autoridad los precedentes de la CSJN publicados en Fallos 313:142, 313:974 y 315:1738 “entre otros” (considerando IV).

La decisión se ocupó de aclarar que “Lo que aquí se decide es sin perjuicio de lo que oportunamente corresponda, en su caso, resolver en relación a la acumulación de causas cuya remisión se solicita en virtud del principio de prevención; decisión que se difiere en razón de la urgencia alegada por el presentante” (punto 3 de la parte dispositiva).

La causa que disparó el pedido de inhibitoria fue justamente aquella que tramitaba en La Plata. Sin embargo, el expediente no fue remitido al juzgado que dictó la orden inhibitoria. El juez de primera instancia del caso “CEPIS” rechazó la orden por incumplimiento de diversos recaudos formales. Además, para el momento que dicha orden fue comunicada el expediente ya contaba con la sentencia definitiva que analizamos en el apartado anterior de este trabajo.

V. LA SENTENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES: NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES N° 28/2016 Y N° 31/2016 Y ORDEN DE RETROTRAER LA SITUACIÓN TARIFARIA DEL SERVICIO DE GAS NATURAL AL MOMENTO ANTERIOR A SU DICTADO

En fecha 7 de julio de 2016 la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata se expidió sobre los recursos de apelación de todas las partes y revocó la sentencia definitiva de primera instancia que, según vimos, si bien había reconocido los vicios en el procedimiento previo al dictado de los actos administrativos impugnados, no declaró su nulidad. Además, señaló que esta causa había generado competencia por prevención y dispuso acumular allí el resto de los procesos colectivos que tramitaban en distintos tribunales federales del país con motivo del conflicto.

En este sentido la Cámara resolvió: “1°) Acumular a la presente todas las acciones colectivas que correspondan conforme lo dispuesto por las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2°) Modificar la resolución recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad de las Resoluciones 28 y 31 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, retro trayéndose la situación tarifaria a la existente previamente al dictado de ambas. Costas de las dos instancias a la recurrente vencida (art. 68 del CPCCN). 3°) Remitir copia certificada del presente pronunciamiento a la jueza requirente del fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Sobre la cuestión de competencia la Cámara dejó en claro que “la prelación respecto de las causas que guardan sustancial semejanza con la presente en cuanto a la afectación de derechos de incidencia colectiva de las mismas características que los de autos, corresponde a la presente causa. Ello es así, por ser la primera en el tiempo en relación con la casi totalidad de expedientes de las mismas características, como por resultar la primera registrada, y en consecuencia, provocar la atracción de las demás, las que deberán ser acumuladas a la presente” (considerando IV.a.2.).

VI. EL CASO LLEGA A LA CSJN: EFECTO DEVOLUTIVO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL DEL ENA Y LAS DISTINTAS OPCIONES QUE TENÍA EL TRIBUNAL PARA ABORDAR EL CONFLICTO

El 4 de agosto de 2016 la Cámara concedió el recurso extraordinario federal interpuesto por el ENA. Todos los integrantes de la Sala II estuvieron de acuerdo en ello por entender que se encontraba en discusión el alcance e interpretación de normas federales. Sin embargo, el fallo fue dividido con relación al efecto con que debía abrirse el camino hacia la CSJN. La mayoría integrada por Shiffrin y Calitri resolvió hacerlo con efecto devolutivo.³

3 Schifffrin fundó su posición sosteniendo que “la jurisprudencia de la CSJN ha afirmado que ‘la apelación extraordinaria puede otorgarse con efecto devolutivo –art. 7 de la Ley 4055-’ (Fallos: 193:408, considerando 4°; el resaltado me pertenece). Este añejo dictum de la Corte Suprema, puede parecer extraño, porque existe una idea generalizada acerca de que al concederse el recurso extraordinario se suspende, automáticamente, el efecto de la sentencia apelada. Sin embargo, esta idea no es sino el producto de un argumento a contrario que se realiza aplicando a la hermenéutica del art. 7 de la ley 4055 (hoy art. 258 del CPCCNA) que el precedente mencionado cita” (considerando II).

También invocó el precedente de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el caso “Grupo Clarín S.A y otros s/ medidas cautelares” (Expte. N° 8836, sentencia del 18 de diciembre de 2012), señalando que “dicho Tribunal, invocando razones institucionales, concedió el recurso extraordinario por ante la Corte Suprema diciendo que ‘en atención a la naturaleza cautelar de la resolución impugnada y la obligación de este Tribunal de preservar la eficaz jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (doctrina de Fallos: 323:3667) se concede formalmente el recurso extraordinario con efecto devolutivo hasta tanto dicho tribunal se pronuncie’” (considerando III).

Sobre estas premisas, haciendo referencia a manifestaciones públicas del

ENA y a “la incertidumbre y confusión general en que nos debatimos en la actualidad sobre el punto de las tarifas de gas”, consideró que “si en el período en que estuviera suspendida la sentencia de esta Sala y pendiente el recurso ante la Corte Suprema se emitieran nuevas facturas, para después retornar a la situación previa, se afectaría el pleno ejercicio de la jurisdicción de la Corte Suprema, puesta frente a hechos cumplidos de difícil reversión”. Asimismo, apuntó que “Por otro lado, se realizarían actos del Poder Ejecutivo (emisión de facturas y aplicación de tarifas acorde las resoluciones anuladas por la Cámara) que ocasionarían un gran dispendio económico y de recursos para la administración pública en caso de que, posteriormente, la Corte Suprema fallase en concordancia con lo resuelto por esta Sala”.

También entendió que “en caso de que esto último ocurriese (que la Corte confirmase lo resuelto por la Cámara) se generaría una incertidumbre general en los usuarios, mayor a la que existe hasta el momento, acerca del monto a pagar, la validez de las facturas emitidas y los plazos para cancelar los pagos”. Y finalmente afirmó que era necesario “tener presente la extendida repercusión social negativa previsible si se diese una situación como la prescripta. Y también cabe señalar que no es ajeno a la función judicial velar por el mantenimiento de la paz social” (considerando III).

A su turno, Calitri señaló que se trataba de un caso de excepción a la doctrina de la CSJN según la cual “la concesión del recurso extraordinario suspende, como regla, la ejecución del pronunciamiento impugnado”, y sostuvo: “En prieta síntesis, es indiscutible la gravedad institucional que existe en la actualidad ya que si bien es cierto que el Estado Nacional se encuentra a la espera de una resolución que ponga punto final al debate traído a estudio y según sus propias palabras ínterin ‘...se compromete el devenir de las instituciones que establece la Constitución Nacional y el futuro de aspectos esenciales en materia de seguridad y abastecimiento de un servicio público que afecta a toda la comunidad...’ No menos cierto es que la suspensión del pronunciamiento dictado por este Tribunal importaría la conculcación de principios de raigambre constitucional. Me refiero, no sólo a la falta de celebración de la Audiencia Pública y la consecuente participación ciudadana (art. 42, CN), sino también a la posible desnaturalización de principios contenidos también en nuestra Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22, tales como el acceso a la justicia, el resguardo de sectores más vulnerables, el derecho a contar con una vía efectiva y expedita en tutela de los derechos de quienes así lo peticionan y obviamente, hacer cesar el estado de incertidumbre que existe en la actualidad entre consumidores y usuarios del servicio de gas respecto a la falta de facturación, del modo propiciado en la sentencia de este Tribunal, y de los montos que en esas facturas se consignarán en el futuro inmediato y que obviamente en algún momento deben ser abonadas” (considerando II).

El voto en disidencia de Alvarez sostuvo que no encontraba mérito en el caso para apartarse “del principio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, con relación a que la concesión del recurso extraordinario suspende la ejecución del pronunciamiento impugnado, con excepción del supuesto contemplado en el art. 258 del CPCCN. En efecto, tal salvedad que

De este modo el caso llegó a la CSJN y agregó un escenario procesal más (un proceso colectivo más) entre los cuales el tribunal podía elegir para expedirse sobre el conflicto nacional provocado por el ilegítimo aumento de la tarifa del servicio de gas natural. Una elección no menor en atención a cómo habían sido construidos tales casos y, consecuentemente, a cómo había quedado delimitada la competencia del poder judicial para entender en el asunto de acuerdo con la doctrina de la propia CSJN sobre los alcances del art. 116 CN y sobre los alcances de su competencia originaria.

Estos tres escenarios eran los siguientes:

(i) La causa “CEPIS”, con una clase de alcance nacional, en el marco de la cual -según vimos- se resolvió el fondo del asunto declarando la nulidad de los señalados actos administrativos por incumplir con el requisito procedimental de audiencia pública previa. Sólo se discutía aquí la cuestión procedimental. La razonabilidad de los aumentos tarifarios no era objeto del proceso como ya hemos señalado. El caso generó competencia apelada del tribunal, con las limitaciones propias de esto.

(ii) La causa “Provincia de Chubut c/ ENA”, con una clase que involucraba a los usuarios del servicio domiciliados en esa Provincia y donde se había dictado una medida cautelar que suspendió las resoluciones y derivó en una presentación del Procurador General del Tesoro de la Nación ante la CSJN para que el tribunal asuma competencia originaria sobre el expediente. Aquí sí se discutía razonabilidad. El caso podía generar competencia originaria del tribunal, con la amplitud de juzgamiento que eso implica.

(iii) La causa “Presentaciones varias por retardo de Justicia N° 1 – Ciudadanos del Sur de la Provincia de Mendoza c/ Estado Nacional Argentino y otros”, vinculada con usuarios del servicio domiciliados en dicha Provincia, donde se dictó una medida cautelar con similar objeto a la de Chubut y contra la cual el ENA interpuso un REF por salto de instancia. En esta causa la CSJN solicitó un informe al ENA sobre distintas cuestiones vinculadas con el conflicto en discusión, el cual había sido respondido en fecha 3 de agosto de

permite acudir a la ejecución de la sentencia, está dada por la presencia de los recaudos previstos por la norma mencionada, posibilitando -sólo en esos casos- que se produzcan los efectos de la sentencia con anterioridad al fallo de la Corte” (considerando IV).

2016. Este tercer escenario presentaba un contexto procesal excepcional para pronunciarse sobre el tema, como es el recurso por salto de instancia. También en esta causa se discutía la razonabilidad de las nuevas tarifas.

VII. DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL ANTE LA CSJN: AUDIENCIA PÚBLICA OBLIGATORIA Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El 17 de agosto de 2016 el Ministerio Público Fiscal de la Nación emitió su dictamen en la causa a través del Procurador General ante la CSJN, afirmando en primer lugar la obligatoriedad de audiencia pública previa a la modificación de la tarifa del servicio público de gas natural. En este sentido sostuvo que *“la sentencia recurrida interpretó adecuadamente el derecho federal vigente al concluir que el aumento tarifario no pudo ser válidamente implementado sin la realización previa de una audiencia pública dado que la Ley 24.076 de Gas Natural impone ese mecanismo como herramienta para garantizar el derecho constitucional de información, consulta y participación de los usuarios y consumidores en el artículo 42 de la Constitución Nacional”* (apartado V).

El apartado VI del dictamen desarrolla en detalle el marco normativo convencional, constitucional, legal y reglamentario que determina la obligatoriedad de la audiencia pública como requisito de validez de actos administrativos en el contexto tarifario. Asimismo, se explica allí por qué no resulta de aplicación la Ley de Hidrocarburos N° 17.319 y se recuerda la relevancia de la audiencia pública por configurar “una instancia de participación ciudadana que favorece la democratización de las decisiones, la formación de consensos, la transparencia y la publicidad de los actos y los procedimientos, lo que, en definitiva, fomenta el control social”.

En el apartado VII el dictamen aborda y descarta los argumentos del ENA vinculados con distintos regímenes de emergencia que, según afirmaba este último en su defensa, tornaban innecesaria la celebración de audiencia pública. Finalmente, el apartado VIII se ocupa de precisar que “Si bien es cierto que el mérito o conveniencia de una política pública es una cuestión que excede el ámbito de una revisión judicial, no es menos cierto que tales políticas deben implementarse con acatamiento a los límites que resultan del marco regulatorio legal

específico en la materia, y sin vulnerar los derechos y garantías constitucionales reconocidos a favor de los usuarios y consumidores. En tal sentido, una de las funciones del Poder Judicial es controlar que los restantes poderes del Estado no se extralimiten en el ejercicio de sus facultades y respeten el ordenamiento jurídico vigente”.

De este modo, y en línea con la jurisprudencia de la CSJN en la materia, el Procurador dejó en claro que la intervención del Poder Judicial en el asunto no sólo era constitucional sino, además, un verdadero deber funcional para verificar si las competencias privativas del Poder Ejecutivo habían sido ejercidas en el caso dentro de los límites y en el marco de las reglas pertinentes.

VIII. LA SENTENCIA DE LA CSJN: CUESTIONES DE COMPETENCIA, LIMITACIÓN SUBJETIVA DE LOS ALCANCES DEL CASO, AUDIENCIAS PÚBLICAS COMO REQUISITO CONSTITUCIONAL Y LAS COSTAS DEL PROCESO

El 18 de agosto de 2016 la CSJN dictó sentencia de mérito, rechazando los agravios vinculados con la competencia territorial del Juzgado actuante y confirmando la decisión de la Cámara de anular los actos administrativos impugnados (aunque limitando los efectos de la nulidad sólo a los usuarios residenciales del servicio según veremos).

Asimismo, se refirió con extensos desarrollos a la relevancia constitucional de la participación ciudadana en el marco de la regulación de los servicios públicos en general y sobre el mecanismo de audiencia pública en particular como modalidad de implementar dicha participación en el marco del art. 42 CN.

En otro orden, veremos cómo el tribunal no sólo se expidió sobre el vicio procedimental denunciado en la demanda sino que también estableció estándares prospectivos para analizar cuestiones de razonabilidad en el contexto tarifario (a pesar de que esto no se debatía en el caso). Por último, y no obstante que la violación al marco legal y constitucional había sido manifiesta, impuso las costas del proceso por su orden sin brindar una motivación razonable para ello.

Analizaremos todas estas cuestiones a continuación a partir del voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco que hizo mayoría de fundamentos (al cual adhirieron en los sustancial con sus votos concurrentes Rosatti y Maqueda).

VIII.1. La cuestión de competencia territorial

En primer lugar, el voto de la mayoría rechazó por insuficientes los agravios del ENA vinculados con la competencia territorial del Juzgado Federal actuante y la orden inhibitoria dictada por su par con asiento en la Ciudad de Buenos Aires a la cual nos referimos más arriba en este trabajo.

Sobre esta cuestión señaló que “el recurrente no rebatió adecuadamente el fundamento del tribunal *a quo* relativo a que las cuestiones de competencia resultan admisibles solo cuando quedan trabadas con anterioridad al dictado de la sentencia en la causa que las motivan, lo cual no ocurrió en el caso en tanto la solicitud de estos autos por parte de la titular del juzgado de aquel fuero fue recibida con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva por parte del juez federal de La Plata” (considerando 9°).

VIII.2. La sorpresiva, ilógica e inconstitucional limitación subjetiva del caso colectivo

En segundo lugar, de oficio y con una invocación genérica de las atribuciones conferidas a la CSJN por el artículo 16 de la ley 48,⁴ el voto de la mayoría sostuvo que correspondía “delimitar los alcances de la presente sentencia. En tal sentido, el Tribunal adelanta su conclusión respecto de que la decisión que aquí se adopta se limita -por las razones que se desarrollarán a continuación- exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio” (considerando 10°).

En esta cuestión se decidió la mayor parte del impacto económico del fallo. Y se decidió mediante argumentos que, según veremos, permitieron una solución del conflicto que tuvo como consecuencia mantener vigente en cabeza de un sector de la sociedad (los usuarios no residenciales) la obligación de pago de la tarifa que la misma sentencia estaba declarando nula. Nula por un vicio que, según lo afirma la propia sentencia, afectaba a todos los usuarios por igual.

4 “Art. 16. – En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón”.

Para arribar a esa conclusión el voto de la mayoría comenzó por analizar los requisitos de procedencia (admisibilidad) de las acciones colectivas.

Primero consideró cumplidos aquellos que exigen “un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos” y una pretensión “concentrada en los ‘efectos comunes’ para todo el colectivo, es decir, la necesidad de audiencia previa (...) Al respecto debe repararse en que las resoluciones impugnadas alcanzan a todo el colectivo definido en la demanda” (considerando 11°).

Pero luego sostuvo que “por el contrario, el recaudo de estar comprometido seriamente el ‘acceso a la justicia’ -cuyo cumplimiento, según se expresó en ‘Halabi’ (Fallos: 332: 111), resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos- no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir” (considerando 12°).

La decisión afirmó en este sentido que “solo en relación al mencionado colectivo [los usuarios residenciales] cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (considerando 13, 4° párrafo del precedente “Halabi” citado). A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo” (considerando 12°).

Sobre esas premisas se sostuvo también que “respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 ‘Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario’, dictada el 4 de agosto de 2016). Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habi-

litar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos” (considerando 13°).

Con estos argumentos la CSJN rechazó parcialmente la acción colectiva, dejando afuera de los beneficios de la decisión a un sector del grupo cuyos derechos se estaban jugando en el proceso: todos los usuarios “no residenciales”, cuya representación habían invocado y llevado adelante hasta ese momento los legitimados colectivos que participaron del caso. A continuación presentamos cuatro aspectos problemáticos sobre este aspecto de la sentencia.

VIII.2.1. Primer problema: la sorpresa y la falta de discusión sobre el tema

Esto fue realizado de oficio por el tribunal y de manera sorpresiva, en ausencia de agravios del ENA sobre la cuestión. El REF del ENA no contiene argumento alguno sobre cuestiones procesales vinculadas con la admisibilidad de la tutela colectiva de los derechos afectados. De hecho, el ENA consintió a lo largo de todo el proceso el modo en que fue definida la clase en su oportunidad y nada dijo sobre el requisito de “ejercicio individual no justificado” que aplicó la CSJN para restringir el alcance de los efectos de su sentencia.

Puede sostenerse frente a esto, y creo que acertadamente, que en tanto la definición del alcance del “caso”, “causa” o “controversia” determina los alcances de la competencia del Poder Judicial sobre un conflicto dado, estaríamos frente a un requisito que debe ser analizado de oficio por los jueces. Lo que llama la atención en este caso es que ninguno de los 4 jueces que habían intervenido hasta ese momento (primera instancia y cámara de apelaciones), así como tampoco la parte demandada ni el Procurador General en su dictamen, habían advertido este supuesto “problema” del caso ni sostenido algún tipo de argumento para ponerlo en discusión.

Se trató en definitiva de un elemento teórico, argumental y puramente discursivo (aunque con innegables efectos de poder real) ya que -como surge del modo en que fue expuesto- no se apoya en pruebas producidas en el expediente sino en conjeturas y especulaciones dogmáticas (presunciones) que la Corte introdujo de manera sorpresiva en el caso. Un elemento sorpresivo que, en atención a la magnitud del asunto, bien pudo haber merecido otro tratamiento, un mayor debate y una solución acorde con la discusión que se dio

entre las partes (así como públicamente en la sociedad) durante todas las instancias del proceso.

VIII.2.2. Segundo problema: aplicación de un precedente que no es tal y omisión de aplicar la expresa excepción al requisito utilizado para recortar el grupo

Además de los señalados reparos en cuanto al modo en que fue introducida y resuelta esta cuestión, la sentencia es problemática por las fuentes de derecho que invocó la Corte para sostener su postura.

En este sentido cabe señalar que la exclusión de los usuarios no residenciales se fundó invocando como fuente de derecho el criterio jurisprudencial establecido por el propio tribunal en el caso “Sociedad Rural Río V”. Un criterio que resultaba claramente inaplicable al caso por, al menos, tres razones:

(i) Por ser imprevisible para las partes, ya que fue establecido en un fallo dictado por la CSJN tan sólo dos semanas antes del dictado de la sentencia (el mismo día en que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata concedió con efecto devolutivo el REF).

Recordemos que la teoría del precedente tiene como principal fundamento la búsqueda de seguridad jurídica y de obtención de soluciones igualitarias para situaciones similares, descansando por ello sobre la idea básica de que el criterio jurisprudencial a aplicar debe ser conocido por las partes para permitirles regular su conducta en función de su contenido.

(ii) Por no configurar ese criterio el holding del “precedente” invocado, sino una afirmación realizada a mayor abundamiento.

Conforme se desprende de la sentencia dictada en “Sociedad Rural Río V”, la demanda fue rechazada en ese caso por insuficiencia probatoria para demostrar la alegada confiscatoriedad que -según se postulaba allí- significaba para los asociados de la actora no poder aplicar el ajuste por inflación en sus balances contables (ver considerandos 2° y 6° de dicha sentencia).

Teniendo eso presente, un rápido ejercicio hipotético demuestra la fortaleza de nuestro argumento: si el criterio invocado por la CSJN en “CEPIS” hubiese sido el fundamento (*holding*) del rechazo en “Sociedad Rural Río V”, en este último caso la Corte debería haber rechazado la demanda por inadmisibile y nunca debería haber entrado a analizar ese material probatorio.

(iii) Porque aun cuando hubiese sido dictado con suficiente antelación para poder ser considerado por las partes en sus postulaciones y aun cuando se hubiese tratado del *holding* del fallo, el caso “Sociedad Rural Río V” versaba sobre un conflicto de materia exclusivamente tributaria y que no involucraba sectores vulnerables de la población.

Esto es relevante porque no resultaba aplicable allí la excepción al requisito de afectación del derecho individual de acceso a la justicia que la propia Corte estableció en “Halabi” y ratificó en sucesivos precedentes. El caso “CEPIS”, por el contrario, reunía ambas características (materia de consumo / grupos vulnerables afectados) y debió, por tanto, haber sido exceptuado de cumplir con el requisito de admisibilidad que la CSJN utilizó inconstitucionalmente para limitar los alcances subjetivos de su decisión.⁵

VIII.2.3. Tercer problema: la inscripción en el Registro Público

Otro elemento que demuestra lo sorprendente, ilógico e inconstitucional de la limitación de los alcances de la sentencia es la constancia de inscripción del proceso en el Registro Público de Procesos Colectivos que administra la propia CSJN.

Surge de allí que el caso había sido anotado como comprensivo de una clase de personas conformada por todos los usuarios del servicio, no solo los residenciales.⁶ Inscripción, por cierto, consistente con la

5 La excepción a que nos referimos fue establecida en los siguientes claros términos: “Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta” (“Halabi”, considerando 13° del voto de la mayoría, énfasis agregado).

6 La ficha del Registro señala textualmente lo siguiente: “Carátula: CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA PROMOCION DE LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD Y OTROS c/ MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERIA s/

representación invocada por CEPIS en la demanda y con la orden de certificación dictada por el juez de primera instancia.

Esto implica que el sub-grupo de usuarios no residenciales que quedaron afuera del alcance de la sentencia por esta cuestión procesal bien pudieron haberse considerado representados en el proceso durante los 4 meses que duró el trámite, ya que los legitimados sostuvieron en su demanda que “El aumento del cuadro tarifario del servicio público de gas a lo largo y ancho del territorio argentino, sin que previamente mediare intervención de la ciudadanía, lesiona el derecho constitucional a la participación ciudadana consagrado en el artículo 42. Por consiguiente, la CLASE AFECTADA se conforma con todo aquel usuario del servicio de gas, quien no contó con la posibilidad de que sus intereses sean representados con carácter previo al aumento del cuadro tarifario” (apartado III del escrito de demanda, citado en el considerando 1° del voto de la CSJN en análisis).

VIII.2.4. Cuarto problema: la ilógica consecuencia de convivir con un acto administrativo de alcance general que es nulo para algunos y válido para otros

¿Quedaron habilitados los usuarios no residenciales para promover acciones individuales persiguiendo el mismo objeto? La pregunta es retórica. Por supuesto que sí, ya que fueron afectados por las resoluciones y el máximo tribunal del país expresamente los dejó afuera de los efectos de la sentencia.

Sin perjuicio de eso, la pregunta sirve para presentar un cuarto aspecto problemático de la decisión: ¿cómo es posible que las Resoluciones N° 28/2016 y N° 31/2016 puedan ser nulas para un sector de los usuarios y válidas para otros cuando el vicio procedimental que derivó en esa declaración de invalidez es único e indivisible y

AMPARO COLECTIVO. Actor: Norma/s invocada/s: Resolución 28 /2016. Descripción de la Fiscalía: Caracter en que interviene la Fiscalía: Art. 41. Objeto de la pretensión: Se garantice el derecho constitucional a la participación de los usuarios previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional y en forma cautelar se ordene suspender la aplicación del nuevo cuadro tarifario previsto (sic) por Resolución N. 28 del año 2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación hasta tanto se haya dado efectiva participación a la ciudadanía. Alcance: ----- Composición de la clase: Todos los usuarios del servicio de gas que se habrían visto impedidos de expresar sus intereses con carácter previo a la puesta en vigencia del nuevo cuadro tarifario de la Resolución N. 28 del año 2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación”.

afectó a todos por igual?

¿Podrían otros tribunales federales resolver la cuestión en sentido diverso, afirmando que la audiencia pública no era un requisito constitucional para el dictado de las Resoluciones N° 28/2016 y 31/2016?

¿Podría hacerlo la propia Corte?

¿Sobre qué actos administrativos versaría el objeto de esos procesos cuando dichas Resoluciones ya fueron anuladas?

Para explicar nuestro argumento resulta importante subrayar una diferencia conceptual y técnica fundamental: no estamos analizando una declaración de inconstitucionalidad que, de conformidad con la teoría general en la materia (control difuso con alcances restringidos al “caso” constitucional resuelto), hubiese permitido —teóricamente— delimitar el alcance de la decisión en función del grupo comprendido en el caso colectivo.⁷ Este escenario hipotético hubiera dado algo de lógica y sentido a la decisión de la CSJN. Si la inconstitucionalidad solo alcanza y aplica al “caso”, entonces limitando subjetivamente el “caso” se limita el alcance de la declaración de inconstitucionalidad y, así, sus beneficiarios.

Pero no estamos ante una declaración de inconstitucionalidad sino ante una declaración de nulidad de dos actos administrativos de alcance general. Los actos administrativos impugnados fueron declarados *nulos*. No *inconstitucionales* para el caso colectivo concreto, delimitado subjetivamente en el sentido que señalamos, sino *nulos* por un vicio insanable en su procedimiento.

Insistimos: una declaración de nulidad no es lo mismo que una declaración de inconstitucionalidad. La nulidad deriva en invalidación, la inconstitucionalidad deriva en inaplicabilidad a un caso concreto (caso que puede ser individual o colectivo desde “Halabi” y su redefinición de “causa o controversia” en cuanto elemento habilitante de la competencia judicial por lo dispuesto en el art. 116 CN).

Un ejemplo puede servir para demostrar nuestra posición: si un órgano judicial declara la nulidad de una ley formal del Congreso por haberse incurrido en un vicio de procedimiento insalvable, ¿podría sostenerse que esa ley resulta aplicable para algunos y no para otros,

7 Digo “teóricamente” porque entiendo que en el presente caso una solución del género tampoco hubiese sido posible debido a las características del vicio constitucional denunciado (características que no admiten distinción razonable entre grupos de usuarios ya que, insisto, como dijo la propia Corte en esta misma sentencia la falta de celebración de audiencia pública previa los afectó a todos por igual).

aun cuando así lo diga la sentencia? Parece claro que no.

En este sentido, la declaración de la CSJN sobre la limitación subjetiva de los alcances de su sentencia debe confrontarse con el hecho que las Resoluciones MEyMN N° 28/2016 y N° 31/2016 no pueden al mismo tiempo ser válidas (para un sector de los usuarios) e inválidas (para otro).

Más allá de cualquier discusión jurídica, esta afirmación se apoya en el principio lógico de no contradicción. Un principio fundamental que “ontológicamente, se enuncia afirmando que ‘nada puede ser y no ser juntamente’. En su versión lógica tiene esta forma: ‘No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto’”.⁸

Mucho menos puede defenderse que las resoluciones sean válidas para un grupo de usuarios e inválidas para otro cuando el vicio que sirvió de causa para su anulación es único, indivisible y afectó a todos los usuarios por igual (como se expresa, por cierto, en la misma sentencia).

Tal vez podría sostenerse que sobre el grupo de usuarios “no residenciales” la sentencia carece de efectos colectivos cualificados por la cosa juzgada (esto es, efectos inmutables, inmodificables, inimpugnables) debido a que dicho grupo fue excluido por la Corte del caso colectivo que resolvió. Pero aun así, ello no puede alterar un hecho que consideramos indiscutible: tales usuarios fueron igualmente beneficiados por la “eficacia natural” de la sentencia y, por tanto, es inconstitucional que se les aplique el cuadro tarifario aprobado por las Resoluciones declaradas nulas por la CSJN.

Las sentencias judiciales siempre producen efectos generales en tanto actos de autoridad del Estado. Para algunas personas esos efectos están cualificados por la cosa juzgada, mientras que para otras no.⁹ En el caso que estamos analizando el objeto de la pretensión era

8 GHIRARDI, Olsen A. “Los principios lógicos y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artlosprincipioslogicoasdoctrinaarbitrariedad> (último acceso 08/03/2022).

9 LIEBMAN, Enrico Tullio “Eficacia y Autoridad de la Sentencia”, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1946. El autor explica claramente que la sentencia, en tanto acto autoritativo emanado de un órgano del Estado (en este caso, ni más ni menos que la CSJN), formula e impone ante todos el mandato concreto de la ley para un determinado caso. En este sentido señala que “las partes, como sujetos de la relación a que la

indivisible. Y es por eso que, al haber ganado los actores, las consecuencias prácticas de la nulidad debieron (y deberían) beneficiar a todos los usuarios (incluso los “no residenciales”).

¿Cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto administrativo? Como señalamos, su invalidación. Esto es, ni más ni menos que su eliminación del ordenamiento jurídico. Repetimos: no estamos ante un supuesto de “inaplicabilidad al caso” derivado de una declaración de inconstitucionalidad. Las Resoluciones impugnadas en “CEPIS” fueron declaradas nulas. Por ese motivo, ya no deberían tener vigencia para cualquier tipo de usuario del servicio de gas natural beneficiado por la sentencia.

Y si hablamos de usuarios beneficiados estamos hablando de todos, puesto que -según veremos en el apartado siguiente de este trabajo- la Corte se ocupó de limitar los efectos de su declaración de nulidad por razones de equidad a fin de mantener la tarifa social para quienes les resultare más beneficiosa que el cuadro tarifario anterior.¹⁰ Esto último, por cierto, es algo bastante similar a lo que hizo el tribunal hace 20 años, con otra composición, cuando al resolver “Monges” rompió con el principio general en la materia y acordó a la declaración de nulidad (también allí, de un acto administrativo de alcance general) efectos no retroactivos.¹¹

decisión se refiere, son, en verdad, las primeras que sienten su eficacia, pero no hay motivo alguno que exonere a los terceros de sentirla igualmente”. Dicha influencia de la sentencia sobre terceros ajenos al proceso (como serían los usuarios “no residenciales” en este supuesto, ya que fueron dejados afuera del “caso” por la CSJN) es denominada por el autor como la “eficacia natural” de la sentencia. Una eficacia (efecto) que no se encuentra cualificada por la cosa juzgada en tanto podría ser impugnada por dichos terceros si vulnera sus derechos.

¹⁰ Considerando 23° del voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco y del voto Maqueda; considerando 29° del voto de Rosatti; punto 1 de la parte dispositiva de la sentencia: *“decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado”*.

¹¹ CSJN, “Monges, Analia M. c. Universidad de Buenos Aires”, sentencia del 26/12/96, Fallos 319:3148.

VIII.3. El derecho de participación ciudadana contemplado en el art. 42 CN y la audiencia pública como modalidad específica de concreción en el contexto del caso

Luego de realizar estas aclaraciones sobre los alcances que tendría su decisión, el voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco respondió afirmativamente a “la cuestión atinente a si resulta obligatoria la celebración de audiencia pública como procedimiento previo al dictado de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 que fijaron un nuevo esquema de precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte (PIST) y dispusieron el nuevo cuadro tarifario de los servicios de transporte y distribución de gas» (considerando 14°).

Para llegar a esa conclusión, y sobre la base de interpretar los debates constituyentes de 1994 en torno al art. 42 CN, los magistrados sostuvieron que esta norma “reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador” (considerando 15°) y que “este nuevo derecho resulta operativo. En efecto, su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos los derechos (artículo 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente en favor de los usuarios” (considerando 16°).

A ello agregaron que “Con particular referencia a la cláusula constitucional cuyo alcance se encuentra discutido en el sub lite, el reconocimiento de que deben habilitarse procedimientos y mecanismos de participación y de impugnación en cabeza de los usuarios tiene el inocultable fin de que sus intereses sean debidamente tutelados” (considerando 17°) y que “en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida” (considerando 18°).

En este sentido, el voto afirmó que “es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio. Este

derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas” (considerando 18°).

Sobre la importancia de la participación ciudadana en este contexto se dijo que “La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 10, Constitución Nacional) Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan” (considerando 18°).

Además, se apuntó que “esos elevados fines institucionales presuponen condiciones de cumplimiento imprescindible, si lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad” (considerado 19°).

Luego fueron evaluados y descartados los dos argumentos centrales del ENA para defender la validez del procedimiento seguido a fin de dictar la Resoluciones impugnadas. El primero de ellos sostenía que no era exigible la realización de audiencia pública por ser la producción y comercialización de este recurso una actividad desregulada (considerando 20°), mientras que el segundo afirmaba que, a todo evento, correspondía tener por cumplida la formalidad debido a la celebración de audiencias en el año 2005 (considerando 21°).

De este modo, el voto concluyó que “resulta claro que las decisiones adoptadas por el Ministerio de Energía y Minería no han respetado el derecho a la participación de los usuarios bajo la forma de audiencia pública previa” (considerando 22°).

Definida la solución, la Corte avanzó para aclarar algunos puntos referidos a las consecuencias jurídicas de la sentencia para los “sectores más vulnerables”.

Al respecto señaló que si la tarifa social era más beneficiosa que el cuadro tarifario anterior, corresponderá aplicarles aquélla: “la demanda de los usuarios residenciales ha sido acogida y, por lo tanto,

han resultado vencedores en el campo jurídico. En consecuencia, y por aplicación del más elemental sentido de justicia, la tarifa final que se les aplique como consecuencia del presente pronunciamiento en ningún caso puede arrojar como resultado sumas mayores a las que dichos actores hubiesen debido abonar por estricta aplicación del nuevo cuadro tarifario, considerando la mencionada tarifa social (conf. doctrina de Fallos: 336:607)” (considerando 23°). De este modo se advierte cómo el tribunal realizó un nuevo recorte del grupo, aunque esta vez para favorecer a los más desprotegidos dentro de la clase “usuarios residenciales”.

VIII.4. Estándares prospectivos sobre razonabilidad de las tarifas: control judicial de la actividad administrativa más allá de la “causa o controversia” en discusión

Otro aspecto del voto en análisis que vale la pena destacar se vincula con las consideraciones escritas a mayor abundamiento sobre las “pautas básicas que rigen las atribuciones de los poderes públicos en esta materia, así como las reglas fundamentales a que deben atenderse en su actuación los órganos jurisdiccionales, particularmente en el ámbito de los procesos colectivos” (considerando 24°).

Entre ellas se destaca lo sostenido en punto a que “debe distinguirse entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, y el ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad o, menos aún, en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación del servicio (Fallos: 321:1252; 322:3008 y 323:1825)” (considerando 28°).

Decimos que se destaca tal afirmación porque, sobre esa base, el voto avanza fijando “los criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares” (considerando 30°).

En este orden, luego de desarrollar distintos aspectos del tema los magistrados sostuvieron que “como síntesis de lo expuesto a este respecto, el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta

forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de ‘confiscatoria’, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar. Por lo demás, no debe obviarse que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio “ (considerando 33°).

De este modo la CSJN realizó un control prospectivo sobre la actividad del Poder Ejecutivo, delimitando los alcances del poder de este último para regular tarifas (no sólo del servicio de gas natural) mediante el establecimiento de los señalados estándares. Ello a pesar de que tal cuestión no era objeto de discusión en el caso, donde sólo se debatía sobre validez procedimental.

Apuntamos esto ya que la competencia del Poder Judicial para entender en cualquier asunto -máxime cuando se trata de un asunto colectivo- se determina en la medida que se configure una “causa o controversia colectiva” (art. 116 CN y Ley N° 27, doctrina del fallo “Halabi”). Por tanto, es problemático que el tribunal se haya expedido respecto de cuestiones de razonabilidad cuando esto no formaba parte del objeto del proceso ya que, técnicamente, no tenía competencia para hacerlo.

La decisión en este aspecto fue claramente estratégica. Sucede que con tales consideraciones efectuadas a mayor abundamiento el tribunal adelantó cuál será el enfoque y la posición de análisis que asumirá frente a planteos judiciales que, a diferencia de lo que sucedía en esta causa, cuestionen la razonabilidad de aumentos tarifarios en cualquier servicio público y no sólo su procedimiento de determinación.¹²

12 Entre otras, las causa que tramitaron en Rawson y Córdoba. La primera en el expediente “Provincia de Chubut c/ Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería y otros s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. N° FCR 6987/2016), donde el 23 de mayo de 2016 se ordenó como medida cautelar que en el plazo de 10 días hábiles como máximo las demandadas (el ENA, el ENARGAS y Camuzzi Gas del Sur S.A.) “arbitren los medios necesarios para suspender la aplicación de los nuevos cuadros tarifarios dispuestos por las Resoluciones N° 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y Resolución ENARGAS N° I/3733, para todos los usuarios de la Provincia de Chubut”. La segunda en el expediente “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”

Es por eso que también fue estratégica la elección del caso “CE-PIS” por parte de la CSJN para expedirse sobre el asunto. Recordemos que, como señalamos en el apartado VI de este trabajo, la Corte tenía otras causas ante sus estrados para pronunciarse sobre el conflicto colectivo nacional. Y dos de ellas, cuanto menos, involucraban planteos sobre razonabilidad que, debido a la forma en que fue resuelto “CEPIS”, quedaron desplazados y sin decisión (aunque no sin tratamiento ya que, según vimos, la Corte se ocupó de decir bastantes cosas al respecto sin la presión de que fueran determinantes para el caso que estaba resolviendo).

VIII.5. El compendio sobre principios y reglas de los procesos colectivos

Finalmente, en los considerandos 34° a 45° el voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco destacó, al igual que en oportunidades anteriores,¹³ la problemática ocasionada por la multiplicidad de procesos colectivos generados en torno a un mismo conflicto colectivo. Y sobre esa premisa realizó una recorrida abarcadora de distintas cuestiones de relevancia sobre las cuales se ha pronunciado el tribunal en los últimos 10 años -a través de vía reglamentaria y jurisprudencial- para trabajar con procesos colectivos.¹⁴

En este sentido los jueces se ocuparon de:

(i) Señalar que “en su mayoría, los magistrados actuantes no han cumplido con la acordada 32/2014” (considerando 34°).

(Expte. N° 21060/2016), donde el 4 de julio de 2016 la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba revocó la decisión tomada el 24 de junio de 2016 por el Juzgado Federal N° 1 con asiento en dicha Provincia que, a su turno, había rechazado un pedido cautelar orientado a suspender la vigencia de las Resoluciones del Ministerio de Energía de la Nación N° 28/2016 y N° 31/2016 y las Resoluciones N° I- 3729, su modificatoria I-3737 del ENARGAS.

13 CSJN en expedientes “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo” (causa M.1145.XILX), sentencia del 23 de septiembre de 2014, y “García, José y otros c/ PEN y otros s/ Amparo Ley 16.986” (causa CSJ 4878/2014/CSI), sentencia del 10 de marzo de 2015.

14 Para un análisis de esto puede consultarse VERBIC, Francisco “Innovaciones reglamentarias de la Corte Suprema de Justicia para la gestión de procesos colectivos antes su falta de regulación legal en la República Argentina”, CADE Doctrina y Jurisprudencia, Tomo XLV, Febrero 2018, Montevideo, pp. 97 y ss.

(ii) Insistir sobre los efectos indeseados de esa multiplicidad y superposición de procesos (considerando 35°).

(iii) Recordar la creación del Registro Público de Procesos Colectivos mediante la Acordada N° 32/2014 y la aprobación del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos por la Acordada N° 12/2016, así como las finalidades de aquél (considerandos 36° y 37°).

(iv) Recordar el dictado del precedente “García” y la orden allí contenida para que los magistrados inferiores “unifiquen el trámite” de las causas colectivas “en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia” (considerando 38°).¹⁵

(v) Remarcar con relación al caso concreto que estaba resolviendo que “la multiplicidad de causas suscitada con motivo de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 a la que se hizo referencia con anterioridad se habría evitado, precisamente, si los magistrados actuantes hubiesen seguido los lineamientos desarrollados por este Tribunal en sus distintos pronunciamientos y hubiesen cumplido con la inscripción ordenada por la acordada 32/2014” (considerando 39°).

(vi) Advertir, también desde el contexto del caso, que *«en buena parte de los procesos colectivos en los que se debatieron cuestiones referidas a la razonabilidad del aumento tarifario en cuestión, según surge de los pronunciamientos allí dictados, no se ha dado cumplimiento a los recaudos especificados en el considerando que antecede, en especial en lo atinente a la definición precisa del colectivo involucrado y la adecuada notificación a los integrantes del grupo»* (considerando 41°).

Específicamente en materia de definición de la clase representada y remitiendo al fallo “Loma Negra” en cuanto a la importancia de este requisito,¹⁶ el fallo apuntó que “este incumplimiento por parte de los jueces actuantes en dichos procesos ha conllevado al dictado de decisiones sectoriales sin distinción de categorías de usuarios, tratando de manera igual situaciones heterogéneas” (considerando 41°).

En cuanto a la “adecuada notificación a los integrantes del colecti-

15 Referencia del fallo en “García” en nota a pie de página N° 12.

16 CSJN en expedientes “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros” [CSJ 566/2012 (48-A); CSJ 513/2012 (48-A)/RH1; CSJ 514/2012 (48-A)/RH1], sentencia del 10 de febrero de 2015, y “Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Como c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento” (Expte. N° CSJ 1193/2012 (48-C)/CSI), sentencia del 9 de diciembre de 2015

vo” sostuvo que “su falta de cumplimiento en los procesos antes mencionados, se traduce en la imposibilidad de que eventuales usuarios puedan excluirse del proceso, sea porque se consideren beneficiados por la reforma, como por ejemplo podría ser algún beneficiario de la tarifa social, o porque se encuentren conformes con el aumento registrado respecto de ellos” (considerando 42°).

(vii) Establecer un estándar agravado para el cumplimiento de todos estos recaudos en el campo de las discusiones colectivas sobre servicios públicos, sosteniendo en tal sentido que “deben extremarse cuando las decisiones colectivas puedan incidir -por sus efectos expansivos- en la prestación de un servicio público. Ello es así en tanto decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación” (considerando 43°).

(viii) Exhortar al Congreso de la Nación a que designe un Defensor del Pueblo de la Nación, “institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43”, ya que el hecho de que tal cargo se encuentre vacante “repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios” (considerando 45°).

VIII.6. La parte dispositiva del voto y la imposición de costas

En base a todos estos desarrollos el voto resolvió:

“1°) Declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado;

2°) Poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de dar cobertura al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación; y

3°) Recordar a los tribunales federales y nacionales al riguroso cumplimiento de la acordada 32/2014 de esta Corte Suprema de Justicia y oportunamente de la acordada 12/2016”.

Las costas fueron impuestas “por su orden en todas las instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”. No hay, sin embargo, argumentos que motiven este apartamiento del principio objetivo de la derrota, el cual fue fundado en la mera invocación de “la naturaleza de la cuestión debatida”.¹⁷

Esta parcela de la sentencia de la CSJN es importante ya que, a pesar de tratarse de condenas accesorias, las costas y su modalidad de imposición configuran instrumentos de suma trascendencia para incentivar (o desincentivar, como en el caso) la promoción de acciones colectivas (en general, y en especial aquellas dirigidas a controlar la convencionalidad y constitucionalidad de políticas públicas).

La propia CSJN ha reconocido la incidencia del pronunciamiento sobre costas en este sentido al resolver un caso donde se apartó del principio objetivo de la derrota para no imponerlas al Defensor del Pueblo de la Nación ya que “cuando (...) actúa ante los tribunales de justicia cumple una función social que le ha sido encomendada por expreso mandato constitucional” y porque “La actuación de este órgano estatal procura garantizar la tutela judicial efectiva de sectores desprotegidos o que se encuentran muchas veces en condiciones asimétricas respecto de quienes afectan sus derechos”.¹⁸

Sin embargo, la CSJN no tuvo en consideración esa doctrina y tampoco aplicó el principio objetivo de la derrota (principio estructural en la materia) para imponer las costas en el caso “CEPIS”.

Lo problemático del asunto es que para apartarse de dicho principio en un caso de semejante magnitud expresó razones de excepción que no son tales porque: (i) no constituyen una razonable fundamentación sino afirmaciones dogmáticas; y (ii) el caso no versaba sobre cuestiones complejas ni presentaba particularidades jurídicas o fácticas de consideración que ameritasen excepcionar de la regla general en la materia.

17 Las costas en primera instancia habían sido impuestas “en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve la causa (arts. 68 ap. 2do. del Cód. Procesal, 14 de la ley 16986)” (punto 5 de la parte dispositiva). La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, por el contrario, al revocar la sentencia resolvió imponer “Costas de las dos instancias a la recurrente vencida (art. 68 del CPCCN)” (punto 2 de la parte dispositiva).

18 CSJN en expediente “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – MO de Planificación – resol. 1961/06 s/ proceso de conocimiento” (Expte. N°CSJ 154/2013 (49-D)/CSI), sentencia del 19 de abril de 2016.

Vale señalar que la causa “CEPIS” revestía innegables características de interés público y trascendencia social, además de tratar una cuestión de inconstitucionalidad manifiesta (no se realizaron las audiencias públicas previas que exigía el art. 42 de la CN y el marco regulatorio del servicio público de gas natural). También involucraba una cuestión patrimonial que en su momento algunos estimaron en 2.800 millones de dólares sólo con relación a la ganancia que el nuevo cuadro tarifario significaba para las empresas petroleras.¹⁹

Los honorarios de los abogados de CEPIS y el resto de los legitimados, así como todos los gastos en que debieron incurrir las organizaciones y personas individuales para defender los derechos de los usuarios, no fueron pagados por quien provocó el conflicto y luego resultó derrotado en todas las instancias del proceso.

VIII.7. Los votos concurrentes

El voto de Maqueda realizó una detenida lectura y análisis de los debates constituyentes en torno al art. 42 CN, concluyendo al igual que los jueces preopinantes que “este nuevo derecho [el de participación] resulta derechamente operativo” (considerando 12°). Luego de efectuar distintos desarrollos en torno al tema, sostuvo que “De todo lo dicho se desprende que la audiencia pública tiene raigambre constitucional. Se encuentra sustentada en los principios de la democracia participativa y republicana, y expresada -como se dijo- en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Por ello, deben formar parte de la audiencia pública, que debe realizarse en forma previa a la toma de decisiones en materia tarifaria, todos los usuarios y consumidores, sin distinción de categorías. Esta audiencia pública, en las actuales circunstancias, debe realizarse para todos los tramos que componen la tarifa final: precio en boca de pozo (PIST), transporte y distribución del gas natural” (considerando 15°).

Sin embargo, al igual que el voto de la mayoría, luego de afirmar que “las decisiones adoptadas por el Ministerio de Energía y Minería no han respetado el derecho a la participación de los usuarios bajo

19 DELLATORRE, Raúl “Una pulseada por 2800 millones de dólares”, Diario Página 12 del 21/08/16 (sosteniendo que “La Resolución 28 de Energía aumentó en casi un ciento82o por ciento el precio en dólares del gas en boca de pozo, lo que les hubiera reportado un beneficio extra de 2800 millones a las petroleras”).

la forma de audiencia pública previa” (considerando 18°), Maqueda sostuvo que “corresponde delimitar que los sujetos que se verán alcanzados por el presente pronunciamiento serán -por las razones que se desarrollarán a continuación-exclusivamente los usuarios residenciales del servicio” (considerando 19°). Las razones son similares a las analizadas cuando tratamos el voto de la mayoría, invocando el mismo precedente en apoyo de esa postura (considerandos 21° y 22°).

El voto también fija “criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares” (considerando 30°), y propone diversos desarrollos vinculados con los procesos colectivos (en general y en este contexto particular) en similares términos a los planteados por el voto precedente (considerandos 32° a 44°).

La solución sobre costas también fue compartida con la mayoría: imposición “por su orden en todas las instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”.

En cuanto al voto de Rosatti, luego de compartir los considerandos 1° a 9° de la mayoría, plantea diversas cuestiones en torno al principio de división de poderes para señalar que “en concreto, en el reparto de competencias sobre el tema en debate, el rol de la judicatura debe limitarse a dos aspectos: el ‘procedimental’, consistente en auscultar si cada uno de los otros poderes se ciñó al mecanismo previsto por la Constitución y las normas infraconstitucionales para actuar como lo hizo y el ‘sustantivo’, consistente en ponderar si con su actuación alguno de los otros dos poderes (e incluso el judicial, por la vía de la arbitrariedad de sentencia) alteró el contenido de algún derecho fundamental. Si interviene dentro de estos parámetros, la judicatura no sustituye al legislador (Fallos: 308:1848; 317:1505) ni define la política pública (en este caso política energética) reemplazando ilegítimamente al Poder Ejecutivo (Fallos: 322: 3008), o invade el ámbito de facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos: 254: 43; 321:1187)” (considerando 13°).

Sobre esas premisas señaló que “corresponde adentrarse en el análisis del procedimiento seguido por el Poder Ejecutivo que derivó en el aumento tarifario cuestionado” a efectos de responder tres interrogantes: “a) ¿es necesaria una audiencia pública para

concretar el aumento tarifario o puede satisfacerse el requisito participativo por otros medios?; b) la audiencia (o el mecanismo participativo que corresponda) ¿debe ser previa o puede ser posterior al aumento, a modo de ratificación?; y c) la audiencia (o el mecanismo participativo que corresponda) ¿es necesaria para todos los componentes tarifarios del servicio o puede obviarse para alguno de ellos?” (considerando 14°).

A la primera respondió que “el texto constitucional puesto en vigencia reconoce la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido mínimo de carácter ‘consultivo’, dejando en manos del legislador la elección del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso” (considerando 15°) y que “la audiencia pública es el mecanismo participativo adecuado para garantizar la intervención de los usuarios en el tema debatido en esta causa; no solo porque así lo ha decidido el legislador en la ley 24.076 sino porque tal decisión es razonable (diríase la más “razonable” entre otras tantas posibles) conforme a los parámetros constitucionales” (considerando 16°).

A la segunda, que “la naturaleza del mecanismo participativo escogido resulta intrínsecamente incompatible con su utilización a posteriori. La audiencia no es un evento destinado a que se notifique lo ya decidido; ello implicaría convertirla en una formalidad y a los usuarios en meros espectadores” (considerando 17°).

Finalmente, frente al tercer interrogante sostuvo que “es necesario realizar una interpretación sistemática de las pautas brindadas por las diversas normativas vigentes en la materia” y que «*surge evidente que el Ministerio de Energía y Minería no ha dado cumplimiento al requisito de realizar audiencia pública previa para aumentar el precio de la tarifa de gas en los tramos de transporte y distribución, si bien se hallaba obligado legalmente a hacerlo (artículos 46 y 47 de la ley 24.076)*» (considerando 18°). Además concluyó que también resulta de aplicación el requisito procedimental cuando lo que se modifica es el precio en el punto de ingreso al sistema de transporte de gas (PIST), ya que “la variación del precio del producto en el PIST influye, en principio, directamente en la tarifa final que paga el usuario” (considerando 19°).

Luego de señalar que las discusiones sobre la razonabilidad de la tarifa quedaron desplazadas por el modo de resolver “la cuestión procedimental”, al igual que el resto de los magistrados Rosatti desarrolló consideraciones “de índole constitucional” que “podrán

servir de orientación en lo sucesivo, de modo que hechos como los que generan este pronunciamiento puedan ser encauzados tempranamente por los poderes representativos y aun por el Poder Judicial, evitando y/o reduciendo la conflictividad y/o la litigiosidad” (considerandos 20° a 24°).

Se destaca allí lo señalado en cuanto a que “así como la ponderación de un principio de igualdad ‘situado’ se proyecta para el Poder Administrador en la exigencia de conformar ‘categorías’ de usuarios en función de la diferente utilización del servicio y de su nivel de ingresos, tal principio se exterioriza para el Poder Judicial en la exigencia de conformar ‘clase’ a los efectos de no tratar de la misma manera a quienes no se encuentran en las mismas o similares condiciones o circunstancias. Dicho de otro modo: así como se ha sostenido en un considerando anterior de este voto que la falta de celebración de una audiencia pública legalmente obligatoria afecta a todos los usuarios por igual (sean estos residenciales, comerciales o industriales), porque lesiona su derecho a la participación, así también debe sostenerse que la fijación del monto de las tarifas no necesariamente incide a todos los usuarios por igual. O sea, que si en materia participativa el agravio es hacia todos los usuarios, en materia económica no necesariamente ocurre lo mismo” (considerando 24°).

El voto continúa apuntando que “sentado que la falta de celebración de una audiencia pública obligatoria afecta a todos los usuarios del mismo modo -a diferencia de lo que ocurre con el perjuicio económico invocado por aquellos-, corresponde pasar a analizar los alcances de la presente sentencia a la luz de los requisitos establecidos por el Tribunal en torno a la tramitación de procesos colectivos, en particular las diferencias que pueden verificarse con respecto al acceso a la justicia. En tal sentido, se adelanta la conclusión respecto de que la decisión que aquí se adopta se limita -por las razones que se desarrollarán a continuación- exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio” (considerando 25°).

La conclusión en este sentido es compartida con el resto de los magistrados: dejar afuera de los beneficios de la sentencia a todos los usuarios no residenciales. Los problemas que esto supone, a los cuales ya nos referimos más arriba, son todavía más claros en este voto que en sus predecesores ya que -según vimos- aquí se reconoce expresamente que “la falta de celebración de una audiencia pública obligatoria afecta a todos los usuarios del mismo modo -a diferencia de lo que ocurre con el perjuicio económico invocado por aquellos”.

En cuanto a las costas de todas las instancias, también Rosatti compartió la decisión del resto de los magistrados.

IX. La denuncia de incumplimiento de la sentencia y el cierre del proceso

Una vez devuelto el expediente a primera instancia, el Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 4 de La Plata volvió a expedirse para correr traslado a la demandada de denuncia de incumplimiento de la sentencia de la CSJN efectuada por la parte actora. La decisión se fundó en el art. 36 del CPCCN, que regula los deberes y facultades ordenatorias e instructorias de los jueces,²⁰ y estableció que “para el caso de agregarse informes técnicos a la contestación referida, por razones de orden práctico y economía procesal, deberá cumplirse con los requisitos establecidos por la Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

En esa misma decisión el Juzgado dictó una orden vinculada con otra causa colectiva que tramitaba ante sus estrados, promovida el 1 de septiembre de 2016 por la Cámara de Comercio e Industria de Ensenada (Expte. FLP 36638/2016). En relación a ello y también con fundamento en el art. 36 del CPCCN, el Juzgado ordenó a la demandada que “A efectos de evitar dispendio jurisdiccional y el dictado de sentencias contradictorias, como asimismo evaluar el posible colectivo involucrado, la eventual afectación a intereses individuales y la existencia de una potencial causa fáctica o normativa homogénea en el marco de aquellos actuados -Acordada 32/2014 CSJN-, deberá el Ministerio de Energía y Minería de la Nación informar (en oportunidad de contestar el traslado aquí ordenado) si en el marco de la audiencia pública convocada para el día viernes 16 próximo, se ha previsto el abordaje referido a la conformación de la tarifa correspondiente a los usuarios no residenciales” (subrayado en el original).

Al contestar el traslado conferido, el ENA solicitó “se declare la

20 Sobre poderes y deberes de los jueces en el contexto de los procesos colectivos puede consultarse VERBIC, Francisco “*El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos*”, publicado en BERIZONCE, Roberto O. (Coordinador) “Los Principios Procesales”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; CHAYES, Abram “*El rol del juez en el litigio de interés público*”, Revista de Processo N° 268 (junho 2017) (traducción al español de “*The Role of the Judge in Public Law Litigation*”, 89 Harv. L. Rev. 1281 1975-1976).

inadmisibilidad procesal del planteo, a la vez que opusieron excepción de incompetencia. Sostuvieron que a efectos de impugnar la audiencia, la accionante debió iniciar una nueva acción ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que los actos cuestionados -Resoluciones MINEM 152/2016 y 163/2016, y Resoluciones 3953/16 y 3957/2016 del ENARGAS- fueron dictados por la autoridad central, resultando en consecuencia competente el juez con asiento en el mismo territorio desde el cual emanaron los mismos” (resultando III.1.). Asimismo, afirmó que “en autos no existe incumplimiento alguno a la sentencia dictada por la Corte, en tanto la misma se limitó a declarar la nulidad de las Resoluciones 28 y 31/2016 con los alcances allí reseñados” (resultando III.1.).

El Juzgado resolvió la incidencia el 14 de septiembre de 2016, rechazando la denuncia de incumplimiento de la sentencia. Para desestimar el planteo de la actora, el Juez sostuvo que “A diferencia de lo resuelto oportunamente por esta instancia -ver fs. 291/322- el máximo Tribunal no dispuso la realización de audiencias públicas a efectos de sanear los vicios contenidos en las Resoluciones 28 y 31/2016 -conforme ordenara el suscripto al momento de fallar la causa- puesto que a través de su sentencia, la Corte fulminó con sanción de nulidad los actos administrativos emanados por la autoridad ejecutiva -respecto del universo de usuarios allí circunscripto-, en razón de los vicios procedimentales evidenciados”.

Sobre la base de esta premisa, afirmó que “asiste razón al Estado Nacional, en tanto el proceso de amparo iniciado contra la conducta irregular de la administración, puesta de manifiesto en la sanción de los actos impugnados (Resoluciones 28 y 31/2016), agotó su contenido con la declaración judicial que determinó la privación de todo efecto de aquellos en la órbita jurídica” (considerando IV).

Y por tal motivo concluyó que “la alegada irregularidad administrativa en la que incurriría la administración pública en el marco de la preparación y difusión de la inminente audiencia pública, importaría la presunta comisión de un nuevo acto contrario a derecho -arbitrario o ilegítimo en los términos del art. 1 de la Ley 16.986-, que puede encausarse por la vía y ante los jueces correspondientes” (considerando IV).

El razonamiento y criterio aplicado por el Juzgado es similar a la posición que asumió la CSJN el 6 de marzo de 2014 cuando diversas organizaciones de derechos humanos le solicitaron que

convoque una audiencia pública para avanzar con el cumplimiento efectivo del fallo “F.A.L.” (sobre estándares y condiciones de acceso al aborto no punible). Esto es: como se trata de una sentencia meramente declarativa, su dictado agota el objeto del proceso y el órgano carece de competencia para considerar peticiones como la que rechazó el Juez en “CEPIS”. En aquella oportunidad la Corte sostuvo concretamente que “no hay caso judicial actual en trámite ante este estrado constitucional que permita abrir juicio sobre la índole y los alcances de las exhortaciones formuladas en la sentencia”.²¹

En otro orden, vale subrayar que en esta decisión el Juzgado aportó un argumento más para sostener la inaplicabilidad de las Resoluciones anuladas a todos los usuarios del servicio (residenciales y no residenciales) a pesar de la limitación del alcance del caso colectivo decidido por la CSJN al fallar sobre el fondo del asunto: “La sanción de nulidad en sede judicial, importa la ‘partida de defunción’ del acto, aún con efectos retroactivos a la entrada en vigencia del mismo. La declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado -CSJN, Los Lagos S.A., 1941, JA, 75: 921, 926” (considerando IV). De este modo confirma la lectura que propusimos al analizar críticamente la sentencia de la CSJN: las Resoluciones no pueden estar vivas para algunos y muertas para otros.

X. CIERRE

La causa “CEPIS” ha demostrado con toda claridad el potencial que tienen los procesos colectivos representativos en términos de: (i) instrumento de acceso a la justicia; (ii) canal de participación ciudadana en el debate público; (iii) mecanismo de control de constitucionalidad y convencionalidad de la actividad administrativa y de las políticas públicas en general; (iv) medio de ahorro de recursos humanos y materiales del sistema de administración de justicia; y (v) forma de obtener soluciones igualitarias para grandes grupos de personas que se encuentran en una posición similar.

²¹ CSJN en expediente “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros s/ solicitan audiencia pública en los autos: F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente F-259/2010-REX” (A. 36. L. PVA06/03/2014), sentencia del 6 de marzo de 2014.

Este potencial, sin embargo, fue drásticamente limitado en el caso debido a dos tomas de posición de la CSJN. La primera de ellas es la que produjo el sorpresivo, ilógico e inconstitucional recorte del grupo afectado, a pesar de que todos los jueces del tribunal afirmaron en la propia decisión que la falta de celebración de audiencias públicas era un vicio procedimental que afectaba a todos los usuarios por igual. La segunda es la que dispuso no hacer pagar al ENA las costas del proceso, apartándose para ello del principio general en la materia sin motivar adecuadamente su decisión y a pesar de tratarse de un supuesto de nulidad manifiesta.



OPINIÓN

EUGENIO ARDITI RAMOS
GUILLERMO DIAZ MARTINEZ

¿POR QUÉ NO ES CONOCIDA LA ECAE EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS NACIONALES?

EUGENIO ARDITI RAMOS¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 369-374

Los estudiantes de abogacía de la Universidad de Buenos Aires que comenzamos nuestra cursada del Ciclo Básico Común en 2020 nos encontramos con una materia llamada Introducción al Derecho Latinoamericano. Al año siguiente, la materia había cambiado de nombre. Es posible que el primer nombre aludiera a los ideales que la juventud de Córdoba expuso a “los hombres libres de Sud América”² en la Reforma Universitaria de 1918. Pero, en verdad, el programa original tenía poco contenido latinoamericanista y se centraba en la historia del Derecho, comenzando por el Derecho Romano. Por su parte, el cambio de nombre podría adscribirse a ciertas políticas universitarias situadas en el polo opuesto a aquellos ideales. El nuevo título de la materia, Introducción al Derecho Privado, ya no guarda las apariencias.

En el mismo sentido, a medida que avanzamos en la carrera nos encontramos con que las becas, los planes de estudio y los convenios con universidades extranjeras están mucho menos comprometidas con el latinoamericanismo y mucho más con aquella antigua disyuntiva sarmientina *civilización o barbarie*, que asocia lo europeo al

1 Estudiante de Derecho, UBA

2 Giustiniani Rubén, “La Revolución de las Conciencias...A cien Años de la Reforma Universitaria”, página 57. Editorial Eudeba/UNR Editora. (2018)



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

progreso y lo local-cuando lo nativo, los pueblos originarios- a la idea de atraso. La vieja impronta liberal y europeizante que mira al norte y considera que América del Sur es inculta y primitiva pareciera continuar vigente³. Esta mirada despectiva sobre las naciones emergentes no se muestra disociada de un discurso colonizador que justifica la depredación económica y financiera, la fuga de recursos y el abandono de los intereses y la soberanía nacionales.

En muchos aspectos se sigue reproduciendo en Argentina lo que se enseña en Europa, como si aprender Derecho en Francia fuera lo mismo que aprender Derecho en América Latina. En ese marco, las palabras de Arturo Jauretche en *La colonización pedagógica* siguen vigentes: La educación superior nacional “carece de finalidades sociales y lógicamente carece de finalidad nacional...”⁴.

La disyuntiva *civilización o barbarie*, entonces, se seguiría perpetuando por designio de las élites, que desde que nos independizamos se mostraron despreocupadas del destino nacional para centrarse en sus propios intereses y en los del poder hegemónico de turno. Leyendo la historia argentina nos encontramos con que los grandes estancieros defendieron nuestro papel como granero del mundo (más específicamente de Gran Bretaña), en desmedro de una industrialización clave para nuestra independencia económica. En 1946, siguiendo la misma línea, las fuerzas antiperonistas de la Unión Democrática se organizaron alrededor del embajador estadounidense Spruille Braden, contundente símbolo del imperialismo.

El historiador revisionista Juan José Hernández Arregui lo ilustra del siguiente modo: “La oligarquía, en esa espesa red de intereses burocráticos, internacionales, no aparece en primer plano. El secreto de su poder es que es un poder secreto. Empapa con él a todo el país... Lo que los estudiantes no deben olvidar es que sus educadores fueron educados, y el sistema que los modeló fue la oligarquía”⁵.

De acuerdo a Hernández Arregui, los países centrales definen los mo-

3 Por ejemplo, véase Sebrelí, J.J. *El vacilar de las cosas*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires (2004)

4 Jauretche, Arturo “La colonización pedagógica”, pág. 48. UNIPE Editorial Universitaria. (1967)

5 Hernández Arregui, Juan José, “La formación de la conciencia nacional”, pág. 8. Ediciones Continente. (2021)

delos de educación que la oligarquía reproduce luego en la Argentina. Estos modelos, a su vez, van a determinar el modo en que los abogados y abogadas se instruyen y piensan su profesión. En estos términos, las universidades locales no buscarían que sus alumnos adquieran herramientas para defender los intereses del suelo en el que habitan. La currícula de la mayoría de las facultades nacionales de abogacía, por ejemplo, carece de una materia que enseñe la historia de América latina.

Así, se forman profesionales que suelen convertirse en abogados de empresas y de grandes estudios que hacen negocios, defienden instituciones privadas o, en ocasiones, llegan a litigar contra el Estado. ¿Dónde se ha visto un Estado que forma profesionales que luego lo perjudicarán? ¿Por qué la ausencia de este horizonte en las carreras de grado?

Sin nuevas perspectivas, los recién recibidos difícilmente elegirán especializarse en un espacio y en un campo que defienda al Estado nacional. ¿Cuál será la óptica profesional de nuestros futuros abogados? ¿Hacia dónde se los conduce? ¿Qué tipo de actividad laboral se espera de ellos? No una vinculada a la defensa de los intereses de la propia nación, seguramente. La mirada liberal, eurocéntrica, explica Manuel Ugarte en *El destino de un continente*, es funcional al subdesarrollo y al atraso de un país periférico: “Si examinamos, aunque sea superficialmente, la vida americana, comprendemos que el origen del mal arranca de la concepción y los métodos de nuestra educación. Un plan educacional es un programa de acción en vista de un desarrollo en el porvenir. Y el mayor error de la América latina fue trasplantar la fachada de métodos anticuados. Un continente virgen, con fabulosas riquezas por explotar, nacido de circunstancias nuevas y de factores sociales divergentes, al calor de concepciones democráticas, en un siglo de batallas económicas, necesitaba encarar la vida con un criterio experimental y práctico para crear ciudadanos a la altura del esfuerzo impuesto por las circunstancias. Lo que se difundió en cambio fue la rutina de los pueblos que ya habían realizado su destino”⁶.

Sin una mirada propia con conocimiento de la historia, sin teorías del Estado contextualizadas, los futuros profesionales careceremos de un marco teórico y de herramientas para defender los intereses de

6 Ugarte, Manuel, “El destino de un continente”, pág. 101. Editorial Mundo Latino. (1923)

nuestro suelo.

Es en el espacio de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado donde se intenta remediar este vacío. Al carecer de una teoría del Estado será muy difícil que los abogados y abogadas puedan llevar adelante una tarea eficiente y comprometida en defensa de los intereses de la nación argentina. Esta teoría, que debe ser la base de su formación, puede ser una teoría feminista, una teoría latinoamericanista, una que marque la importancia de combatir el subdesarrollo, el hambre y la marginalidad, u otras.

Tener un cuerpo de abogados bien formado es un requisito de toda nación, quizá ahora más que nunca dado el rol fundamental que juegan los Estados nacionales frente a los intereses financieros externos. Como país emergente, Argentina tiene mayor necesidad de fomentar la defensa del interés público contra los grandes organismos supranacionales.

En la actualidad se desarrollan múltiples investigaciones enfocadas en la preparación práctica (o la falta de ella) que nuestras universidades dan a sus estudiantes. No obstante, el informe “La abogacía en la Argentina su enseñanza, investigación y difusión relevamientos y análisis del Estado de situación” hecho por el Ministerio de Justicia de la Nación llega a una conclusión alarmante. De los 414 espacios curriculares incluidos en los planes de estudio consignados, *ninguna universidad pública o privada incluyó espacios dedicados al área de gestión judicial*. Este notable informe revela, o más bien denuncia, que los abogados y abogadas recién graduados carecen de preparación para desempeñarse como operadores judiciales.

Es un hecho que faltan abogados bien formados para defender los intereses de la Nación. Por eso, muchas veces, el propio Estado debe contratar estudios jurídicos ajenos, extranjeros muchas veces, de gravosas expensas para el país, para que lleven adelante su defensa. Solo por dar un ejemplo, en el año 2016 se contrató al estudio jurídico de Nueva York Cravath, Swaine & Moore LLP para el asesoramiento en el conflicto sobre la deuda externa y las negociaciones con los tenedores de bonos⁷. Ningún estudio jurídico extranjero va a defender

7 En 2020 este mismo estudio fue contratado para defender a YPF en la demanda por la estatización del 51% de sus acciones, la cual era llevada

a la Argentina con la vocación de un abogado del Estado, de allí la importancia de repensar y revalorizar la forma en que se los capacita, el horizonte bajo el cual se los entrena.

Mejorar la preparación de los estudiantes de Abogacía significaría no solo una defensa de los intereses nacionales contra los externos sino también una transparencia mayor para el Estado argentino. Podemos suponer que las políticas universitarias responden a intereses locales y externos de mucho peso.

No parece casual que los gobiernos que no han privilegiado la defensa de los intereses de la nación hayan reducido drásticamente los programas de la ECAE (cuando no hacerlos desaparecer directamente⁸, privando a los abogados del Estado de las herramientas que necesitan para hacer bien su trabajo) y contraten abogados formados en universidades privadas donde predomina una mirada conservadora y anti estatal. ¿De qué otro modo se explica la falta de conexión que tienen las distintas escuelas del cuerpo de abogados y abogadas del Estado con las universidades nacionales? ¿Forma parte de una política deliberada que los abogados solo- o mayormente, consciente o inconscientemente- se formen para ayudar a evadir la ley y nunca para defender a la Nación? ¿Cómo no se profundizó este vínculo, que debería darse naturalmente y hoy es casi inexistente?

Con frecuencia se celebran los éxitos de los equipos universitarios argentinos en competencias de derecho internacional que se realizan en La Haya, en Washington o en París. Estas competencias, en efecto, promocionan la defensa de los intereses de organismos internacionales, pero nuestros intereses nacionales quedan olvidados. En las clases nos presentan casos en los que la Corte Interamericana defiende a particulares frente al Estado argentino; nunca se reseñan los casos en que el Estado logró vencer en la Corte a grupos privados. Dado el número de operadores judiciales y de abogados necesarios para el funcionamiento del sector público, las principales universidades argentinas deberían modificar sus programas privilegiando -o al

adelante por el fondo de inversión Burford Capital, también representado por el mismo estudio.

8 Como advirtió el actual ministro de justicia, Martín Soria, en el acto de apertura del año académico de la ECAE, realizado en el auditorio del Banco Nación el 8 de marzo de 2022.

menos no descuidando, como sucede en la actualidad- la formación de los mismos. La ECAE entrena a los abogados para hacer la tarea que no siempre se hizo: defender los intereses de la Nación y del Estado. Educar profesionales para que trabajen en el sector privado en el extranjero no trae ningún beneficio al Estado que los educó. Es necesario que se creen programas y convenios que permitan a los /las estudiantes de abogacía colaborar con la ECAE y aprender de ella para poder formarse mejor y consustanciarse con la defensa de los intereses nacionales. La ECAE se ha propuesto recuperar la importancia de ciertas categorías (desarrollo, integración regional, soberanía, combate de la criminalidad financiera) buscando que las mismas, en palabras de Guido Croxatto, su director: “dejen de ser etiquetas vacías”⁹. Sin un cambio profundo en la matriz tecnocrática y neoliberal, de recorte de las humanidades, con que se forma a los abogados y abogadas, esto no parece posible.

La limitada formación de los abogados en muchos campos debería enriquecerse. Sería fundamental incorporar materias de los campos de las ciencias sociales y las finanzas públicas¹⁰. La ECAE se ha propuesto subir el piso, que hoy es muy bajo, desde sus cimientos. Esta parece la única manera de afrontar batallas legales que han solido ser muy desparejas, por la abismal diferencia que ha solido haber entre los recursos de quienes litigan contra el Estado y los de quienes, con lo puesto, que a veces no alcanza ni para lo básico, lo defienden. La vocación de los abogados y abogadas del Estado no se sostiene sola, demanda recursos y nuevas ideas que permitan recuperar la importancia de la abogacía pública. Poner a la abogacía pública en la cima de la profesión.

9 Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, 2019, *Bienvenida al canal oficial de la ECAE*, [Video], You Tube, https://www.youtube.com/watch?v=93IHAPns0zU&ab_channel=EscueladelCuerpodeAbogadosdelEstado

10 Alterini, Atilio. *La Injusticia de la Deuda Externa*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2004.

LA ABOGACÍA PÚBLICA Y ESTATAL FRENTE AL ESTADO TERRORISTA ARGENTINO

GUILLERMO DIAZ MARTINEZ¹

Secretaría de Derechos Humanos de la Nación - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 376-383.

1. UN ENCUENTRO NO CASUAL Y ESPERADO

La revista Broquel del día 19 de noviembre de 2021 daba cuenta de la visita del Dr. Guido Leonardo Croxatto, director de la ECAE, a la provincia de Catamarca coincidió con una sentencia histórica dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico-militar en la provincia.

Broquel también informaba, que el director Croxatto había sido invitado por el Asesor General de Gobierno de la provincia, Dr. Fernando Ávila, para brindar el seminario “Jerarquización de la Abogacía Pública”, que contó con la participación de abogados y abogadas de las distintas oficinas provinciales y nacionales, incluyendo jueces y la fiscalía de Estado de la provincia.

Volviendo a la sentencia histórica, y al encuentro esperado por el suscripto, Broquel relataba que “el paso de Croxatto por la puerta de los tribunales de Catamarca y luego por la Casa de la Memoria no estaba programado, lo cual llevó a los abogados Ramiro Fresneda, querellante en la causa, y a Guillermo Díaz Martínez, representante

¹ Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Abogado UBA, querellante en juicios de lesa humanidad en las provincias de Catamarca y La Rioja en representación de la Secretaría de DDHH de la Nación. Doctorando en Ciencias Jurídicas - Universidad Católica Argentina UCA. Actualmente Juez Federal de Primera Instancia de Catamarca.

de la Secretaría de Derechos Humanos en la provincia y que trabajara, como Croxatto, en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en la gestión de Eduardo Luis Duhalde, a coincidir en que “nada de lo que pasa sucede por casualidad” y que mantener viva la memoria es un trabajo de todos los días y de cada abogado y abogada. Croxatto cerró el seminario “Jerarquización de la Abogacía Pública” exponiendo esa misma tarde en Catamarca junto a Ramiro Fresneda y Guillermo Díaz Martínez, el mismo día de la simbólica sentencia de lesa humanidad Ponce Borda III, reafirmando el compromiso de la abogacía pública y estatal con los derechos humanos.”.

Así fue el encuentro no casual con Guido, a quién esperaba conocer desde hace tiempo, ya que admiraba y admiró su formación intelectual y sus artículos doctrinarios que vinculan genialmente la iusfilosofía con los derechos humanos.

Ese encuentro no casual en la tierra del Gral. Felipe Varela, fue el culpable de estas líneas que a continuación se podrán leer.

2. EL TERRORISMO DE ESTADO: SUS CARACTERÍSTICAS Y FINES

El fatídico 24 de marzo de 1976 las fuerzas armadas argentinas junto al bloque civil representado por Alfredo Martínez de Hoz, realizan el golpe de estado contra el gobierno constitucional de entonces, dando nacimiento -a lo largo y ancho del país- al terrorismo de Estado, que fuera definido y caracterizado tan claramente por el ex Secretario de DDHH de la Nación, don Eduardo Luis Duhalde en su libro celebre “El Estado Terrorista Argentino”.

En dicha obra, Duhalde señalaba que no se trata sólo ya del Estado militarmente ocupado, asaltado por su brazo militar, donde coerción ha reemplazado a las decisiones del aparato del Estado y en la abrogación de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por el contrario, implica un cambio cualitativo y profundo en la propia concepción del Estado, se trata de un nuevo Estado, una nueva forma de Estado de Excepción.²

Además, nos indicaba que no eran regímenes transitorios buscando el equilibrio o la hegemonía social perdida o dictadores con aspiraciones personales vitalicias, administrando autoritariamente el

² Duhalde, Eduardo Luis, *El Estado Terrorista Argentino. Quince años después, una mirada crítica*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 217.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



viejo Estado: el cambio va mucho más allá. Nacido en el transcurso de una crisis política catastrófica para el mantenimiento del injusto orden social, implica en sí un cambio substancial de forma: se configura el Estado Terrorista, partiendo de supuestos que se esgrimen como permanentes y que contradicen las bases fundamentales del Estado democrático-burgués.³

Se afirma en que el principio de sujeción a la ley, la publicidad de los actos y el control judicial de los mismos incapacitan definitivamente al Estado para la defensa de los intereses de la sociedad.⁴

En consecuencia, aparece como sustrato de dicha concepción la necesidad de estructuración –casi con tanta fuerza como el Estado Público- del Estado Clandestino y como instrumento de éste, el terror como método.⁵

Nos recuerda Duhalde, que con este modelo de Estado público y clandestino (que es el que, según sus ejecutores, incorpora “las formas no convencionales de lucha”) se trata de sustituir como modelo perimido, al Estado democrático-parlamentario. Al mismo tiempo presupone la incorporación definitiva e institucional del poder militar, en el gobierno y administración del Estado, cuya amplitud futura no va más allá del otorgamiento condicionado y subordinado de coparticipación decisoria de sectores de la sociedad civil en el nuevo Estado fuerte.⁶

Dos componentes esenciales que aportará el Estado Terrorista: el accionar clandestino global del Estado Militar y el crimen y el terror como método fundamental. Así, el Estado Terrorista, es la culminación degenerativa del Estado Militar “eficiente”.⁷

En coincidencia, los abogados y padres de detenidos-desaparecidos, Emilio Fermín Mignone y Augusto Conte Mc Donnell, ante la Asamblea Nacional de Francia (Cámara de Diputados) el 1° de febrero de 1981, denunciaban la estrategia represiva de la dictadura definiéndola como “la doctrina del paralelismo global”, ya que existía un paralelismo entre dos órdenes normativos y facticos, uno pú-

3 *Ibidem.*

4 *Ibidem.*

5 *Ibidem.*

6 *Ibidem*, p. 218.

7 *Ibidem.*

blico y otro secreto, que daba la configuración del Estado Terrorista.⁸

Por su parte Duhalde explica que obviamente esta concepción, arbitraria pero no absurda, responde a una necesidad del imperialismo y de las clases dominantes.⁹

Es por ello, que nuestro autor antes citado, afirmaba que la dictadura se propuso imponer un sistema económico de tipo neoliberal y arrasar con las conquistas sociales de muchas décadas, que la resistencia popular impedía fueran conculcadas. La pedagogía del terror convirtió a los militares golpistas en señores de la vida y la muerte de todos los habitantes del país. En la aplicación de estas políticas, con la finalidad de evitar el resurgimiento de los movimientos políticos y sociales, la dictadura hizo desaparecer a 30.000 personas, conforme a la doctrina de la seguridad nacional, al servicio del privilegio y de intereses extranacionales. Disciplinar a la sociedad ahogando en sangre toda disidencia o contestación fue su propósito manifiesto. Obreros, dirigentes de comisiones internas de fábricas, sindicalistas, periodistas, abogados, psicólogos, profesores universitarios, docentes, estudiantes, niños, jóvenes, hombres y mujeres de todas las edades y estamentos sociales fueron su blanco. Los testimonios y la documentación recogidos en el *Nunca más* son un testimonio hoy más vigente que nunca de esa tragedia.¹⁰

Entonces, sobre el verdadero fin y objetivo de la dictadura cívico-militar, el escritor, periodista y militante político, Rodolfo Walsh¹¹ en su “Carta abierta a la Junta Militar”, con motivo de cumplirse el primer aniversario del gobierno dictatorial, decía en sus puntos 5° y 6°, lo siguiente:

“5. Estos hechos, que sacuden la conciencia del mundo civiliza-

8 Cfr. Mignone, Emilio F.; Conte Mac Donnell, Augusto, *Estrategia represiva de la dictadura militar: La doctrina del “paralelismo global”*, Buenos Aires, Colihue, 2006.

9 Duhalde, Eduardo Luis, *El Estado... Op. Cit.*, p. 218.

10 Duhalde, Eduardo Luis, “Prólogo del ‘NUNCA MÁS’, edición del 30 aniversario del golpe de Estado”, en *Secretaría de Derechos Humanos. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas Nunca más: Informe de la CONADEP*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, p. 8.

11 En el informe del *Nunca Más* se encuentra la denuncia de la detención-desaparición forzada de Walsh, que a la fecha continúa desaparecido, integrando la lista de los 30 mil detenidos/as desaparecidos/as en nuestro durante el genocidio perpetrado por la dictadura cívico-militar de 1976-1983.

do, no son sin embargo los que mayores sufrimientos han traído al pueblo argentino ni las peores violaciones de los derechos humanos en que ustedes incurren. En la política económica de ese gobierno debe buscarse no sólo la explicación de sus crímenes sino una atrocidad mayor que castiga a millones de seres humanos con la miseria planificada.¹²

6. Dictada por el FMI según una receta que se aplica indistintamente al Zaire o a Chile, a Uruguay o Indonesia, la política económica de esa Junta sólo reconoce como beneficiarios a la vieja oligarquía ganadera, la nueva oligarquía especuladora y un grupo selecto de monopolios internacionales encabezados por la ITT, la Esso, las automotrices, la U.S.Steel, la Siemens, al que están ligados personalmente el ministro Martínez de Hoz y todos los miembros de su gabinete. Un aumento del 722% en los precios de la producción animal en 1976 define la magnitud de la restauración oligárquica emprendida por Martínez de Hoz en consonancia con el credo de la Sociedad Rural expuesto por su presidente Celedonio Pereda: “Llena de asombro que ciertos grupos pequeños pero activos sigan insistiendo en que los alimentos deben ser baratos.”¹³

Ahora bien. Luego de definir y señalar las características del Estado Terrorista y sus elementos estructurantes, como su finalidad, interesa abordar ahora el rol de la abogacía pública y estatal, frente a la comisión de los delitos de lesa humanidad perpetrados por la dictadura contra el pueblo.

A propósito de ello, es dable tener presente a dos presidentes argentinos que han tomado decisiones políticas públicas de trascendencia.

Uno de ellos fue Raúl Alfonsín, por haber tomado la decisión de crear la CONADEP (“Nunca más”) y luego lograr enjuiciar a todos los integrantes de las Juntas Militares, siendo uno de los hitos históricos –internacionales- trascendentes en la lucha contra la impunidad del genocidio al pueblo argentino.

El otro presidente fue Néstor Kirchner, cuando con gran coraje político, retomando las banderas de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, como asimismo, del gran Movimiento de DDHH nacional como H.I.J.O.S. e H.I.J.A.S, Familiares, etc., envía al parlamento argentino el proyecto de ley para declarar la nulidad de las leyes de

12 Walsh, Rodolfo, “Carta abierta de un escritor a la Junta Militar”, en *Operación Masacre*, Buenos Aires, Editorial Sol 90, 2001, p. 182.

13 *Ibidem*, p. 184.

Punto Final y de Obediencia Debida, a fin de dejar sin efecto la impunidad reinante sobre los delitos de lesa humanidad perpetrados por la dictadura genocida de 1976-1983.

Allí, el “Nunca más” recobraba vigencia, dando nacimiento a una de las políticas públicas más importantes del país, es decir, daba a luz la política de Estado denominada “Memoria, Verdad y Justicia”, que hoy es un ejemplo en el mundo y que la inmensa mayoría del pueblo argentino abraza como un valor innegociable y fundamento de un contrato social que da sustento a las bases de la democracia argentina.

Vale recordar, que en la consolidación de la política de Estado de “Memoria, Verdad y Justicia”, intervinieron los tres poderes del Estado nacional de entonces, ya que el Poder Ejecutivo (Kirchner), luego el Congreso (Sanciona con fuerza de Ley) y finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarando la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad (Punto Final) y de (Obediencia Debida) en la causa conocida como “Simón” en el 2005.

En consecuencia, el Estado Terrorista argentino por fin podía ser juzgado a lo largo y ancho de toda la patria, y ahí es en donde la abogacía pública y estatal tuvo y tiene un rol central en la puesta en práctica de dicha política pública.

3. LA ABOGACÍA PÚBLICA Y ESTATAL

Decíamos, que durante la presidencia de Néstor Kirchner se habían nulificado las leyes de impunidad, y el gobierno nacional a través de la Secretaría de DDHH de la Nación, entonces al frente de Eduardo Luis Duhalde, se dio un rol importantísimo a la abogacía pública, ya que empezaban a participar en los juicios de delitos lesa humanidad en todo el país, en carácter de querellantes representando al Estado Nacional.

Entonces, desde la Secretaría de DDHH de la Nación¹⁴ se señalaba que fue imprescindible que el Estado asuma su rol protagónico a través de sus abogadas y abogados, no sólo desde la estructura del Poder Judicial o desde el Ministerio Público, sino que la Secretaría DDHH como parte del Poder Ejecutivo Nacional –tenía y tiene- el de-

14 Los fundamentos sobre la el rol y legitimación activa de la Secretaría de DDHH de la Nación, fue tomado de los distintos modelos presentados por la propia secretaría en los diversos juicios por delitos de lesa humanidad en Argentina.

ber e interés de ser parte para asegurar que el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos se respeten en todo el Estado nacional.

La razón estaba en la circunstancia que cuando los litigios finalizan en la jurisdicción interna, habiéndose producido violaciones a disposiciones expresas de los tratados internacionales, de los que la Nación Argentina es parte, dentro de los ciento ochenta días, los interesados justiciables que se sienten agraviados, acuden a los controles supranacionales referidos y luego necesariamente ante una violación, el Estado responde con sanciones y reparaciones patrimoniales que son pagadas con los fondos del tesoro nacional.

Como el Estado Nacional no puede permanecer indiferente frente a hechos tan graves de violaciones a los derechos humanos, porque insisto ha comprometido su responsabilidad, al ratificar los mencionados tratados, que a su vez constituyen normativa internacional, con independencia de lo que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados, se encuentra en la obligación de juzgar y castigar siempre a los responsables de tales violaciones.

Es por ello, que fue legalmente facultada la Secretaria DDDHH del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para asumir el rol procesal de querellante, atento la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos y patrimonial que luego deberá asumir el Estado Nacional.

Asimismo, agregaban que para preservar la responsabilidad del Estado en la materia, resulta imprescindible que todo el aparato y autoridades competentes: judiciales, legislativas, administrativas, políticas y de toda índole, insten a las investigaciones y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

Por otro lado, en su momento, algunos defensores de represores sostenían que como la acción penal está en cabeza del Ministerio Público la Secretaría de DDHH carecería de legitimación para querellar, implica un desconocimiento de las normas constitucionales – Sección Cuarta. del Ministerio Público. Artículo 120 CN-, que determinan que “El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...”.

De la norma constitucional se desprende que el Ministerio Público es un órgano constitucional extra-poder de naturaleza colegiada,

no depende del Poder Judicial, ni del Poder Ejecutivo y su función es la defensa de la ley y de los intereses de la sociedad, en consecuencia no representa al Poder Ejecutivo. Tanto es así que su regulación en la Constitución Nacional se encuentra en la sección cuarta, en la parte segunda del texto constitucional, correspondiente a la parte orgánica o del derecho constitucional del poder.

El Ministerio Público no recibe instrucciones de los otros poderes, ni órganos de gobierno, además del artículo 120 de la CN queda claro que la autonomía funcional no es compatible con la representación del Estado como “fisco”, en orden a los intereses patrimoniales que como tal posee, ni tampoco es posible constitucionalmente que el Poder Ejecutivo le imparta instrucciones o mandatos porque el Ministerio Público no depende de él.

Además este órgano extra-poder tiene facultades para que se maneje dentro del marco de “criterios razonables de oportunidad” para el ejercicio de la acción pública, por lo tanto puede no coincidir con los criterios jurídicos y políticos del Poder Ejecutivo para accionar en defensa de los intereses de la sociedad, además del interés que el Estado posee de que se apliquen los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, por la responsabilidad que le genera su incumplimiento ante la comunidad internacional.

4. CONCLUSIÓN

Puedo afirmar sin temor a equivocarme, que la abogacía pública y estatal tuvo en rol fundamental no solo en los procesos judiciales de “Memoria, Verdad y Justicia”, sino también en la defensa del patrimonio nacional del pueblo argentino, con lo que se demuestra una vez más la importancia de nuestra abogacía comprometida y al servicio de los intereses nacional, basados en el respeto irrestricto de los derechos humanos.



**PRODUCCIÓN ACADÉMICA
DE LA MAESTRÍA EN ABOGACÍA
DEL ESTADO ECAE-UNTREF**

PATRICIO SAMMARTINO

GABRIELA ANDREA STORTONI

GUIDO CROXATTO

DAVID KRONZONAS

HUGO TORRES

PALABRAS DE APERTURA DEL SEGUNDO AÑO DE LA COHORTE 2021 2022 DE LA MAESTRIA EN ABOGACIA DEL ESTADO

PATRICIO M. E. SAMMARTINO¹
ECAE-UNTREF - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 387-390

Muy buenas tardes.

Como director académico de este posgrado, restablecido en 2021, hago llegar a todas y todos el más cálido y afectuoso saludo de bienvenida al acto de apertura del segundo año de la Maestría en Abogacía del Estado.

El renacido espacio académico, que hoy se consolida, es la concreción de un proyecto conjunto impulsado por las actuales autoridades de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado y de la UNTREF.

Permítanme recordar, de manera inicial, algunas características singulares que informan a nuestro posgrado.

La Maestría en Abogacía del Estado es una construcción colectiva y abierta, de contenidos no petrificados.

Está llamada a ser comunidad de estudio, de investigación, de debate, de construcción de la *nueva juridicidad*, inspirada en los principios y valores del *Estado constitucional social de derecho*.

La Maestría en Abogacía del Estado está destinada, exclusivamente, a las abogadas y abogados del Estado Nacional. Cuenta con un cuerpo de profesores de indiscutida calidad y excelencia. Cada asignatura

1 Director Académico de la Maestría en Abogacía del Estado ECAE - UNTREF



está dictada por los reconocidos especialistas en la materia, en un marco de pluralidad científica, académica e ideológica. En la MAE se garantiza, plenamente, la libertad de cátedra. Las clases son participativas. Se utiliza el método del caso. Invariablemente, se propicia la reflexión crítica.

En este marco, debo enfatizar que nuestra maestría asume dentro de sus objetivos académicos primordiales brindar herramientas que faciliten el acceso al conocimiento jurídico y, desde allí favorecer la *revisión de las premisas que gobiernan el derecho administrativo*, como también la validez de los razonamientos que reposan en aquéllas.

La abogacía pública es una de las tareas más nobles que un abogado puede realizar. Requiere asumir, de manera inicial, que somos portadores de una vocación desinteresada por la defensa de los intereses generales.

El ejercicio de la abogacía pública nos pide, a diario, importantes esfuerzos para servir adecuadamente a las exigencias del bien común, en el marco vinculante de la juridicidad.

Precisamente, en esta tarea, se juega una parte importante del Estado constitucional en nuestro país.

En efecto.

El presente y futuro del Estado constitucional, en Argentina, está anudado a la efectiva satisfacción de las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Extramuros de los intereses sectoriales predominantes y de los resabios autoritarios que de uno u otro modo, procuran enervar o directamente sustituir las decisiones de la voluntad general, la realización del bien común en democracia presupone la existencia de un régimen administrativo atravesado por vínculos jurídicos fundamentales que garanticen la *dignidad* de la persona humana y el respeto, promoción y protección de los *derechos humanos* que le son inherentes; la *defensa del principio democrático* en sus dimensiones formal y sustancial; y la observancia de los principios cardinales que gobiernan el estatuto del poder *-separación y control* recíproco de las funciones estatales- como garantía de *libertad*.

Estos *compromisos jurídicos esenciales*, insitos en la Constitución Nacional convencionalizada, condicionan a las autoridades públicas, cualesquiera sea la clase o tipo de función que ellas desarrollen, y, por cierto, condiciona a la abogacía pública que está llamada a asegurar

plena la juridización de la actividad del Estado.

Subrayamos que la MAE está en plena etapa de *consolidación*. De ordinario, se entiende que consolidar es dar firmeza. Con esa locución también se alude a convertir algo en definitivo y estable; a volver a juntar algo quebrado o roto, de modo que quede firme. Consolidar es, en definitiva, afianzar algo.

Efectivamente, luego de un primer año intenso, entiendo que, con el inicio de este segundo año, la MAE ingresó en un período de definitivo afianzamiento, firmeza y estabilidad.

Existen bases objetivas que respaldan esta afirmación.

En apenas un año, luego de un exigente proceso de selección, en marzo de 2021, se puso en funcionamiento la Maestría en Abogacía del Estado, que -sin fundamento que lo justifique- había sido dada de baja hace un lustro.

La puesta en marcha de esta segunda etapa de la MAE tuvo profunda repercusión tanto entre los abogados del Estado como en la comunidad académica.

En el breve lapso de un año se regularizó la situación de los maestrandos que había cursado el posgrado durante la primera etapa. Es así que se realizaron las defensas de tesis postergadas; se actualizaron programas; se obtuvo la ratificación de la aprobación de la carrera por la autoridad educativa competente (CONEAU) por el plazo seis años más; se llevaron a cabo, con amplia participación de profesores de nuestro posgrado, las jornadas científicas “Derechos humanos, principio democrático y derecho administrativo” y se inició la publicación mensual del Boletín Jurídico de la MAE, de especial utilidad práctica para quienes ejercen la abogacía en el Estado.

La MAE es un *aporte académico indispensable* para el desarrollo y progreso de nuestro Estado constitucional. Viene a cubrir un espacio que está vacante.

El intenso y, a la vez, exigente programa de capacitación que ofrece la Maestría en Abogacía del Estado, única en el país, permite, a quienes tienen genuina vocación por esta rama de la abogacía, adquirir una *formación de excelencia* que favorece el crecimiento personal y profesional del abogado del Estado.

Ciertamente, estamos convencidos que esa formación y crecimiento -personal y profesional- contribuye a la mejor protección

y defensa del bien común, orientado primariamente a la *protección de los derechos esenciales de todas las personas*.

Desde este vértice deseo enfatizar que quienes formamos parte de este proyecto académico asumimos con plena convicción que *la persona humana es el sujeto de los derechos humanos y no simplemente el objeto de los discursos*.

Estudiar para saber.

Saber para servir.

Servir para transformar.

Patricio M.E. SAMMARTINO

PALABRAS DE APERTURA DEL SEGUNDO AÑO DE LA COHORTE 2021 2022 DE LA MAESTRIA EN ABOGACIA DEL ESTADO

GABRIELA ANDREA STORTONI¹
ECAE-UNTREF - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 392-395.

EDUCAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En este día que damos inicio al segundo año de la cohorte 2021/2022 en la Maestría en Abogacía del Estado UNTREF – ECAE/PTN, sean todos bienvenidos y en particular a quienes se han acercado en forma presencial a este claustro académico de nuestra Universidad y Escuela, donde en breve podremos volver, en modo híbrido, para seguir contando con nuestros maestrantes de todo el país.

Debo decirles que estoy aquí gracias a la propuesta de una gran mujer, la Dra. Rita Tanuz, quien con su generosidad me invitó a ser parte de este cuerpo directivo, acompañando al Prof. Patricio Sammartino, Director Académico de esta Maestría. Agradezco a mi querido amigo Patricio, por estos años compartidos y ser parte de los logros alcanzados

En este andar que se inició a mediados del año 2020, en plena pandemia, también les digo que encontré un equipo de grandes personas, como el Dr. Pablo Cabral, el Dr. David Kronzonas, el Dr. Hugo Torres y el Director de la ECAE, Dr. Guido Croxatto y nuestro motor Matias Copertari, a cargo de la coordinación administrativa de la MAE, además de otras muchas personas que desde la ECAE

¹ Directora Ejecutiva de la Maestría en Abogacía del Estado ECAE-UNTREF



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



y la Untref pusieron su tiempo y dedicación para lograr casi una quimera: volver a poner en marcha la Maestría en Abogacía del Estado. Y fue así, sin dilaciones, que se reconstruyó y resignificó un proceso educativo, que había quedado trunco allá por el año 2016 y que había dejado a muchos colegas sin poder terminar sus carreras. Todos trabajamos en equipo, para hacer de esta nueva Maestría, que pretendemos sea la mejor para la formación de Abogados del Estado, con una visión integral, actualizada, contemporánea y de excelencia en todas las áreas que hoy alcanza el derecho público; y cuyo fin sea, por un lado, la protección de los derechos humanos de las personas a las cuales sirve el Estado presente y activo; y por el otro la comprensión de la tutela efectiva de los bienes fundamentales de nuestra Argentina.

Así pusimos esta MAE en marcha, iniciamos las clases en plena pandemia, tuvimos el acompañamiento de un cuerpo de docentes plural y de excelencia y con una inédita cantidad de interesados en cursar la nueva MAE. También, no quiero olvidarlo, obtuvimos la acreditación de la carrera por 6 años por ante la CONEAU y; ya tenemos los primeros Maestros en Abogacía del Estado del país, correspondientes a las cohortes 2014 y 2015.

Saldamos la deuda y proyectamos educación a futuro.

En este contexto, siendo la representante femenina en este estrado, debo decirles que además esta MAE está atravesada transversalmente por los derechos humanos, claro está, pero en particular por la perspectiva de género, que no es una opción a la hora de analizar los institutos del derecho público que rigen la actuación de los abogados del Estado, sino que es una obligación para así entender el derecho y actuar la función administrativa encomendada: esto es “administrar con perspectiva de género”. Y les digo que transversalizar la perspectiva de género no se agota con sumar lo “femenino” o los colectivos LGBTIQ+; o tratar solamente un cupo para su representación, trabajo y gobierno, sino esencialmente introducir una mirada desde los valores, las propias connotaciones, las identidades, las problemáticas, las necesidades y experiencia, conocimiento e intereses de lo femenino, así como de las masculinidades, y de las sexualidades y sus entornos. Es este mi entendimiento, que la perspectiva de género impacta en el derecho administrativo resignificando las instituciones y que nos pone frente a un nuevo derecho administrativo orientado a la vigencia efectiva de

los derechos humanos como regla constitucional y convencional obligatoria. Y ello, como una suerte de aplicación del principio de progresividad nos lleva a incorporar la transversalidad de la perspectiva de género como una obligación legal.

El sistema social y cultural ha cambiado y el derecho administrativo debe adecuarse a ello, trocando poder por derechos, en el caso garantizando la protección de los derechos humanos, para proteger en forma integral los derechos de las mujeres, el género y la diversidad y la atención de los grupos vulnerables.

Y no es esta una crisis, sino una oportunidad para mejorar las estructuras desvencijadas de un derecho cuyas bases legales se encuentran anquilosadas, para lograr un derecho administrativo que sea la base de regulación para la empatía con el otro; para un Estado presente, solidario y fraternal.

Para terminar, me permito leerles algo breve de Galeano en su Obra “Patatas Arriba. La escuela del Mundo al revés”² quien en el capítulo titulado “Curso Básico de Racismo y de Machismo” empieza con una visión de ese mundo que estamos tratando de dejar atrás...dice así: “Los subordinados deben obediencia eterna a sus superiores, como las mujeres deben obediencia a los hombres. Unos nacen para mandones, y otros nacen para mandados. El racismo justifica, como el machismo, por la herencia genética: los pobres no están jodidos por culpa de la historia, sino por obra de la biología. En la sangre llevan su destino y, para peor, los cromosomas de la inferioridad suelen mezclarse con las malas semillas del crimen. Cuando se acerca un pobre de piel oscura, el peligrosímetro enciende la luz roja y suena la alarma”. Y vaya esta lectura por el absurdo, brutal y tragicómico de lo enunciado, de un modelo que no es que esta MAE pretende, ni promueve. Y allí la alegría de tener este espacio educativo donde se combate el estereotipo; el estigma y la exclusión.

Por ello, la educación es la clave, y que sea inclusiva, que sea de excelencia, que nos haga libres y a todos respetables en nuestra dignidad más plena y enseñe el valor de público en cada una de estas premisas, es nuestra bandera. Por eso esta esta MAE, que además es

2 GALEANO, Eduardo. “Patatas arriba – La Escuela del Mundo al revés”. Siglo XXI Editores. 2ed. 2018.

publica, es de todos y para todos.

Bienvenidos y muchas gracias por seguir creyendo en que otra educación es posible, porque en ello estará la construcción de un país más grande, con un Estado que tenga profesionales de excelencia y sensibles al poder de la dignidad humana, sobre todo.

PALABRAS DE APERTURA DEL SEGUNDO AÑO DE LA COHORTE 2021 2022 DE LA MAESTRIA EN ABOGACIA DEL ESTADO

GUIDO CROXATTO¹

ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 396-405.

Voy a tratar de ser breve, así escuchamos a los demás.

Simplemente, como decíamos hace dos días con la APERTURA DEL AÑO ACADÉMICO DE LA ECAE con el Ministro y el Procurador del Tesoro en el Auditorio del Banco de la Nación Argentina, la tarea que se encaró hace un poco más de dos años es de reconstrucción de esta Escuela. Esa es la palabra que empleó el Procurador hace dos días y es la que nosotros venimos remarcando en cada actividad realizada.

Cuando hablamos de reconstrucción es porque la Escuela se había desmantelado, la mayoría de los programas que constituían el núcleo o el corazón teórico de la Escuela: o fueron dados de baja, sencillamente, como esta Maestría, lo cual por sí mismo es elocuente, es decir, no hace falta escuchar mucho más para entender cuál era la dirección de vaciamiento de políticas públicas en la que iba el Estado nacional en el gobierno anterior. El actual gobierno revirtió esa tendencia penosa y nos permitió en nuestro caso concreto, reconstruir esta Escuela -obviamente bajo la directiva del Procurador del Tesoro- que decidió jerarquizarla, ponderando sus programas, elevando su plantel docente, jerarquizando el espacio en el cual, nosotros nos desenvolvemos.

¹ Director de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



La Escuela es un poco un espejo en escala de lo que sucede a nivel nacional con las políticas públicas. Es decir, cuando un gobierno no decide priorizar la defensa del interés nacional, la defensa del patrimonio de los recursos de un país, evidentemente no necesita de un Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado preparado y con herramientas para defender el interés de la Nación y en consecuencia, la Escuela -donde ese Cuerpo se capacita- pasa a estar en un discreto y malogrado, segundo plano.

Cuando como así sucede en la actualidad, el gobierno nacional, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DD.HH DE LA NACIÓN y la Procuración del Tesoro de la Nación tienen por eje la defensa del interés público, de la soberanía nacional, de la integración regional y el desarrollo con inclusión de la Nación; evidentemente la Escuela pasa a tener un mayor protagonismo porque en sus manos está el ejercicio de esa defensa. Con lo cual, cada uno de los programas que esta gestión fue reestableciendo, la Maestría es sin duda alguna, el programa estrella de esta reconstrucción. La MAESTRÍA EN ABOGACÍA DEL ESTADO tiene por eje -como decía Patricio Sammartino hace un momento- dotar de herramientas concretas, útiles que sirvan para la acción. La manera de jerarquizar esa función es darle instrumentos a los abogados/ as del Estado para que hagan bien su trabajo y nos beneficiemos todos como sociedad. Cuando el interés público no se defiende ya sabemos dónde conduce ese proceso al cual se le adosado un feroz sobreendeudamiento.

La MAESTRÍA EN ABOGACÍA DEL ESTADO no nace con esta gestión -como bien decía Patricio-, vuelve con esta gestión. Con la ESPECIALIZACIÓN EN DELITOS ECONÓMICOS COMPLEJOS Y PREVENCIÓN DE EL LAVADO DE ACTIVOS -en convenio con la AFIP y la UIF-, sucede algo semejante. Un programa que existía y que fue simplemente, dado de baja.

La pregunta que nos tenemos que hacer es: ¿Por qué si ya existía la MAESTRÍA EN ABOGACÍA DEL ESTADO en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y existía una Especialización en Delitos Económicos complejos -para que los abogados que hacen penal económico en instituciones como la UIF y la AFIP se especialicen y formen- fue discontinuada?, ¿Por qué si esos programas son tan importantes para moldear a los abogados/ as del Estado con dependencia funcional de esos organismos desaparecieron? Yo no

me quiero extender, creo que no hace falta explicarlo. Creo que la respuesta es obvia, triste y grave para el Estado argentino.

Este gobierno, como decíamos antes, y esta gestión de la Procuración del Tesoro, terminó con este vaciamiento y recompuso o repuso estos dos programas que habían desaparecido. Y con la Especialización en Abogacía del Estado sucedió algo parecido porque el PROFAE –Pablo Cabral me puede corregir-, especialización que se dictaba antes del ABOGAR, era un programa que para adecuarse a la normativa de la ECAE necesitaba ser enriquecido y es lo que finalmente, hicimos nosotros. De hecho, el ABOGAR tiene un semestre más que el programa que se dictaba previamente en la Escuela. Dura un año y medio, el anterior que solo duraba dos cuatrimestres.

Me llama la atención porque en paralelo mientras se vaciaba un espacio de perfeccionamiento y profesionalización de la abogacía estatal, se hablaba de la República, los intereses del Estado y la modernización del Estado argentino, es decir, que hay una cuota de cinismo que tenemos que aprender a desarmar. Paradojas discursivas que se volvieron lugares comunes en la sociedad y eso políticamente no es neutral, tiene consecuencias. Soy un convencido del valor que el Decreto del peronismo que des-arancela la educación pública produjo en términos de justicia social y que es algo que la mayoría de los estudiantes universitarios aún hoy desconocen. El peronismo es el más republicano en términos de capacitación; porque es el que extiende verdaderamente el derecho a la educación gratuita, de calidad y a un nivel masivo. Y sin embargo, es una bandera que no hemos evidenciado, ni reivindicado, y que tampoco se le reconoce históricamente.

Les invito a que busquen ese decreto. Tiene una carilla, nada más. El decreto de des-arancelamiento de la educación pública. En general es algo que se suele pasar por alto, creo que –si no recuerdo mal- la Rectora de la Universidad de Lanús, Ana Jaramillo se lo entregó a Cristina Kirchner cuando fue de visita al campus que tiene la Universidad, en Remedios de Escalda. Ténganlo en cuenta porque cuando se habla de los países del primer mundo ya sea Finlandia, Suecia o Dinamarca, se suele enfatizar, subrayar, la gratuidad de la educación universitaria y se los pone como ejemplo de los países desarrollados y lo son, ciertamente lo son.

Pero cuando miramos de este lado, por ejemplo ahora vemos lo

que sucede o viene sucediendo en Chile, el actual presidente Boric que asume hoy o mañana, y que nuestro presidente asistirá a su asunción; que aquello que posibilitó ganar la elección para un grupo de personas -que no llega u orilla los 40 años-, es que fueron todos protagonistas de la movilización por los derechos de la educación pública, que no es gratuita. La educación pública chilena no es sinónimo de gratuidad como así lo es en la Argentina. Nosotros en la Argentina lo damos por descontado, lo naturalizamos. Pero esto, como decía la ex Presidenta, actual vice presidenta, magia no fue.

Hubo una política de Estado muy fuerte, orientada en ese sentido. La ECAE no es una universidad, pero reivindica la capacitación en términos de lo común, que es algo que va a desarrollar David Kronzonas seguramente en un momento. Yo simplemente quería tratar de no desconocer la historia que tenemos también en términos de educación y pensando en lo que sucede en los países hermanos: Perú, Bolivia, lo que sucede en Chile, donde todo el gabinete, Camila Vallejo por ejemplo, fueron líderes del movimiento estudiantil y lucharon y luchan por una educación pública, gratuita, de calidad, eso entendido en términos de mayor participación democrática que paradójicamente, se le imputa al peronismo -en términos de cooptación y clientelismo- cuando en realidad des-arancelar la educación es volverla lo más masiva posible, intenta incorporar a los aquellos/ as que antes ni siquiera pisaban la universidad o carecían de cualquier posibilidad de asistir a ella.

Y esa capacitación que reciben en la universidad, redundará en una mayor autonomía para el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Lo cual, vuelve a nuestra sociedad mucho más democrática y levanta o debiera levantar el nivel de las discusiones colectivas que damos. Sin embargo, esto no sucede o no se encuentra mediáticamente disponible. Estamos muy lejos de discutir estas cuestiones y caemos siempre en lugares comunes en vez del debate institucional o político.

En cuanto a la Maestría –y otra vez- ésta ya existía en la Procuración del Tesoro, en la ECAE y fue dada de baja. ¿Por qué fue dada de baja? Bueno, es una pregunta que obviamente tiene respuesta. Cada uno se la podría imaginar. Sin embargo, lo paradójico es que una institución como la Procuración del Tesoro, desde una Escuela que capacita a los abogados/ as del Estado argentino, darla de baja resulta un contrasentido; además, de un incumplimiento de los deberes de

funcionario público y creo finalmente, de un conflicto de interés muy claro. Pero bueno esas son cuestiones que tampoco se debaten, lastimosamente en la prensa local.

Respecto de la Especialización en Delitos Económicos complejos, lo que me decía el jefe de gabinete de la UIF, cuando me recordó que este programa existía y también había desaparecido es que la mayoría de los ministros del gobierno anterior tenían cuentas “*off shore*” no declaradas, es decir, incurrían en evasión fiscal, en contra de los intereses del Estado argentino. Entonces, ¿Cómo pensar en una especialización de excelencia académica para capacitar abogados y abogadas del Estado que iba a combatir el delito económico financiero que en principio iría en contra de los propios intereses de los funcionarios que no dejan de estar obligados?

Y con la Especialización en Abogacía del Estado y de Defensa del Estado en juicio yo creo que lo mismo, pero de una manera aún más cínica, y con esto voy a ir cerrando. Creo que es mucho más grave cuando se vacía un programa desde adentro. Es decir, lo que pasó con el PROF AE, es aún más grave que lo que pasó con la Maestría y con la Especialización en Delitos Económicos complejos. Porque la Maestría y la especialización fueron sencillamente dados de baja de la oferta académica. Es decir, si un abogado la quería cursar, no podía; luego no iba a poder hacer bien su trabajo. Simplemente se tercerizó la formación de los abogados/ as del Estado en otros espacios de formación que no tenían la misma mirada de la defensa de lo público.

Pero con el PROF AE, creo que es más complejo todavía, habría que estudiarlo minuciosamente. El PROF AE obviamente no fue dado de baja, hubiera significado cerrar la Escuela, creo que es un costo político bastante alto, nadie lo hubiera querido asumir. Resultaría demasiado. Pero el PROF AE era un programa empobrecido que no cumplía con las normativas mínimas de las carreras de Estado. Es decir, cursaban un programa más allá de la buena intención de los docentes y de los abogados/ as que lo cursaron que no alcanzaba los presupuestos imprescindibles requeridos para las carreras de Estado. En lo personal, me parece que eso posee un aspecto aún más planificado del vaciamiento desde adentro de la educación pública.

Una cosa es hacer desaparecer un programa y otra es empobrecerlo

de manera tal que su cursada tampoco sirviera. Y me parece, con todo respeto con la Especialización que se dictaba en la Escuela, que un poco a lo que se aspiraba era a eso. Se cerró todo lo que se podía cerrar y lo último que no se desmanteló por una cuestión simbólica, se lo demolió desde adentro; se lo enflaqueció tanto que ya casi no servía. Y eso me parece también que es problemático y por eso, nosotros, en ese tercer programa que es el programa medular de la Escuela el ABOGAR, lo que hicimos fue enriquecerlo, no cambiarlo. Lo que hicimos fue ampliarlo, mejorarlo, profundizarlo, extenderlo en el tiempo.

Primero por una cuestión institucional básica: tenía que cumplir con las normativas de las carreras de Estado, y después porque el objetivo de los abogados que se capacitan cuentan con herramientas que les sirvan concretamente para defender el interés público. Si no se capacitan bien, nosotros no estamos cumpliendo nuestra tarea a cargo de la Escuela y lo que es más grave de todo es que después cuando trabajan en los diversos Ministerios y en los servicios jurídicos nacionales no podrán desarrollar las tareas que el Estado espera de ellos.

Con lo cual, y con esto termino, me parece muy importante sobretodo que las y los abogados/ as que cursan la MAESTRÍA EN ABOGACÍA DEL ESTADO -que hoy inicia su segundo año de cursada-, en esta segunda etapa luego de haber sido dada de baja, tomen, no solo en serio los cursos que están desarrollando con un nivel académico de rigurosidad y excelencia en manos de Patricio Sammartino y Gabriela Stortoni, sino también que defiendan la Maestría como abogados/ as del Estado.

Horacio Göett, cuando pensamos en restablecer la Maestría nos contó esta historia y también Hugo (Torres) la puede narrar y resumir acabadamente. Una de las cosas más interesantes que relataron es que la Maestría había desaparecido pero de alguna manera los estudiantes y los profesores seguían haciendo su trabajo, medio en la informalidad, para que avanzase la Maestría. Y ese espíritu de trabajo en equipo de la abogacía en el Estado, me parece una de las enseñanzas más valiosas y una marca de fuego que tiene esta Maestría.

Es decir, que los que la sostuvieron fueron ustedes. Nosotros

lo que hicimos fue empujar el carro para adelante porque esa era la vocación de la Procuración del Tesoro, del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DD.HH DE LA NACIÓN y del gobierno nacional como parte de una tarea coordinada en defensa de los intereses nacionales y nosotros también hacemos nuestra parte en la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogados del Estado.

La Maestría fue desmantelada por la propia Procuración del Tesoro, aunque ahora a mí me da vergüenza decirlo, aunque nosotros no teníamos nada que ver. Me da vergüenza, como argentino, porque es anti-institucional en un grado escandaloso. Una Escuela que esta para capacitar a los abogados/ as del Estado, cierra los programas para capacitar a los abogados/ as del Estado. ¿Cuál es la propuesta entonces? Hay que preguntarse, ¿Quién los va a capacitar? ¿Cómo se van a capacitar? ¿Qué tipo de abogados se requiere? ¿Cuál es la tarea que se les va a encomendar? Si uno piensa que eso era simultáneo a un endeudamiento criminal, uno dice, bueno, esto no es tan accidental, hay una correlación pero que va en otra dirección.

¿Qué es desmantelar al Estado? Es rifar nuestro patrimonio y destruir la soberanía nacional. Y acá estamos, (no nosotros sino el gobierno) en una gestión compleja. Podemos decir que lo temas se tocan. Esa es otra de las grandes enseñanzas. Lo que hacemos se toca con lo que hacen otros ministerios, el Ministerio de Economía, el Ministerio de Justicia y DD.HH, a través de los servicios jurídicos. Los abogados/ as de los servicios jurídicos del Estado nacional no son menos que el servicio diplomático de la Nación. El servicio diplomático esta jerarquizado, se capacita en un Instituto en la Cancillería, y nosotros entendemos que la Escuela que capacita a la burocracia jurídica tiene que tener el mismo nivel de excelencia y el mismo rigor académico y técnico. Y que nosotros tenemos que subir el piso, como dice el subprocurador, tenemos que levantar el nivel de la formación de nuestros abogados para que de verdad, no tengamos que tercerizar la defensa del Estado argentino porque nadie va a defender con vocación como un abogado del Estado los intereses de la Nación.

Nosotros estamos convencidos de eso. Lo que falta a veces son las herramientas. Pero esas herramientas se quitan del camino adrede, no es que sea un accidente. Está planificado. “Yo tengo ganas de defender al Estado pero no sé cómo hacerlo”, muchas veces se señala

con preocupación. O del otro lado, hay cuarenta estudios con decenas de abogados; y de este lado, como dice H. Diez, hay un abogado de trinchera, militando solo con vocación, como él mismo, hasta altas horas de la noche, y todos los días de la semana trabajando solo. Es una lucha muy despareja y no puede depender de pocos la defensa de los intereses nacionales, y creo que esta es una constante en la historia argentina desde el inicio de nuestro país: la buena voluntad, la temeridad, el coraje o el conocimiento de cinco abogados. Cinco jinetes que van y llevan y empujan para adelante. Las luchas desparejas las terminamos perdiendo a la larga y eso es lo que finalmente, pasa.

Para que la lucha se empareje, lo que nosotros necesitamos es que estos cientos de abogados de trinchera que conforman el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado tengan en esta Escuela la posibilidad de formarse en serio para defender los intereses de la Nación. Y que esta no sea una historia pendular, que viene una gestión, jerarquiza la Maestría, jerarquiza la Escuela; y otra, desmantela (la Maestría), vuelve otra y la vuelve a levantar.

La manera que nosotros encontramos de acabar con esto, son dos. Una es que el plantel docente sea de excelencia y que sea variado como es el de esta Maestría y la Especialización. Cuando los profesores ven que hay una apertura ideológica muy amplia y que el único parámetro que nosotros tenemos es el rigor académico, que no nos importa nada más que eso, que hagan bien su trabajo en el Aula. Ahí, la maestría se convierte en un punto de encuentro y yo diría que ciertas bajezas o mezquindades del debate político desaparecen y ciertos acuerdos de políticas de Estado, aparecen. Ahí los profesores se identifican con la tarea y la desarrollan mejor. Este es uno de los logros creo yo que posee esta Maestría y que lo deben ver, en los docentes que tienen, en todos los que estamos acá, seguramente tenemos diferencias no menores en cuestiones ideológicas, y eso no nos impide trabajar juntos para tratar de jerarquizar la Escuela y creo que ese es uno de los pilares de esta construcción, que le va a permitir trascender ante la eventualidad de un cambio.

Y la segunda, es el trabajo de ustedes, es decir, de las y los abogados/ as que la cursan, que se dan cuenta que no es una Maestría más, en una universidad más. Si esta Maestría se diera de baja no pierde la Universidad Nacional de Tres de Febrero -que colabora y siempre esta y organiza con nosotros esta Maestría-, los que pierden

son los y las abogados/ as del Estado, ustedes como miembros del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado argentino. Ustedes tienen el derecho pero también, la obligación de defender la Maestría, porque esta es la Maestría que el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado en convenio con la UNTREF y la Procuración del Tesoro de la Nación desarrolló para generar las herramientas que se orienten a la defensa del interés público. Entonces, si esta maestría se da de baja, es porque lo que se está dando de baja es mucho más grave que una Maestría. Es el espacio donde se capacitan a los y las abogados/ as que van a defender el interés de la Nación.

Bueno, habría más anécdotas de color, pero creo que no hacen falta, creo que las reflexiones son suficientes. Simplemente piensen, yo lo recuerdo muy seguido, que esta Maestría desapareció y me parece desopilante. Me parece que la desaparición es ya como un delito fragante, que digamos, no hay que explicar mucho más, además de que es ridículo. El tema es que no es una casualidad, eso es lo grave. El problema es de qué lado nos paramos nosotros como abogados/ as del Estado: si vamos a defender el interés de la nación, vamos a combatir la criminalidad financiera; o vamos a seguir encarcelando la pobreza que es la consecuencia de esta criminalidad que nunca vemos y que nunca juzgamos.

Bueno, y agradecerles tanto a Patricio (Sammartino) como a Gabriela (Stortoni), a todos los presentes por el empuje en la maestría, a Matías (Copertari), Hugo (Torres) a David (Kronzonas) y a Pablo (Cabral), y de vuelta a los estudiantes, que eso me parece que es la prioridad. Los vaivenes que tuvo esta maestría, el hecho mismo de que la dieron de baja y volvió, es como una medalla, como decimos a veces en la Procuración, que tiene la maestría misma. La historia de esta maestría, el día que se escriba la historia y se busque una cronología política más amplia, ¿en qué tiempo políticos la maestría desapareció? ¿En qué tiempos, la maestría volvió? ¿Por qué desaparece? ¿Por qué vuelve?

Creo que eso solo va a explicar la importancia de este proceso del cual hoy ustedes son actores decisivos. Destaco el trabajo que esos jurados académicos “sui generis” que lo fueron inclusive en contra de la voluntad institucional y de qué manera los profesores y los estudiantes seguían trabajando, en el armado de las presentaciones de cada tesis. Creo que allí, sí salió lo mejor del Cuerpo, había un

trabajo conjunto, de compromiso con estas consignas de defensa del interés público. Si bien la Maestría se interrumpió el trabajo no lo hizo nunca. Esto para mí fue un aprendizaje valioso. Por eso, lo mínimo que podíamos hacer, era restablecerla, aunque el verdadero trabajo y los verdaderos protagonistas fueron esos abogados/ as que en los tiempos oscuros, la sostuvieron igual, Ahí sí hubo un freno al vaciamiento. Un freno tenue, un freno acotado, pero un freno al fin. En la medida que el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado empiece a capacitarse más, va a haber más frenos en el futuro a las políticas de vaciamiento que rifan el interés nacional.

Muchas gracias.

PALABRAS DE APERTURA DEL SEGUNDO AÑO DE LA COHORTE 2021 2022 DE LA MAESTRIA EN ABOGACIA DEL ESTADO

DAVID KRONZONAS¹
ECAE-UNTREF - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 406-409.

Quisiera comenzar esta presentación con una pregunta: *¿Qué es lo común como instancia del “nosotros”?* Es un concepto que quiere y reconoce el valor de lo co-creado, de lo compartido, de lo co-cuidado; pero por otra parte, deberemos entender que esta noción no es cosa, ni la humanidad como colectivo, ni co-pertenencia, ni co-posesión alguna. Y resultará significativo hacer uso de él –por eso he tomado la decisión de elegirlo- y compartir esta reflexión en un país donde se apuesta día a día a “la grieta” como única salida para poder alcanzar algunas respuestas u otros interrogantes. Esta es una sociedad que reiteradamente se polariza, una sociedad donde los proyectos antagónicos no logran sintetizarse.

Quisiera detenerme en la noción de “lo común” para poder así, interrogar la identidad del nosotros la que implicará la obligación de reciprocidad y transversalidad ligada al ejercicio de responsabilidades compartidas para instituir otro espaciamiento y anudamiento entre cuerpos y palabras, otros modos de habitar lo público. Mientras para unos: nada existe en común; otros, claman por construir nuevos comunes. Esta será una práctica (instituyente). Construir “lo común” –entonces- desde la diversidad en un espacio de interacción de identidades distintas que deberán desenvolverse en contextos de una

¹ Coordinador Académico de la Maestría en Abogacía del Estado ECAE-UNTREF



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



mayor igualdad posible. Cada unidad será portadora de una singular riqueza identitaria; que redundará –en un juego de idas y vueltas- en una mayor riqueza del común y de las individualidades. Comunidad de los otros, de imposible comunión.

Toda jerarquía –de privilegios y de lugares- asfixia lo común. Pensar lo común como un orden quizás y *ésta vez*: ni heterogéneo, ni hegemónico. Abierto. La lógica de lo común resultará opuesta a la lógica de la hegemonía. Las identidades participantes mantendrán rasgos variables de sus singularidades, dentro del conjunto. Pese a la inclusión –de las singularidades (identitarias)- no habrá subsunción de las partes dentro del todo y a pesar de Hegel, sólo un conjunto homogeneizado por tan sólo –y sólo eso- de alguno de sus componentes.

Así sólo lo común permitirá el pluralismo. Lo común proviene de acuerdos –que no son consensos ya que este resultará el intento eterno de rechazar la política pues posee en su interior la pretensión de cerrar y obturar los espacios de disenso-; su despliegue prefiere una comunicación horizontal, un proceso de inclusión progresiva. De articulación cada vez más compleja –de vínculos entre igualdades y diferencias- aunque no universal, ni unánime, ni hegemónica; que implique también relaciones heterónomas, azarosas y siempre contingentes. Lo común nunca resultará definitivo. Sólo será un provisorio “estar” en común. Nuevos modos de ocupar el espacio público y de articular el lazo político.

Lo común es potencia y fuerza pero al mismo tiempo resultará *débil y precario*. *No es consenso, no alude al antagonismo*, ni al conflicto. Es una lucha contra la jerarquización de las diferencias; es entender a los conflictos como efectos de las negociaciones para construir comunes en un orden pluralista, no hegemónico. “Lo común” se siente: producción diversificada de lo nuevo, audacia que permitirá superar el mero peso de las cosas e inteligencia puesta en ese sentido, invitación efectiva a despojarse del miedo. Hablamos de una práctica instituyente que engendre nuevas obras, otras prácticas, acciones, e instituciones otras. Uds. como operadores del derecho serán protagonistas de este posible camino.

El principio de lo común es por excelencia el principio de la

democracia que plantea que la participación de toda actividad colectiva: ya sea política, económica y social supone el efectivo reconocimiento del derecho de cada cual a involucrarse en la deliberación y decisión de todo lo que atañe a su vida. Sin embargo, no hay política sin conflicto. Hay que reinventar y reclamar el terreno mismo de lo público por fuera de las retóricas dadas del consenso.

¿Puede haber sociedad posible con estos niveles de pobreza y de desigualdad? ¿No es la desigualdad sino la eyección de un suelo común de ese ser o vivir juntos separados que no permite que nos reconozcamos ni en nuestras diferencias, ni en nuestros conflictos dificultando la percepción de nuestras semejanzas? Sólo hay política cuando irrumpe el supuesto de igualdad. La igualdad es una tarea, no es un valor, ni tampoco es una meta. Es presuposición, un principio sin contenido inherente. La política es la actividad que tiene por finalidad la igualdad. La política existe cuando la igualdad se torna efectiva. La igualdad es condición no política de la política. Es tarea de la política, la arquitectura de un “nosotros”.

Reinventar “lo público” como un entre cuerpos múltiple y heterogéneo en el que alberga como un llamado incesante la disputa y la promesa por la igualdad. No hay política posible sin cuerpo. Un cuerpo otro que agencie demandas múltiples en una constelación en las cuales los lugares específicos sean sometidos a un impulso irresistible de indiferenciación y descentramiento. El cuerpo se unifica cuando alcanza el nivel de cuerpo político. Debemos dejar de pensar que la política es pensada y formulada sólo como proceso unificador, decisivo, económico, macro.

Debemos pensar en una noción de cuerpo impropio que dé lugar a la formación de una voz más amplia, múltiple, heterogénea del discurso democrático. Sólo así se podrá mantener estable aquella noción centralizadora y centrada. Debemos romper y rasgar ese tejido unificador y aparentemente indiferenciado del cuerpo y del discurso. *¿Cómo poner en práctica esa estructura abierta, móvil, vulnerable, cuando no agónica? ¿Cómo subjetivar nuestra exclusión y renegociar nuevos pactos inclusivos?* Hay cierto fantasma de desilusión que recorre el campo democrático en virtud de las no respuestas ante las demandas de inclusión. Ello tendrá por resultado el empobrecimiento de la política. Dos parecieran ser las vías

posibles de acción: que lo inconcluso parece ser, una respuesta a nuestro deseo; y que la necesidad de rehacer los cuerpos en relación podrá cuestionar –una y otra vez- nuestro deseo de cuerpo unificado.

El mundo no es, ni será un legado de humanidad. Es un mundo enfermo de sentido. A una sociedad de competencia generalizada (neoliberal) que despoja a los individuos y las colectividades de todo control sobre sus propios destinos se le opone otra forma de relación fundada sobre la puesta en común y sobre la elaboración colectiva. Lo común es condición de posibilidad, de intercambio, de exposición recíproca. Es la diferencia la que define e impone una relación como experiencia compartible. Debemos tener en cuenta –así se constata en la historia- que cada época se ve llamada a reinventar la fórmula de su porvenir. Pareciera que esa es la tarea.

Quiero darles una afectiva bienvenida a este nuevo Ciclo lectivo que hoy se inicia. Quiero apelar a que continúen y renueven el esfuerzo que han comprometido con éxito, en el primer año ya finalizado.

Muchas gracias.

PALABRAS DE APERTURA DEL SEGUNDO AÑO DE LA COHORTE 2021 2022 DE LA MAESTRIA EN ABOGACIA DEL ESTADO

HUGO TORRES¹

ECAE -UNTREF - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 410-416.

BREVE SEMBLANZA DE UNA MAESTRIA

“Venimos a luchar por el país alegremente,
Nada grande puede hacerse con tristeza.”

Arturo JAURETCHE

Hablar en estos tiempos de una maestría parece cosa corriente en una época prolífica en posgrados. Posgrados clásicos y también posgrados sobre materias inéditas, cada vez más frecuentes, conforme nuestra sociedad abre caminos a la investigación científica, y el Derecho, nuestra ciencia social, tiende puentes a su cauce, cada vez más interdisciplinario acorde a una diversidad cada vez mayor de temas, de saberes y pareceres; y conforme el mercado académico –dado que cada hace años se comporta más como tal- provee a tales cursos y amplía su oferta.

Entonces relatar en un testimonio como éste las alternativas que presentó el desarrollo de un posgrado en Derecho Público no parece *a priori* un ejercicio de lectura muy llamativo, excepto que en este caso la Maestría en Abogacía del Estado de nuestra querida ECAE, que de ella se trata, sobrellevó avatares que tocaron a la vez fibras personales

¹ Coordinador Administrativo de la Maestría en Abogacía del Estado ECAE-UNTREF



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



y principios, sentimientos y concepciones del derecho y del Estado que exceden tanto la simple crónica como la enumeración aséptica de convenios y actos administrativos, meros instrumentos de –en este caso- disímiles fines. Por eso entiendo que esta breve semblanza no refiere a una maestría jurídica más, menos de ese mercado.

La idea germinal de esta maestría fue la de procurar mejores recursos teóricos y técnicos a las abogadas y abogados del Estado, los abogados/as “de trinchera” como quedara plasmado en otra semblanza reciente² por cierto de mayor desarrollo, a cuyos términos remito, los sufridos colegas que, postergados de ingresos y, a veces, también de reconocimiento, sostienen la defensa del interés público en cada asunto de los cientos que atienden y tienen bajo su responsabilidad, como dictaminantes, litigantes y sumariantes –tal la concepción típica de la integración del cuerpo-, pero también como gestores, administradores y auditores.

Interés público que –como el amor, decía el profesor MUÑOZ - todos percibimos, pero nos cuesta definir conforme las distintas concepciones de la sociedad que nos inspiren, pero que es el interés común, de lo común, lo ineludiblemente social, que es lo mismo. El interés de la comunidad, del conjunto, aún con las discrepancias propias de aquella diversidad, pero sin marginaciones.

Para ello se diseñó un posgrado que apunte –desde la visión de ese interés público que la actuación estatal encarna- a una instancia de formación complementaria de su carrera de grado y de otras actividades, seminarios, jornadas, en las que usualmente se imparten conocimientos para litigar contra el Estado, como sucede por lo común en las instancias universitarias regulares.

¿Y al Estado quién lo defiende? ¿Quién forma a esos defensores?
¿Quién a sus administradores?

De esta línea de base se partió hacia varias búsquedas adicionales, pero igualmente relacionadas e importantes: ¿Cómo administra y registra esos juicios? ¿Cómo contrata el Sector Público? ¿Con qué profundidad se releva en la formación usual el sistema de Derechos

² CROXATTO, Guido L., *Abogados/as de trinchera*, Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado N°5, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, octubre 2020, p.15 y ss.

Humanos? ¿Qué importancia se da a las cuestiones de inclusión, transparencia, integridad, conflicto de intereses y de género? ¿Qué prácticas se realizan de todo ello? Y también: ¿quién escucha a las abogadas y abogados el Estado? ¿Dónde pueden preguntar acerca de las dudas e inquietudes que les plantea la labor diaria? ¿En qué ámbito pueden volcar sus experiencias y ser escuchados por pares a los que les interese realmente y les sirva? ¿Dónde más se podría conocer de primera mano la experiencia de gestión de los operadores jurídicos de la Administración en tan variadas materias?

De inmediato surgió otra incógnita a despejar: ¿qué universidad se asociaría a esta aventura inédita? Sin duda una universidad pública, y luego de barajar varias posibilidades se escogió una universidad abierta y flexible a las necesidades planteadas y, al mismo tiempo, comprometida con la exigencia y la innovación e impregnada por el sentido y por la lógica de los Derechos Humanos. Así esos caminos convergieron y condujeron a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRES DE FEBRERO/ *UNTref*, pionera en tantos campos, fuertemente comprometida con la sociedad, el arte y la cultura, cuya apertura a nuevas disciplinas y saberes volcó la balanza a su favor. De una primera reunión con el Dr. Martín GRAZ a la firma del convenio requerido para plasmarla medió sólo un paso. Los fines eran claros, la unidad de concepción en los valores compartidos también.

En 2013 el CONSEJO SUPERIOR de la Universidad, de consuno con la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, creó por Resolución N°036/13 esta Maestría, para ser luego incorporada al Tercer Protocolo Ejecutivo Adicional al Convenio Marco de Cooperación y Asistencia Técnica y Académica firmado entre la PROCURACIÓN DEL TESORO y la UNTREF el 3 de enero de 2014.

La convocatoria de profesores fue igualmente amplia y exigente, sin distinciones de procedencia profesional o de ideologías políticas. Todas las voces debían estar representadas y tener su espacio de expresión y, por qué no, de discusión. Era difícil rechazar el convite, máxime con la tarea desarrollada por la Dra. Silvia MICCIO con su don de gentes para convocarlos, asociada a las directoras de la ECAE María José RODRÍGUEZ primero y María Victoria ANADÓN luego, tres mujeres-motors, si de concretar sueños hablamos.

Valga como muestra que creamos un Taller de Pliegos, el primero

entendiendo en instancias universitarias, donde el maestrando pudiera tomar contacto con expedientes reales de licitaciones complejas, señalar cuales prácticas y contenidos favorecen la elaboración de un pliego transparente o un pliego dirigido, ver y descomponer una partida presupuestaria y su pertinencia con el objeto del contrato en ciernes –aspecto asociado inefablemente a la contratación pública y muchas veces soslayado en la enseñanza–, redactar y tramitar impugnaciones y sus respuestas; y ello sólo respecto de la asignatura sobre Contratos Administrativos, a la que refiero por mi especialidad y por haber participado de tal desarrollo, más sin dejar de recordar otro tanto sobre recursos extraordinarios, dictámenes, auditoría de casos –recuerdo como hoy la jornada en que prácticamente desmantelamos de computadoras la Escuela para que el equipo de la Dirección de Auditoría de la Procuración enseñara (en acepción amplia) el Sistema de Gestión Judicial y su funcionamiento, con casi tantas pantallas como cursantes, entre tantas otras actividades memorables.

No todas fueron rosas, es cierto. Hubo inconvenientes y desajustes, pero nunca se dejó de impartir una clase con la mejor voluntad. El compromiso de los profesores era fuerte y motivador. El personal, un puntal. Entre sólo dos auxiliares administrativos –Matías COPERTARI y Gerardo FERNANDEZ– se cubrían todas las tareas de bedelía y carga de datos. Cero burocracia. Cien por ciento compromiso y esfuerzo.

Pero un día como hoy de 2016, al abrir el ciclo lectivo de la ECAE, anunciaron que se discontinuaba la convocatoria a una tercera cohorte. Bastaba ver los rostros de confusión y desazón de los cursantes, convocados a un acto hasta entonces siempre festivo, ahora llenos de incertidumbre y pena.

Se culminó aquella cursada, la tristeza surcaba los pasillos del hasta entonces entusiasta bullicio, y en diciembre de 2017 se pactó en un nuevo Convenio la finalización de la carrera, estableciendo proseguir con el desarrollo de las actividades académicas necesarias “...para concluir los planes de estudio e instancias de evaluación y certificación pendientes, exclusivamente respecto de las cohortes que se encontraban en curso y hasta su finalización”.

Consecuentemente se continuó con exámenes y sus recuperatorios, entregas de trabajos prácticos y monografías, con la inestimable

colaboración del cuerpo de profesores y jurados trabajando *ad honorem* –nunca mejor aplicada esa categoría-, salvo alguna excepción de cuyo nombre preferí olvidarme.

Es verdad que un posgrado de esta índole puede presentarse discrepancias en varias cuestiones: criterios de elección de las materias, contenido de los programas, bibliografía seleccionada, modos de impartir las clases y las prácticas, y algunas más.

En todo caso, ante la disconformidad con contenidos y temáticas, se podrían haber revisado y modificado, nunca eliminado; ante el plantel docente, enriquecerlo, nunca expulsarlo; ante las ideas, discutir las, nunca hacerlas desaparecer.

Pero la Maestría no desapareció del todo. En cumplimiento de aquella cláusula de finalización, una regla típica para la resolución de este tipo de convenios –también frecuente en los contratos de consultoría-, y aún ante el desinterés y la indiferencia, los jurados se conformaban y se expedían, en días y salones vacíos. Trabajamos en silencio, casi furtivamente, parecíamos clandestinos en nuestra propia casa. Parecía que a nadie le importaba. Pero seguimos. De nuevo, con fallas, en soledad, animando la perseverancia de nuestros cursantes, tan requerida en estas circunstancias, una docena de maestrands llegó a presentar sus Trabajos Finales hasta hoy.

Y a falta de obstáculos en marzo de 2020 llegó la pandemia.

No obstante, en el mismo 2020, el 16 de ese marzo, el Comité Académico de la ECAE, cumpliendo el decisorio de las nuevas autoridades de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, acordó por unanimidad solicitar el restablecimiento de la Maestría, proponiendo al mismo tiempo su actualización con la sola finalidad de mejorar la currícula formativa, la formulación de contenidos y la propuesta pedagógica, incrementando la carga horaria total a 796 horas cátedra y extendiendo su duración en un cuatrimestre adicional, ahora 5, todo ello sin dejar de contemplar la coyuntura global y local provocada por el COVID 19, que demandaría un esfuerzo extra para su implementación a través de canales de virtualización. La Resolución del CONSEJO SUPERIOR de la UNTREF N°024/20, del 24 de septiembre, aprobó entonces el nuevo Plan de Estudios incorporando como se dijo temáticas propias de

gestión administrativa atravesadas insoslayablemente por contenidos sobre Derechos Humanos: igualdad, inclusión, grupos vulnerados y género, además de profundizar los referidos a derechos sociales, medioambientales y de consumo, en la búsqueda de la jerarquización de la carrera y con ella la de la formación de los cuadros técnicos que la cursan, propendiendo a una integralidad de la capacitación y un mayor compromiso bajo la definición plena de servidores públicos.

Así contamos hoy en este nuevo Plan de Estudios, además de las asignaturas basales sobre *Fundamentos Filosóficos del Derecho Público*; sus fuentes constitucionales y supranacionales; administración pública y Derechos Humanos; su organización, estructura y funciones; acto administrativo, contrato administrativo y los distintos derechos procesales; el Estado en juicio y su responsabilidad; los derechos de la seguridad social, del empleo público, tributario, financiero y presupuestario; con nuevas o profundizadas materias como Ética Pública; el tratamiento de los derechos sociales y medioambientales, y de la regulación económica y del consumo; la gestión de la emergencia pública; las nuevas tecnologías; gobierno abierto; acceso a la información; protección de datos personales y *big data*; argumentación jurídica; escritura, literatura y cine. También se diversifican los Talles de Práctica Profesional en redacción de dictámenes; sustanciación de recursos administrativos; redacción e interpretación de pliegos licitatorios; instrucción de sumarios; profundización en técnicas de redacción y presentación de recursos ante las distintas instancias judiciales; y aprendizaje y carga de casos en el Sistema de Gestión Judicial (SIGEJ) de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN.

Y así volvimos a recoger nuestros pasos y yerros, nuestras esperanzas y anhelos, y a empezar de nuevo. En 2021, se recuperó la Maestría y se cursó el primer año de la tercera cohorte, bajo ese nuevo programa que en la búsqueda permanente de la excelencia sirviera para convocar con amplitud y apertura a una diversidad de profesores incluyendo aquellos con ideas distintas, al punto que integran el plantel docente funcionarios que participaron del decisorio de aquella finalización, sin rencores ni condicionamientos, como debe ser en un marco académico auténticamente democrático.

En este nuevo marzo, colegas y alumnos, alumnos y maestros, hago votos para que renovemos los esfuerzos de lectura y análisis

–que sabemos arduos-, de participación y opinión –que sabemos necesarios-, de crítica y autocrítica –que sabemos imprescindible-, para fortalecer este curso y que nunca más se detenga el crecimiento y mejora de esta Maestría, de cuya construcción colectiva todos participamos.

Todos aprendemos de todos, todo el tiempo.



TESIS

LUCÍA MAGALÍ ROZENBERG

PRESUNCIÓN DE REMUNERATIVIDAD

LUCÍA MAGALÍ ROZENBERG¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 420-443.

“Presunción de remuneratividad”

Una propuesta hermenéutica a partir del examen de los criterios de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Resumen: El presente trabajo es una breve síntesis de la tesis elaborada en el marco de la Maestría en Abogacía del Estado de la Universidad de Tres de Febrero en conjunto con la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Se realiza una sistematización en torno al modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido evaluando la naturaleza jurídica de las sumas pretendidamente no remunerativas. A partir de ello, se ofrece una propuesta hermenéutica que denomino “presunción de remuneratividad” para resolver controversias de ese tipo.

Palabras clave: Derecho del Empleo público. Remuneración. Sumas no remunerativas. Presunción de remuneratividad.

Abstract: This paper is a brief resume of a larger work, wich consist on a thesis elaborated to obtain the Master’s degree on State Attorney of the Universidad de Tres de Febrero with the Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado within the Procuración

1 Abogada (Derecho-UBA), Especialista en Derecho Procesal Civil (Derecho-UBA), Magíster en Abogacía del Estado (UNTREF-ECAE). Profesora Titular de Empleo Público Provincial y Municipal (UCALP). Se desempeña actualmente como Prosecretaria Coadyuvante en el Juzgado de Primera Instancia en lo CATyRC N° 23 de la Ciudad de Buenos Aires.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



del Tesoro de la Nación.

Here, I carried out a systematization around the way in which the Supreme Court of Justice of the Nation has been evaluating the legal nature of the allegedly non-remunerative sums. From this, a hermeneutical proposal is offered, which I call “presumption of remuneration” to resolve disputes of this type.

Key words: Public Employment Law. Salary. Non-remunerative sums. Presumption of remuneration.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es una breve síntesis de la tesis elaborada en el marco de la Maestría en Abogacía del Estado de la Universidad de Tres de Febrero en conjunto con la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación².

A los fines de realizar dicha síntesis, me centré únicamente en dos aspectos de aquel trabajo. Por un lado, la sistematización allí elaborada en torno al modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha venido evaluando la naturaleza jurídica de las sumas pretendidamente no remunerativas y, por el otro, la propuesta hermenéutica que denomino “presunción de remuneratividad” para resolver controversias de ese tipo.

II. SISTEMATIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN SOBRE LOS MODOS DE EVALUAR LA NATURALEZA JURÍDICA DE UN SUMAS PRESUNTAMENTE NO REMUNERATIVAS

Me interesa reseñar el modo en que la CSJN ha resuelto aquellos casos donde se debía dilucidar el verdadero carácter –remunerativo o no- de una suma. A tales fines, se reseñarán los distintos criterios empleados en su jurisprudencia, primero en el ámbito de las relaciones de derecho público y luego en el de derecho privado.

2 La misma contó con la dirección del Dr. Pablo O. Cabral y fue defendida el 26 de octubre de 2022, obteniendo la máxima calificación, con recomendación de publicación, por parte del Jurado integrado por las Dras. Miriam Ivanega, Nora Vignolo y el Dr. Matías Posdeley.

II.1. Modos en que la CSJN dilucida la naturaleza jurídica de una suma abonada sin carácter remunerativo en el marco de las relaciones de empleo público

Del examen de la jurisprudencia de la CSJN a la hora de esclarecer la naturaleza jurídica de un suplemento abonado pretendidamente sin carácter remunerativo, se puede observar que se apoyó en seis criterios fundamentales: (a) la generalidad; (b) la habitualidad; (c) la significación económica del suplemento con relación al salario total; (d) la finalidad de recomposición salarial perseguida; (e) la existencia de una condición o circunstancia específica para percibirlo; y (f) la libre disponibilidad. A continuación se describirá brevemente cada uno de estos criterios.

II.1.1. La generalidad

En la jurisprudencia de la CSJN de al menos los últimos cincuenta y cinco años, en los casos en que debió develar la verdadera naturaleza de un rubro abonado sin carácter remunerativo, con frecuencia se empleó la pauta de la generalidad con que dicho rubro había sido abonado. Es decir, si lo había percibido la generalidad del personal, lo consideraba remunerativo, y si lo había percibido solo una parte del personal, lo calificaba como no remunerativo.

Ello obedece a que el conjunto de fallos que fue delineando una doctrina jurisprudencial en la materia versó sobre regímenes particulares que dotaban a dicha generalidad de un valor singular en materia remunerativa. Me refiero a los casos de reclamos previsionales de: (a) personal militar -Ejército, Armada y Fuerza Aérea-; (b) personal policial; (c) personal de Gendarmería; y (d) magistrados/as y funcionarios/as judiciales. Es que para calcular el haber previsional en estos casos, sus regímenes particulares exigen tener en cuenta los suplementos que percibe la generalidad del personal en actividad. Es decir, el haber previsional se encuentra indisolublemente vinculado con el salario que percibe la generalidad del personal activo. Es que en dichos regímenes (particularmente militares, policiales, penitenciarios, gendarmes) existen múltiples adicionales que se abonan para compensar determinadas tareas más sacrificadas, sea por su complejidad, por la imprevisibilidad de los servicios o la mayor dedicación exigida. Atento a que tales situaciones no siempre

afectan a la totalidad del personal en actividad, el impacto sobre el haber previsional queda sujeto a tal verificación. Para mayor claridad, seguidamente se analizarán estos regímenes particulares y la jurisprudencia que ha sido emitida en la materia.

II.1.1.a. La generalidad en el régimen del personal militar (Ejército, Armada y Fuerza Aérea)

En cuanto al primer grupo mencionado, esto es, el personal militar, la Ley N° 14.777³ establece que el haber de retiro del personal militar se conforma con el sueldo del personal en actividad así como aquellos suplementos que con carácter general se abonen a dicho personal⁴. En cambio, los suplementos especiales y las compensaciones no repercuten sobre el haber de retiro. En consecuencia, dilucidar si un suplemento se abona con carácter general o particular tiene, en el marco del régimen del personal militar, una importancia singular.

En el primer fallo en tal sentido, “Del Cioppo” (1965)⁵, la CSJN evaluó un concepto creado por el Decreto N° 5247/PEN/59 con relación a personal militar retirado. Allí ponderó el carácter general con el que era abonado para reconocerle carácter remunerativo, siguiendo la interpretación de los arts. 54 y 74 de la Ley N° 14.777⁶. Tal criterio fue reiterado en los casos “Martínez” (1989)⁷ y

3 Publicada en el BO 18826 del 29/12/1958.

4 Conf. arts. 54, 55 y 74 de la Ley N° 19.101.

5 CSJN, “*Del Cioppo, Víctor José c/Nación*”, 14/06/1965, *Fallos*: 262:41.

6 El art. 54 indica que “cualquier asignación que en el futuro resulte necesario otorgar al personal en actividad... cuando dicha asignación revista carácter general, se acordará en todos los casos, con el concepto de ‘sueldo’ determinado por el art. 55”. En tal sentido, la CSJN indicó que “el art. 74 de la misma ley también asegura a los militares retirados con el 100%, percibir como mínimo el 90% de las remuneraciones que en concepto de retribución por sus servicios cobre la generalidad del personal de igual grado en actividad”.

7 CSJN, “*Martínez, Marcelino Hilario c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/cobro de pesos*”, 06/06/1989, *Fallos*: 312:787, consid. 12. Allí señaló “debe entenderse que las cantidades otorgadas significaron una gratificación, que debe estar comprendida en el concepto de ‘haber’ o ‘asignación’ a que alude la ley 19.101” debiendo la interpretación ser “amplia ya que el art. 74, inc. 1°, de dicha ley se refiere a ‘cualquier otra asignación que corresponda a la **generalidad** del personal de igual grado, en actividad” (el destacado es propio).

“Susperreguy” (1989)⁸, así como en otros posteriores como “Franco” (1999)⁹, “Freitas Henriques” (1999)¹⁰, “Bovari de Díaz” (2000)¹¹, “Thorne” (2000)¹², “Villegas Osiris” (2000)¹³, “Corbani” (2000)¹⁴,

8 CSJN, “*Susperreguy, Walter Jorge c/Estado Nacional (Ministerio de Defensa) s/cobro de pesos*”, 06/06/1989, Fallos: 312:802, consid. 8°. Allí indicó “sentado y habida cuenta del **carácter general** con que fue otorgada la compensación por mayores exigencias del servicio a todo el personal en actividad, no resulta dudosa su naturaleza salarial” (el destacado es propio).

9 CSJN, “*Franco, Rubén Oscar y otros c/Estado Nacional (Mrio. de Defensa) s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seguridad*”, 19/08/1999, Fallos: 322:1868.

Allí se sostuvo que “la referencia necesaria es la remuneración entendida en sentido lato, es decir, comprensiva del sueldo, los suplementos generales, y toda otra asignación que perciba con **generalidad** el personal en actividad, de acuerdo con lo establecido en el art. 74 de la ley 19.101” (consid. 6°, el destacado es propio).

10 CSJN, “*Freitas Henriques, José Eduardo y otros c/Estado Nacional -Ministerio de Defensa- s/personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad*”, 05/10/1999, Fallos: 322:2398.

11 CSJN, “*Bovari de Díaz Aída y otros c/Estado Nacional -M° De Defensa- s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.*”, 04/05/2000, Fallos: 323:1048.

Allí la CSJN concluyó que: “de la exégesis de las normas citadas y de los informes de fs. 97/100, 104/105 y 113/114 se puede concluir que los suplementos y compensaciones cuestionados en el sub lite no han sido creados ni otorgados con carácter generalizado a la totalidad del personal en actividad ni a la totalidad del personal de un mismo grado... De ahí que tales asignaciones, instituidas y aplicadas con carácter particular y como compensaciones de ciertos gastos (arts. 57 y 58 de la ley 19.101), en tanto participan de tal naturaleza, no puede considerárselas acordadas en concepto de sueldo y, por lo tanto, no deben ser computadas para determinar el haber de retiro” (consid. 7°).

12 CSJN, “*Thorne, Rubén Wilfredo c/Estado Nacional - M° de Defensa - s/ personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad*”, 01/06/2000, Fallos: 323:1554.

Allí se señaló: “dado su carácter generalizado y proporcional, dicho complemento guarda una nítida condición salarial que obliga a considerarlo para la determinación de los haberes del personal en situación de retiro, hace referencia a la remuneración entendida en sentido lato, comprensiva de lo que estrictamente constituye el haber o “sueldo”, de los suplementos generales, y de toda otra asignación que perciba con generalidad el personal en actividad, conforme lo dispone el art. 74 de la ley 19.101” (consid. 4°).

13 CSJN, “*Villegas Osiris G. y otros c/Estado Nacional M° de Defensa s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seguridad*”, 04/05/2000, Fallos: 323:1061. Allí se expresó en idénticos términos lo transcripto ut supra (consid. 5°).

14 CSJN, “*Corbani, Carlos Alberto y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Defensa - s/personal militar y FF.AA. y de Seguridad*”, 04/05/2000, Fallos:

“López” (2003)¹⁵, “Cura de Blason” (2006)¹⁶, “Salas” (2011)¹⁷ y “Segura” (2018)¹⁸, “Sosa” (2019)¹⁹ y “Vilar” (2020)²⁰.

En el citado fallo “Salas”, la CSJN llegó a decir que “los precedentes del Tribunal de los últimos 44 años coinciden en que toda asignación de carácter general u otorgada a la generalidad del personal en actividad, al integrar el sueldo, beneficia el haber del personal retirado”²¹.

II.1.1.b. La generalidad en el régimen del personal policial federal

El Régimen de la Policía Federal Argentina, regulado por la Ley N° 21.965²², determina de igual modo la relevancia del carácter

323:1076.

15 CSJN, “*López, Ramón c/Estado Nacional - Ministerio de Defensa*”, 24/06/2003, Fallos: 326:2037.

16 CSJN, “*Cura De Blason Norma c/Estado Nacional Ministerio del Interior s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.*”, 15/08/2006.

17 CSJN, “*Salas, Pedro Ángel y otros c/EN -M° de Defensa s/amparo*”, 15/03/2011, Fallos: 334:275.

18 CSJN, “*Segura, María Elena c/EN -M Defensa- Armada - dto. 1336/05 435/09 s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.*”, 04/09/2018, Fallos: 341:1097, por remisión al dictamen de la PGN.

19 CSJN, “*Sosa Carla Elizabeth y otros c/EN - M° Defensa - Ejército s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.*”, 21/05/2019, Fallos: 342:832. Allí la CSJN por unanimidad dijo que los “suplementos mencionados no reúnen en la práctica ninguna de las características mencionadas en el art. 57 de la ley 19.101 para ser considerados suplementos particulares, sino que comportan lisa y llanamente un aumento en la remuneración de la generalidad del personal militar en actividad. En tales condiciones, procede calificar ese aumento como remunerativo y computarlo en la base para el cálculo de todos aquellos suplementos que, conforme a la reglamentación, se determinen como un porcentaje del ‘haber mensual’, pues este concepto, al identificarse con el ‘sueldo’, esto es, con la asignación mensual que corresponde a cada grado de la jerarquía militar (conf. arts. 2401 y 2403 del decreto 1081/1973), engloba a todas las sumas que comporten un aumento generalizado de remuneraciones” (consid. 3°).

20 CSJN, “*Vilar, Osvaldo José y otros c/EN - M Defensa - CITEDEF s/ empleo público*”, 18/02/2020, por remisión al fallo “Segura” (2018).

21 Consid. 10.

22 Publicada en el BO 24137 del 02/04/1979.

general de un suplemento para determinar si el mismo conforma o no el haber de retiro²³.

En tal sentido, su Decreto reglamentario N° 1866/PEN/83²⁴, siguiendo el criterio de la ley, aclara que el haber mensual está compuesto por el sueldo básico²⁵ que no está integrado por los suplementos generales, esto es: el suplemento por antigüedad de servicios; el suplemento por tiempo mínimo en el grado; los suplementos particulares; y las compensaciones²⁶.

Tal ha sido el criterio utilizado en los casos “Torres” (1998)²⁷, “Costa” (2002)²⁸, “Lalia” (2003)²⁹, “Mallo” (2005)³⁰, “Bocci”

23 V. artículos 74, 75, 76 y 96.

24 Publicado en el BO 25234 del 11/08/1983.

25 Conf. art. 385.

26 Conf. arts. 388 y 389.

27 CSJN, “Torres, Pedro c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”, 17/03/1998, Fallos: 321:619. Allí afirmó que “las condiciones expuestas, la generalidad que asumió el pago al personal en actividad de los suplementos indicados, muestra de modo indisimulable que su otorgamiento ha tenido connotaciones salariales” (consid. 9°).

28 CSJN, “Costa, Emilia Elena c/Caja de Retiros Jub. y Pensiones Policía Federal s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 29/08/2002, Fallos: 325:2161.

29 CSJN, “Lalia, Oscar Alberto c/Estado Nacional (M° del Interior - CRJP de la Pol. Fed.) s/retiro militar y fuerzas de seguridad”, 20/03/2003, Fallos: 326:928. Allí, por unanimidad, se dijo que “**el carácter general con que fue otorgada** la asignación por ‘inestabilidad de residencia’, según surge del art. 3° del decreto de su creación, le confiere una indudable y nítida condición remuneratoria o salarial, sin que sea óbice a ello su calificación como ‘compensación’, conforme así lo indica una reiterada línea interpretativa de esta Corte expuesta en diversos fallos dictados en casos semejantes, a cuyas consideraciones cabe remitir por razón de brevedad (Fallos: 312:787 y especialmente Fallos: 312:802 y 318:403)” (consid. 8°, el destacado es propio).

30 CSJN, “Mallo, Carlos Héctor y otros c/Caja Retiros Jubilaciones y Pensiones Policía Federal s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 29/11/2005, Fallos: 328:4232.

(2006)³¹, “González Quinto” (2006)³², “Oriolo” (2010)³³, “Soria” (2018)³⁴, “Castro” (2019)³⁵, “Bosso” (2019)³⁶, “Pérez” (2019)³⁷ y “Torres” (2020)³⁸.

II.1.1.c. La generalidad en el régimen del personal de Gendarmería

Del mismo modo, el artículo 94 de la Ley N° 19.349³⁹ establece que “[c]ualquiera sea la situación de revista que tuviera el personal en el momento de su pase a situación de retiro, el haber de retiro se calculará sobre el cien por ciento de la suma del haber mensual y **suplementos generales** a que tuviera derecho a la fecha de su pase a situación de retiro o de cese en la prestación de los servicios a que se refiere el artículo 84, en los porcentajes que fija la escala del artículo 98” y que “[d]icho personal percibirá con igual porcentaje cualquier otra asignación **que corresponda a la generalidad del personal de igual grado, en actividad**”⁴⁰.

31 CSJN, “Bocci, Mario Roberto y otros c/Caja de Retiros Jub. Pens. Policía Federal Argentina s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 11/07/2006, Fallos: 329:2844.

32 CSJN, “González, Quinto Ramón y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Federal”, 07/11/2006.

33 CSJN, “Oriolo, Jorge Humberto y otros c/EN - M° Justicia Seguridad y DDHH - PFA - dto. 2133/91 s/personal militar y civil de la FF.AA. y de seg.”, 05/10/2010, Fallos: 333:1909.

34 CSJN, “Soria, Silvia Susana c/Policía Federal Argentina - Ministerio del Interior de la Nación s/laboral”, 12/06/2018.

35 CSJN, “Castro, Oscar Ernesto y otros c/Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio del Interior) y otros s/laboral”, 02/07/2019.

36 CSJN, “Bosso, Fabián Gonzalo c/EN - M° Seguridad - PFA s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, 24/09/2019, Fallos: 342:1511. Allí la CSJN por unanimidad reiteró en idénticos términos la parte pertinente transcrita ut supra en el caso “Sosa” (consid. 3°).

37 CSJN, “Pérez, Sergio Daniel y otro c/E.N.A. - Ministerio del Interior - P.F.A. s/suplementos Fuerzas Armadas y de Seguridad”, 16/07/2019.

38 CSJN, “Torres Teuquil, Nicolás Gonzalo y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Seguridad - Policía Federal Argentina s/Suplementos Fuerzas Armadas y de Seguridad”, 18/02/2020.

39 Publicada en el BO 22337 del 10/01/1972.

40 El destacado es propio.

En tales condiciones, el criterio de la generalidad ha sido utilizado por la CSJN en numerosas oportunidades para calificar como remunerativa o no remunerativa a una determinada suma abonada a personal de Gendarmería. Podemos destacar en este sentido los casos “Cavalo” (1995)⁴¹, “Frigerio” (2016)⁴² y “Ábalo” (2017)⁴³.

II.1.1.d. La generalidad en el régimen de magistrados/as y funcionarios/as judiciales

Ello también se da en casos que versan sobre la Ley N° 22.969⁴⁴, que establece una escala porcentual de remuneraciones para los/as magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as de la Justicia nacional, en cuyo artículo 2° dice que “[l]a escala a que se refiere el artículo anterior se expresa en porcentajes sobre el total de las asignaciones atribuidas a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por todo concepto, **excluidos los adicionales de carácter particular**”⁴⁵.

La jurisprudencia en tal sentido se asentó en casos de reclamos en torno a las escalas salariales previstas en la citada ley. Entre dichos fallos, podemos mencionar “Altamirano” (2000)⁴⁶, donde la mayoría de la CSJN empleó el criterio de la generalidad para determinar el carácter remunerativo de la asignación creada por el Decreto N° 2474/PEN/85 aplicable a los/as magistrados/as y funcionarios/as

41 CSJN, “*Cavalo, Luis Enrique c/Estado Nacional (Mrio. de Defensa) s/ retiro militar*”, 28/03/1995, Fallos: 318:403.

42 CSJN, “*Frigerio, Eduardo Heriberto Aquiles c/Estado Nacional - Ministerio del Interior - Gendarmería Nacional y otro s/Personal Militar y Civil de las FFAA. y de Seg.*”, 25/10/2016, Fallos: 339:1520, consid. 5°.

43 CSJN, “*Abalo, Verónica Paula el EN - MS Seguridad - PFA s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*”, 28/03/2017, Fallos: 340:229.

44 Publicada en el BO 25300 del 15/11/1983.

45 El destacado es propio.

46 CSJN, “*Altamirano, Alberto Gerardo Luis y otros c/Estado Nacional*”, 13/07/2000, Fallos: 323:1866.

judiciales⁴⁷. Dicho criterio fue reiterado en “Alverdi” (2000)⁴⁸. Lo mismo había hecho en la disidencia del caso “Abalerón” (1993)⁴⁹, reiterado en “Quirno Costa” (1996)⁵⁰.

II.1.1.e. La generalidad en otros casos

Finalmente, en otros casos, se aplicó analógicamente el criterio de la generalidad a trabajadores/as del Sistema Penitenciario Nacional, regidos por la Ley N° 20.416⁵¹, con la particularidad de que dicha ley no asigna a dicho carácter general relevancia alguna. En efecto, el art. 95 de la Ley N° 20.416 estipula que la retribución se integra por “el sueldo, bonificaciones, y todo suplemento o compensación que las leyes y decretos determine” [lo que deja afuera toda consideración acerca de la generalidad de la asignación para su calificación como remunerativa o no remunerativa y] “las que serán iguales a las fijadas para las jerarquías equivalentes de la Policía Federal, de acuerdo

47 Allí se sostuvo que “la cuestión se centra en el alcance que debe asignarse al art. 2° de la ley 22.969 en cuanto dispone que la escala porcentual de remuneraciones fijada en el art. 1°..., lo será sobre el total de las asignaciones atribuidas a los jueces de la Corte Suprema por todo concepto, **excluyéndose los adicionales de carácter particular**. Tales son los que perciba el Magistrado de la Corte por razones particulares o propias a saber: asignaciones familiares, escolaridad, viáticos, que no alcanzan sin más a todos los funcionarios, sino que deben ceñirse a circunstancias especiales dado el carácter que revisten. Por el contrario las asignaciones **generales** son percibidas por todos los funcionarios sin exigencias de una condición determinada, de ahí que, a la luz del art. 2° de la ley 22.969, a la asignación especial no remunerativa creada por el decreto 2474/85 debe otorgársele ese carácter y, consecuentemente, no puede ser excluida de las asignaciones atribuidas a los Jueces de la Corte ‘por todo concepto’... no obsta a lo dicho la afirmación del carácter ‘no remunerativo’ consignado en el decreto, pues tal como se decidió el 15 de marzo de 1989 en autos: ‘Piccirilli, Ricardo H. y otros c/Estado Nacional s/ cobro’ (Fallos:312:296), se trata de una expresión poco afortunada y carente de real contenido que comporta un ‘evidente contrasentido’, en cuanto se persigue negarle al adicional su ostensible carácter remunerativo” (consids. 4° y 5°, el destacado es propio).

48 CSJN, “*Alverdi, Ana Raquel y otros c/Estado Nacional*”, 13/07/2000.

49 CSJN, “*Abalerón, María Isabel y otros c/Estado Nacional*”, 04/03/1993, Fallos: 316:273, disidencia de Mariani de Vidal.

50 CSJN, “*Quirno Costa, Mariana y otros c/Estado Nacional -Mrio. de Justicia/empleo público*”, 09/08/1996.

51 Publicada en el BO 22687 del 14/06/1973.

lo establecido en el artículo 2° de la ley 18.291”. A partir de dicha equivalencia pretendida por el/la legislador/a entre agentes policiales y penitenciarios, es que la CSJN hace uso de la analogía.

Así, se pueden destacar los casos “Machado” (2002)⁵², “Barrientos” (2003)⁵³, “Klein de Groll” (2005)⁵⁴ y “Ramírez” (2012)⁵⁵.

Sin embargo, es dable señalar que, en alguna ocasión, dicha aplicación analógica no estuvo plenamente justificada. En el caso “Arakaki” (2003), por ejemplo, haciendo suyos los fundamentos brindados por la Procuración General de la Nación (PGN), la CSJN aplicó dicho estándar a un caso de magistrados/as que percibían un suplemento no remunerativo acordado mediante una acordada de ese Tribunal⁵⁶. Cabe aclarar que no estaba en discusión la proporcionalidad salarial prevista en la Ley N° 22.969 antes mencionada.

II.1.2. La habitualidad

52 CSJN, “Machado, Pedro Manuel c/EN – M° de Justicia s/personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.”, 05/09/2002, Fallos: 325:2171.

53 CSJN, “Barrientos, Simeón c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Federal”, 23/09/2003, Fallos: 326:3683. Allí señaló: “frente al **carácter general** con que fue concedido a todo el personal del Servicio Penitenciario, su permanencia y proporcionalidad calculada en función de las distintas jerarquías, su condición remuneratoria no puede ser negada (Fallos: 312:787, 802 y 318:403)” (consid. 6°, el destacado es propio).

54 CSJN, “Klein de Groll, Erika Elmira c/Estado Nacional- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Servicio Penitenciario Federal”, 29/11/2005, Fallos: 328:4246. Allí, la CSJN afirmó que “tales caracteres [remunerativo y bonificable] no son una consecuencia necesaria de la generalidad con que fueron otorgados y que fue reconocida en Fallos: 325:2171, máxime cuando las leyes 13.018 y 20.416 no establecen ninguna regla que indique que un adicional por el hecho de ser general o de haber sido otorgado generalizadamente deba ser considerado como remunerativo y bonificable”.

55 CSJN, “Ramírez, Dante Darío c/E.N. M° Justicia – Servicio Penitenciario Federal s/personal militar civil de las de seg.”, 20/11/2012, Fallos: 335:2275. Allí sostuvo que “en atención a la intención del legislador de equiparar el tratamiento asignado las remuneraciones de los integrantes de ambas fuerzas de seguridad, y a la similitud que presentan los suplementos creados por el decreto 2807/93 los establecidos en el decreto 2744/93 para el personal de la Policía Federal Argentina, resultan aplicables al caso las consideraciones expuestas por el Tribunal in re ‘Oriolo’ (Fallos: 333:1909)”.

56 CSJN, “Arakaki, Marcela Noemí y otros c/E.N. - C.S.J.N. - AC 57/92 s/empleo público”, 07/10/2003, Fallos: 326:4076.

Otro criterio utilizado por la CSJN es el vinculado con el carácter habitual o permanente de un suplemento para determinar su naturaleza remunerativa o no remunerativa⁵⁷.

Así, se pueden mencionar los casos “Segura” (2018)⁵⁸, “Arakaki”

57 Así, en algunas disidencias emitidas por con-jueces, ha dicho que “no cabe duda de que un ‘suplemento adicional’, como la compensación funcional, que reviste el **carácter de permanente**, más aún cuando está sujeto a aportes, encaja dentro de la ‘remuneración total’ que, conforme el art. 4° de la ley 18.464, modificada por la ley 22.940, debe servir de base para determinar el haber de jubilación ordinaria” (CSJN, “Vila, Juan Diego c/Corte Suprema de Justicia de la Nación”, 19/03/1987, Fallos: 310:576, disidencia de Benchetrit Medina. El mismo criterio fue reiterado posteriormente en: CSJN, “Fabris, Marcelo H. c/Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación)”, 22/08/1988, Fallos: 311:1517, disidencia de Benchetrit Medina, consid. 5°).

Asimismo, ha dicho que “[u]n suplemento adicional como la compensación funcional, **que reviste el carácter de permanente**, más aún cuando está sujeto a aportes, encaja dentro de la remuneración total que, conforme al art. 4° de la ley 18.464, modificada por la ley 22.940, debe servir de base para determinar el haber de jubilación ordinaria” (CSJN, “Herrera, Lucio Eduardo c/Estado Nacional s/nulidad de resolución y cobro de haber”, 06/04/1990, Fallos: 313:427, disidencia de González Macías, conf. sumarios del fallo. El destacado es propio).

58 V. consid. V del dictamen fiscal. Haciendo suyos los términos de la PGN, la CSJN indicó “el modo generalizado con que fue otorgado el suplemento mensual, **sin límite temporal** y destinado a la totalidad del personal incluido en el régimen de investigación y desarrollos de las Fuerzas Armadas [...] cuyos integrantes tampoco deben cumplir con ninguna condición o circunstancia específica para percibirlo, impone que deba reconocerse su carácter remunerativo, a la luz de la doctrina sentada por V.E. en diversos pronunciamientos (Fallos: 323:1048; 326:4076; entre otros), toda vez que forma parte de la percepción **normal, habitual y permanente** y su contenido es de esencia retributiva, tal como -además- se desprende de los considerandos de los decretos 1336/05 y 430/09, en tanto señalaron el objetivo de tender hacia una justa equiparación de la situación salarial de investigadores y personal de apoyo a las investigaciones vinculadas con la Defensa Nacional y de adecuar sus remuneraciones” (el destacado es propio).

(2003)⁵⁹, “Finocchietti” (2011)⁶⁰ y “Bertrán Rufino” (2014)⁶¹.

59 CSJN, “*Arakaki, Marcela Noemí y otros c/E.N. - C.S.J.N. - AC 57/92 s/ empleo público*”, 07/10/2003, *Fallos*: 326:4076, consid. VI del dictamen fiscal. Se dijo (siguiendo el dictamen de la PGN): “tal calificación colisiona con la forma en que la ley 18.037 [...] definía a la remuneración, en tanto precisaba como tal a todo ingreso que percibiere el agente en dinero o en especie, susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones, participación en las ganancias, habilitación, propinas, gratificaciones y suplementos adicionales que revistan el carácter de **habituales y regulares**, viáticos y gastos de representación, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes, y toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia. Sin perjuicio de la denominación dada al suplemento, lo cierto es que, desde mi punto de vista, su pago no reconoce otra causa que la retribución por tareas desempeñadas genéricamente por el personal administrativo y técnico, de servicio, obrero y de mastranza del Poder Judicial de la Nación, puesto que se dispuso su pago **habitual y general conjuntamente con los haberes mensuales de dicho personal**” (el destacado es propio).

60 CSJN, “*Finocchietti, Enrique Augusto y otros c/ANSeS s/reajustes varios*”, 01/11/2011, *Fallos*: 334:1172, del voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay. Se sostuvo: “a efectos de determinar si aquella asignación debe ser computada para el cálculo proporcional del haber de jubilación con arreglo al régimen especial en vigor al tiempo en que fue creada, debe partirse del concepto amplio de remuneración que establecen las leyes previsionales; en particular, integran dicho concepto y están sujetos a aportes y contribuciones a los fines del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241), los suplementos que tengan el carácter de **habituales y regulares**, los viáticos y los gastos de representación, ‘excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes’, y toda otra retribución, cualquiera que fuese la denominación que se le dé, percibida por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia (conf. art. 6º, que es reproducción del art. 10 de la ley 18.037)” (consid. 15, el destacado es propio, del voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay).

Asimismo, se reprochó la decisión del juez de grado al que “desestimó por innecesarias las medidas que se encaminaban a la comprobación de aquellas circunstancias a pesar de que, según los actores, **la asignación se pagaba en forma habitual y regular** y resultaba equivalente al sueldo básico de los funcionarios en servicio, con lo que ha restringido sin justificación suficiente el régimen que garantizaba la necesaria proporcionalidad entre los haberes de pasividad y actividad” (consids. 21 y 22, el destacado es propio, del voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay).

61 CSJN, “*Bertrán Rufino José y otros c/ANSES s/reajustes varios*”, 30/12/2014, *Fallos*: 337:1521. Allí se dijo que “[m]ás allá de la calificación dada al crearse un suplemento, no cabe negar su esencia salarial cuando resulte

Del mismo modo, en su voto en el citado caso “Barrientos” (2003)⁶², el Dr. Belluscio mencionó la habitualidad de los suplementos para acordarles carácter remunerativo⁶³.

Se advierte aquí que el criterio de la habitualidad no es valorado de manera autónoma para arribar a una conclusión sobre la remuneratividad del suplemento, sino que se conjuga con otros (generalidad, inexistencia de una condición o función específica para percibirlo y finalidad de recomposición salarial), sin perjuicio de lo cual, es efectivamente considerado.

En este punto, vale recordar que la habitualidad está mencionada en el art. 6º de la Ley Nº 24.241 que, al definir “remuneración” a los efectos del SIJP, alude -en su extensa enumeración- a los ingresos “habituales y regulares”.

En tal sentido, resulta oportuno indicar que existen dos tipos de salarios: el laboral y el previsional. El primero, vinculado con el/la trabajador/a en actividad, atiende a la satisfacción de sus necesidades y las de su núcleo familiar y sirve para conocer cuál es la base remuneratoria para el cálculo de los demás conceptos que integran el crédito laboral, como pueden ser el SAC. El segundo, relacionado con el/la trabajador/a en pasividad, que sirve a los efectos de saber calcular los aportes y contribuciones que corresponde efectuar y para conocer el alcance del beneficio previsional en pasividad (Seco, 2015:89; Rodríguez Mancini, 2013:291). Esta distinción resulta relevante porque existen dos tipos de reclamos judiciales en torno a las *sumas no remunerativas* que interesa a los efectos del presente trabajo: (a) uno destinado a percibir las diferencias salariales derivadas del pago como no remunerativo de un suplemento (v.g. impacto sobre el SAC), que tramita ante el fuero de lo contencioso administrativo (federal o local) y en cuyo marco resultan aplicables las normas del Derecho del Empleo Público; y (b) otro destinado al ajuste del haber previsional o a la regularización previsional,

de la contraprestación que retribuye y de las **condiciones de habitualidad** y libre disponibilidad establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser examinados en las instancias ordinarias pertinentes (conf. argumentos del voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay en la causa ‘Finocchietti’ -Fallos: 334:1172-, en especial considerando 22)” (consid. 9º).

62 CSJN, “*Barrientos, Simeón c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Federal*”, 23/09/2003, *Fallos*: 326:3683.

63 Consid. 8º.

que tramita ante el fuero de la Seguridad Social y donde se aplica normativa previsional. Ello como regla general⁶⁴. En consecuencia, el carácter de la habitualidad que surge del art. 6° de la Ley N° 24.241, en principio, sólo podría ser invocado en el segundo caso. En tal sentido, se advierte que en los casos “Segura”, “Arakaki” y “Sosa”, pese a tratarse de trabajadores en actividad, la CSJN igualmente se ponderó el requisito de la habitualidad.

IV.1.3. La significación económica del suplemento con relación al salario total

En tiempos más recientes, la CSJN ha incorporado una pauta de interpretación basada en la cuantificación proporcional de la significación económica del suplemento evaluado respecto del salario total. Sin embargo, no suele ser utilizado como argumento principal, sino accesorio, permaneciendo el criterio de la “generalidad” como predominante.

El primer caso en que dicho criterio fue empleado es el ya citado “Lalia” (2003)⁶⁵, retomándose años más tarde en los casos “Sosa”

64 En tal sentido, v. CSJN, “*Flor, Marcelo Javier y otros c/EN - M° Justicia - SPF - dto. 2807/93 884/08 s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*”, 22/10/2019, *Fallos*: 342:1760 (consid. 3°).

65 Allí se indicó: “no es inapropiado observar que una retribución como la indicada fijada por la reglamentación en el 35% del haber no es meramente accesorio, sino que representa una parte sustancial de la remuneración del personal, a punto que de no ser así entendido la expresión ‘haber’ (y, en su caso, el ‘sueldo básico’ del art. 74 de la misma ley) dejaría de tener una verdadera significación real. Y es que, la exclusión de asignaciones que por su entidad conforman una parte importante del haber, tiene el efecto de transformar la remuneración principal en accesorio, con el consiguiente trastocamiento de la función primordial que el haber cumple, cual es la de servir de base para el cálculo de otros suplementos, lo que es contrario a la finalidad perseguida por el citado art. 75” (consid. 10).

(2019)⁶⁶ y “Bosso” (2019)⁶⁷.

Este criterio, vale decirlo, también ha sido utilizado en el fuero de la Seguridad Social⁶⁸.

66 Allí, la CSJN por unanimidad señaló que “a lo expresado se suma la circunstancia de que en el decreto 1305/2012, el ‘suplemento por responsabilidad jerárquica’ fue fijado entre un 60,74% del haber mensual asignado al grado mínimo del personal militar de las fuerzas armadas, y un 145,78% del haber mensual correspondiente al grado máximo; mientras que el ‘suplemento por administración del material’ fue establecido entre un 54,67% y un 131,20% de tales haberes mensuales. Se advierte que las retribuciones así previstas no son meramente sumas accesorias o adicionales, sino que representan una parte sustancial de la remuneración, lo que, unido al carácter general con que fueron establecidas, conduce también a reconocerles características similares al concepto ‘sueldo’” (consid. 3°).

67 Allí, la PGN indicó: “[p]or lo demás, corresponde advertir que las sumas fijadas por el citado decreto representan en promedio un 30% del haber mensual bruto [...], lo cual, a mi entender, constituye una parte sustancial de la remuneración, al punto que, de no. ser así entendida, la expresión ‘haber’ dejaría de tener una verdadera significación real, desde que la exclusión de asignaciones que por su entidad conforman una parte importante de él, tiene el efecto de transformar la remuneración principal en accesorio. Ello, con el consiguiente trastocamiento de la función primordial que el haber cumple, cual es la de servir de base para el cálculo de otros suplementos [...]” (consid. V del dictamen).

Luego, retomando tal criterio, en su voto separado el Dr. Rozenkrantz expresó: “[I]o expuesto en el punto anterior se ve reforzado por la significación económica que los suplementos creados por el decreto 2140/2013 tienen sobre la totalidad de la remuneración del personal en actividad. En efecto, tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, de los recibos de sueldo acompañados a esta causa surge que el suplemento ‘Apoyo Operativo’ representaba alrededor de un 30% de la remuneración bruta del actor. Desde el punto de vista normativo, de acuerdo con el decreto 813/2014, a junio de 2014 el monto de los suplementos oscilaba entre el 85% y el 115% del haber mensual fijado por ese mismo decreto, según el grado y el suplemento. Por lo tanto, las remuneraciones concedidas por el decreto 2140/2013 no son sumas meramente accesorias o adicionales. La magnitud de las remuneraciones concedidas ha sido considerada como relevante por esta Corte para determinar si un suplemento constituye parte del sueldo (causa ‘Lalia’, citada, considerando 10)” (consid. 12).

68 V. CFASS, Sala III, “*Fondevila, Rubén Manuel c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones - Policía Federal*”, 11/06/2009. Allí se dijo: “si el total de los suplementos representa una parte sustantiva del haber efectivamente percibido, negarles el carácter de ‘remunerativos’ y ‘bonificables’ configura una evidente desnaturalización del salario y un claro apartamiento de las previsiones legales vigentes” (del voto de la Dra. Dorado, al que adhirieron los Dres. Herrero y Fernández).

IV.1.4. La finalidad de recomposición salarial

En algunos casos, la CSJN ponderó para su evaluación sobre el carácter remunerativo o no remunerativo de una suma determinada, el hecho de que se hubiera acordado con la finalidad de recomposición salarial. Aquí también se trató de un argumento accesorio.

Este temperamento encuentra su primer antecedente en “Piccirilli” (1989)⁶⁹, reiterado luego en la disidencia de Mariani de Vidal en el caso “Abalerón” (1993)⁷⁰. Más cerca en el tiempo, esta pauta fue empleada en el caso “Benítez” (2006)⁷¹ y en casos posteriores, como

69 CSJN, “*Piccirilli, Ricardo H. y otro c/Estado Nacional (P.E.N.) s/cobro*”, 15/03/1989, *Fallos*: 312:296. Allí ponderó que “el Poder Ejecutivo de la Nación, con fecha 30 de diciembre de 1985 dicta el decreto cuya interpretación motiva la presente Litis, que en definitiva constituyó una recomposición del salario de los magistrados y funcionarios”.

70 Disidencia de Mariani de Vidal, *in re*: CSJN, “*Abalerón, María Isabel y otros c/Estado Nacional*”, 04/03/1993, *Fallos*: 316:273, consid. 10. Se sostuvo: “la asignación de la que se trata significó, en definitiva, una recomposición de las retribuciones de los magistrados y funcionarios, conclusión a la que no empece la calificación ‘no remunerativa’ contenida en el decreto 2474/85 por tratarse de una expresión carente de real contenido que comporta un ‘evidente contrasentido’”.

71 CSJN, “*Benítez Cruz, Luis Carlos y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/juicio de conocimiento*”, 28/03/2006, *Fallos*: 329:872. Allí, la CSJN precisó que “no debe perderse de vista que los pagos ordenados por el decreto 1770/91 formaron parte de una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente esta problemática tanto en la dimensión retroactiva como la de futuro [...]” (considerando 12). Allí también se señaló que: “el carácter remuneratorio de las diferencias salariales ofrecidas por medio del decreto 1770/91 no se altera por la mera circunstancia de que hayan sido pagadas por ‘única vez’ y sin incorporarse a la remuneración habitual, ya que ese resultado acontece cuando se cancelan tardíamente y en una sola oportunidad haberes adeudados por más de un período. Tampoco obsta a esa conclusión el hecho de que se concrete en el pago de una suma fija y uniforme para todos los magistrados y funcionarios comprendidos por la norma en tanto media el efecto cancelatorio que deriva de la aceptación por los interesados. Finalmente, resulta irrelevante a los fines de discernir la causa de los pagos la circunstancia de que se hubiera incumplido Cal momento de su percepción con los aportes y contribuciones que hubiesen sido exigibles por la índole del suplemento, ya que el eventual incumplimiento de los deberes a cargo de la administración como agente de retención no puede mutar la verdadera naturaleza del desembolso efectuado” (considerando 10).

“Arrabal de Canals” (2006)⁷² y “Segura” (2018).

Cabe notar la peculiaridad de que los casos citados en este punto refieren en su mayoría a una categoría particular de empleados/as públicos/as: los/as funcionarios/as judiciales y magistrados/as (“Piccirilli”, “Abalerón”, “Benítez” y “Arrabal de Canals”).

IV.1.5. La existencia de una condición o circunstancia específica para percibirlo

La existencia de una condición o circunstancia específica para percibirlo también ha sido utilizada de manera aislada y no como fundamento principal para resolver por la CSJN. Lo hallamos, como se vio arriba, en los casos “Segura” (2018) y “Arakaki” (2003) cuyas partes pertinentes ya fueron citadas.

La premisa que subyace en este razonamiento radica en considerar que si no existiera una función determinada que pudiera identificarse respecto del conjunto de trabajadores/as que perciben un suplemento, entonces no cabría reconocerle carácter remunerativo, aun cuando sí se pudiera afirmar que el pago tiene causa en la relación laboral.

IV.1.6. La libre disponibilidad

Finalmente, también ha valorado la CSJN la “libre disponibilidad” del suplemento otorgado, esto es: que no se hubiera otorgado con la finalidad de reintegrar o efectuar algún gasto determinado, vinculado con la función desempeñada.

Esto se puede ver en el voto de los Dres. Petracchi, Zaffaroni

72 CSJN, “*Arrabal de Canals, Olga y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia s/empleo público*”, 04/07/2006, *Fallos*: 329:2361.

Allí sostuvo que “resulta procedente la pretensión y debe confirmarse el pronunciamiento, ya que según se expresó en el precedente de referencia ‘no debe perderse de vista que los pagos ordenados por el decreto 1770/91 formaron parte de una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente esta problemática...’, de modo que no cabe circunscribir su alcance a los beneficiarios directos de la intangibilidad salarial garantizada por la Constitución Nacional (art. 110). Por último, la generalidad del pago obsta a su calificación como un adicional ‘de carácter particular’ para los destinatarios originales del beneficio” (considerando 8°).

y Argibay en los citados casos “Finocchietti” (2011)⁷³ y “Bertrán Rufino”⁷⁴ (2014).

II.1. Modos en que la CSJN dilucida la naturaleza jurídica de un suplemento abonado sin carácter remunerativo en el marco de las relaciones de empleo privado

A diferencia de lo que ocurre en los casos examinados, regidos por las normas de empleo público, las ocasiones en las cuales la CSJN debió examinar el carácter remunerativo o no remunerativo de suplementos abonados en el marco de las relaciones de derecho laboral privado, se hizo uso de otro tipo de razonamientos, normas y principios. Así, podemos destacar la invocación permanente del bloque de constitucionalidad que, en materia laboral, viene sentando estándares importantes.

En tal sentido, en los casos más destacados en la materia, “Della Blanca” (1998)⁷⁵, “Pérez” (2009)⁷⁶, “González” (2010)⁷⁷ y “Díaz” (2013)⁷⁸, se han invocado las siguientes fuentes: CN (arts.

73 Allí, los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay señalaron que “más allá de la calificación dada al creárselo, no cabe negar la esencia salarial o compensatoria, cuando resulte de la contraprestación que retribuye y de las condiciones de habitualidad y **libre disponibilidad** establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser objeto de examen en las instancias pertinentes (art. 280, último párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (conf. consid. 22, el destacado es propio).

74 Allí, nuevamente, los Dres. Petracchi, Zaffaroni y Argibay indicaron que “[m]ás allá de la calificación dada al crearse un suplemento, no cabe negar su esencia salarial cuando resulte de la contraprestación que retribuye y de las condiciones de habitualidad y **libre disponibilidad** establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser examinados en las instancias ordinarias pertinentes (conf. argumentos del voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay en la causa ‘Finocchietti’ -Fallos: 334:1172-, en especial considerando 22)” (consider. 9º, el destacado es propio).

75 CSJN, “Della Blanca, Luis Enrique y Luna, Jorge Omar c/Ind. Met. Pescarmona S.A. s/ordinario”, 24/11/1998, Fallos: 321:3123,

76 CSJN, “Pérez Anibal Raúl c/Disco S.A. s/despido”, 01/09/2009, Fallos: 332:2043.

77 CSJN, “González Martín Nicolás c/Polimat SA y otro s/despido”, 19/05/2010, Fallos: 333:699.

78 CSJN, “Díaz Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/

14 bis, 75, incs. 19 y 22); tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (DADDH, DUDH, PIDESC, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer); Convenios de la OIT (52, 95, 158); informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT; Observaciones Generales del Comité DESC, entre otras.

A su vez, se han invocado los siguientes principios laborales: protectorio y de realidad; así como los derechos a la dignidad y en particular la dignidad del trabajador, a una retribución justa, a un salario mínimo vital, a una igual remuneración por igual tarea, a una participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa, al descanso y vacaciones pagados, a la protección contra el despido arbitrario, entre otros.

Por razones de brevedad no se transcribirán aquí las partes pertinentes de cada uno de los fallos, pero sí cabe señalar que se observa un detenido análisis del bloque de constitucionalidad aplicable en la materia.

III. La presunción de remuneratividad

A partir del examen efectuado hasta aquí, corresponde efectuar una propuesta sobre el modo en que sería deseable, en mi opinión, que se resolvieran las controversias suscitadas en torno a la naturaleza jurídica de sumas que abonan los/as empleadores/as a sus empleados/as pretendidamente sin carácter remunerativo. En particular, me referiré a las normas y principios que deberían emplearse para ello y, en especial, a una pauta hermenéutica que denomino “presunción de remuneratividad”.

III.1. Fuentes aplicables

En mi opinión, sería deseable que el estándar de control judicial en ambas esferas de trabajo (público y privado) se resolviera aplicando normas de jerarquía superior (constitucional y supra-legal) por sobre fuentes de jerarquía inferior (legal e infra-legal), por imperio de lo dispuesto en los art. 31 y 75 inc. 22 de la CN y art. 27 de la

despido”, 04/06/2013, Fallos: 336:593.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Asimismo, sería provechoso, a mi entender, que en el ejercicio de dicha tarea se aplicaran los mismos principios y reglas aplicables a la materia, tanto laborales (principio protectorio, regla de la aplicación de la norma más favorable, regla de la condición más beneficiosa, principio de irrenunciabilidad, indemnidad, principio de primacía de la realidad, principio de buena fe, el trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional; el bienestar general con principio de justicia social; el principio de progresividad; y la seguridad económica al trabajo asalariado), como de la seguridad social (solidaridad, integralidad, universalidad), administrativos (prevalencia del interés general) y sociales (*justitia socialis*, progresividad y no regresividad, bienestar general).

III.2. Hermenéutica propuesta. La “presunción de remuneratividad”

El estudio acerca de la naturaleza jurídica es una herramienta de análisis desarrollada por la filosofía del derecho que sirve para conocer la ontología de un instituto jurídico, sobre la base de cuya dilucidación se asignarán determinadas consecuencias jurídicas. Su esclarecimiento, además, sirve para comprender, distinguir y comparar.

En algunos casos, su determinación viene dada por la norma. En otros, existe una ausencia de definición normativa⁷⁹. Sin embargo, la calificación legal de un instituto no es un elemento determinante para la elucidación de tal cuestión, pues “lo que define la naturaleza jurídica de una institución son los elementos que realmente la constituyen y las facultades que le otorga la ley, cualquiera sea el nombre que el legislador o los particulares le atribuyen”⁸⁰.

En tal sentido, la CSJN señaló que “el carácter ‘no retributivo’ que el texto legal establece para los citados adicionales, no puede erigirse

79 Así, por ejemplo, si una ley determina que se abonará un “adicional no remunerativo”, ello implica una afirmación sobre la naturaleza jurídica de dicho adicional, esto es: que no integra el salario. En cambio, si la ley estipula que se abonará un “adicional”, no estamos ante definición alguna sobre su naturaleza jurídica por parte del/de la legislador/a.

80 CSJN, “*Colegio de Médicos de la Segunda Circunscripción (Santa Fe) c/ Sialle Mario*”, 08/04/1957, Fallos: 237:397, reiterado en múltiples ocasiones.

en obstáculo para su consideración a los fines de la determinación del haber jubilatorio”, y que “[l]a circunstancia de que la ley emplee términos ambiguos, no puede llevar a interpretaciones incompatibles con la cautela con la que corresponde examinar las cuestiones vinculadas con los beneficios previsionales [...]”⁸¹. Asimismo, afirmó que “[l]a mención de ‘asignación no remunerativa’, resulta poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido, en cuanto pretende negar la naturaleza del adicional que está creando, esto es su carácter remunerativo”⁸².

Ahora bien, a mi modo de ver corresponde adoptar una hermenéutica restrictiva a la hora de evaluar si una suma de dinero, abonada en el marco de una relación laboral, por parte del/de la empleador/a a su empleado/a, sea pública o privada, puede en efecto carecer de carácter remunerativo. Considero que cuando un/a empleador/a abona a su empleado/a una suma de dinero, en el marco de su relación laboral, debe presumirse su carácter remunerativo. Ello conlleva, asimismo, la presunción de inconstitucionalidad de la norma que así la consagró, cualquiera haya sido su fuente de creación, esto es, una ley, un decreto, un acta paritaria u otra.

En virtud de dicha “presunción de remuneratividad”, en caso de controversia, debe ser quien la abona, la parte que deberá argumentar y probar el carácter no remunerativo de la suma de dinero así abonada. Dicha carga probatoria, entonces, consistirá en demostrar que su pago obedeció a alguna hipótesis ajena a dicha situación (v.g. reintegro de gastos o asignaciones familiares)⁸³. En este sentido se han expedido ya otros autores (v.g. Bustos Bruzzone & Sasso, 2013:313-314)⁸⁴.

81 CSJN, “*Piccirilli, Ricardo*”, 27/06/1989, Fallos: 312:1061.

82 CSJN, “*Piccirilli, Ricardo H. y otro c/Estado Nacional (P.E.N.) s/cobro*”, 15/03/1989, Fallos: 312:296.

83 Esta propuesta se compadece con la regla prevista en el art. 60 de la LCT según la cual “[e]n los casos en que se controvierta el monto o cobro de remuneraciones, la prueba contraria a la reclamación en juicio del trabajador corresponderá al empleador demandado. Lo dispuesto no excluye la demostración por el trabajador del hecho que dio origen al crédito”.

84 Al referirse a las “gratificaciones” dijeron que “dado que el fundamento para el reconocimiento del rubro tiene como soporte esencial la existencia de un contrato de trabajo, se presume que la causa de dicho pago es justamente la vinculación laboral, y que el pago es compensatorio de la labor prestada, o de su mera disponibilidad, permitiéndonos sostener conceptualmente su carácter salarial, al menos en tanto no se acredite un supuesto por el cual la causa del

Sobre este punto, cabe recordar que el criterio hermenéutico propuesto no es más que la aplicación concreta de los principios sintetizados por la CSJN en “ATE”, en especial: la consideración del/ de la trabajador/a como sujeto de preferente tutela constitucional, el principio de progresividad, que impone una fuerte presunción contraria a medidas regresivas y la seguridad económica al trabajo asalariado⁸⁵.

De tal modo, la “presunción de remuneratividad” constituiría un sub-principio de aquellos principios arriba mencionados, de naturaleza interpretativa, en el marco de una controversia sobre la verdadera naturaleza jurídica de una suma pretendidamente no remunerativa, abonada por un/a empleador/a a su empleado/a con motivo de la relación laboral que los/las une.

Por último, me interesa destacar que la propuesta hermenéutica propuesta pretende brindar una herramienta interpretativa que permita al Poder Judicial ejercer un rol activo en el desmantelamiento de prácticas que generan o perpetúan un sometimiento de un determinado grupo de personas -en este caso, los y las trabajadores/as- que, por tal carácter, ostentan una posición de desventaja estructural.

Asimismo, dado que este tipo de conflictos suele dirimirse en la justicia contencioso administrativa, considero que la adopción de este criterio hermenéutico podría servir para terminar de reafirmar el compromiso del derecho administrativo con el paradigma del constitucionalismo social y de los derechos humanos en todos los rincones de su disciplina.

IV. COLOFÓN

En virtud de lo analizado a lo largo de este trabajo, es dable concluir que el abordaje jurisprudencial de la CSJN sobre la naturaleza jurídica de las “sumas no remunerativas” en el Derecho del Empleo Público debe acompasarse a los tiempos que corren y superar concepciones largamente arraigadas, relacionadas con la unilateralidad del vínculo y su concepción estatutaria, así como con cierta resistencia a incorporar fuentes provenientes de otras ramas jurídicas.

otorgamiento tenga que ver con hechos o circunstancias absolutamente ajenas a la relación laboral”, y la carga de acreditarlo recae en el “agente pagador”.

85 CSJN, “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de Inconstitucionalidad”, 18/06/2013, Fallos: 336:672, consid. 9º.

Así, la selección de fuentes a emplearse para resolver estos casos debe priorizar aquellas de mayor jerarquía, aprovechando los aportes científicos de experto/as en la materia, provenientes de los ámbitos internacionales de derechos humanos y de la OIT.

En particular, resulta necesario unificar criterios con el modo de resolver en estos casos en las relaciones laborales privadas, puesto que, en definitiva, el sujeto preferentemente protegido es uno solo: el y la trabajador/a asalariado/a. No se trata de ignorar lo que los regímenes particulares establecen para determinados/as agentes públicos/as, sino de comenzar el análisis por las fuentes de jerarquía constitucional, para luego llegar a las de menor jerarquía.

Finalmente, considero que en los casos donde hubiere controversia entre las partes acerca de la verdadera naturaleza jurídica de una suma abonada con carácter pretendidamente no remunerativo, será útil la hermenéutica propuesta, que denomino “presunción de remuneratividad”. Ella consiste en presumir la inconstitucionalidad de la norma de creación (cualquiera sea su origen) y que aquella suma es remunerativa, invirtiendo así la carga argumentativa y probatoria respecto de su carácter no remunerativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Seco, Ricardo Francisco (2015), *La remuneración de los trabajadores en el Derecho del Trabajo Argentino*, 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Bustos Bruzzone, María Marta & Fernández Sasso, Gonzalo (2013), “Clases de salario. El salario mínimo. Contraprestaciones no salariales. Conceptos discutidos. Los beneficios sociales”, en Rodríguez Mancini, Jorge (Dir.), *Remuneraciones*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fedye.
- Rodríguez Mancini, Jorge -Dir.- (2013), *Remuneraciones*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fedye.

