

Nº5

OTOÑO 2021

REVISTA de la ESCUELA del CUERPO de ABOGADOS del ESTADO

ISSN 2718-7187

[www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)
[/procuraciondeltesoro/ecae](http://procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)
[/revista-electronica](http://procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)



ecae
Escuela del Cuerpo
de Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

Nº5

OTOÑO 2021

REVISTA de la ESCUELA del CUERPO de ABOGADOS del ESTADO

ISSN 2718-7187

[www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)
[/procuraciondeltesoro/ecae](http://procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)
[/revista-electronica](http://procuraciondeltesoro/ecae/revista-electronica)



ecae
Escuela del Cuerpo
de Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

Escuela del Cuerpo de Abogados 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 ECAE

Versión digital

ISSN 2718-7187

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723.

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. AYLÉN 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

CORRECTOR GENERAL

DR. DAVID KRONZONAS (ECAE)
dkronzonas@ptn.gob.ar

DIRECCIÓN PEDAGÓGICA

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

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

LIC. JAVIER F. LUNA • ESTUDIO MELHIBE
javhluna@gmail.com

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 Zaffaroni

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. Analia 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

ÍNDICE

EDITORIAL	13
Presentación. Cómo evitar la deformación de los conceptos <i>Por Guido Leonardo Croxatto</i>	15
DOCTRINA	33
Reconceptualizando el principio de igualdad sustancial y su incidencia en las acciones positivas del Estado Nacional . <i>Por Eliana M. Villagra</i>	35
Aborto. Políticas públicas en materia de Derechos Humanos sexuales y (no) reproductivos	53
<i>Por Camila Denise Beguiristain</i>	
La inhibitoria en las causas en las que interviene el Estado Nacional	76
<i>Por José Ignacio López</i>	
Administración y Ambiente. La flexibilización de los principios administrativos frente al derecho al ambiente sano	92
<i>Por M. Cecilia Tello Roldan</i>	
El Derecho Internacional Ambiental.....	105
<i>Por Ana María Jaime</i>	
<i>Malapportionment</i> en la Cámara de Diputados de la República Argentina. “Encuentro Vecinal Córdoba c/Cámara de Diputados y otros”.....	141
<i>Por Sofía Mola</i>	
Las bases de la responsabilidad del Estado	155
<i>Por Patricio Marcelo E. Sammartino</i>	



**COMENTARIO A JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES
DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN .. 239**

El caso “Juliana” y el principio de equidad intergeneracional.
Reflexiones en relación a su recepción en el sistema jurídico
argentino 241

Por Lorena Eva Dasenchich

INVESTIGACIONES 261

Contrataciones públicas en el exterior 263

*Por Víctor A. Malavolta, María F. M. Robledo,
Silvia García, Fernando De Vega, Liliana M. Mendez*

El Sistema Disciplinario Militar y las garantías procesales,
según los estándares del Sistema Interamericano de
Derechos Humanos 281

Por Ariel Panzini

La naturaleza jurídica del acuerdo conclusivo voluntario ... 322

Por Eugenio Sideris

Prima de riesgo y deuda pública 348

Por Raúl A. Rodríguez, Fernanda Portela, María Belén Jose

**EXPERIENCIAS Y DOCTRINAS DEL CUERPO
DE ABOGADOS/AS DEL ESTADO 371**

Kafka, abogado del Estado 373

Por Horacio Goett

DOSSIER. UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN UNA LECTURA DESDE EL DERECHO, LA CIENCIA POLÍTICA Y LA SOCIOLOGÍA. UNA AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE BATALLA	381
Introducción	383
<i>Por Héctor S. Mazzei</i>	
Los patrones problemáticos de gestión estatal nacional de la Argentina desde el punto de vista de sus protagonistas. Un estudio exploratorio (2010-2016)	390
<i>Por Luciano Andrenacci</i>	
Expedientes, personas y agencia. Una mirada etnográfica sobre las prácticas de producción y circulación del saber en la Corte Suprema argentina	425
<i>Por Leticia Barrera</i>	
El desafío de la cooperación y la coordinación estatal en un escenario organizacional diversificado.	457
<i>Por Julián Bertranou</i>	
Políticos profesionales, ¿pero de qué tipo? Recursos y destrezas de los “armadores políticos” ante sus diferentes públicos	494
<i>Por Mariana Gené</i>	
Ley y justicia en la trinchera estatal. Experiencias de inspectores laborales en Buenos Aires.	526
<i>Por Luisina Perelmiter</i>	
¿Qué Provincias se Benefician durante los Períodos de Centralización y Descentralización en Argentina?	551
<i>Por Lucas González</i>	
El rol del Convenio de la OIT sobre trabajo doméstico en las reformas legislativas en América Latina. Un estudio comparado de la regulación relativa al tiempo de trabajo y las remuneraciones en Argentina, Chile y Paraguay	589
<i>Por Lorena Poblete</i>	



EDITORIAL

GUIDO LEONARDO CROXATTO

PRESENTACIÓN

CÓMO EVITAR LA DEFORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS

GUIDO LEONARDO CROXATTO¹
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 15-32

I. CÓMO PASAMOS DE LA ANTI METAFÍSICA DEL CÍRCULO DE VIENA A LA “SALVACIÓN UNIVERSAL”

Hace tiempo que el logicismo, de Frege a Russell, intentó poner algo de orden (lógico) en nuestro pensamiento. Bertolt Brecht, en otro registro teatral, en las tertulias eternas del Berliner Ensemble, decía que había que aprender a pensar crudamente. Ambas cosas, ambos objetivos, que parecen un poco disímiles entre sí, cuentan. El orden lógico (del Círculo de Viena) y la emotividad, que es la única capaz de movilizarlos a cambiar algo: cuando un Saber teórico *nos toca*.

Quisiera proponer o hacer aquí una pregunta: ¿cómo evitar la deformación de los conceptos? Nuestros debates públicos colectivos (que son tan bellos en la teoría discursiva, de Habermas, de Alexy, de Rawls, de Benhabib) carecen de cualquier orden lógico. La Asociación Mach y el Círculo de Viena se preocuparon mucho (en el siglo pasado) por la educación popular; por la formación civil: pilares del progreso social. A nosotros nos cuesta definir conceptos básicos como democracia, Estado, seguridad, desarrollo, crecimiento, economía (para no

¹ Abogado. Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.



hablar de liberal o liberalismo, dos términos vaciados y sin historia). Como abogados del Estado, tenemos la obligación de manejar bien estos conceptos. Son el suelo de nuestro trabajo.

Estamos hoy en el otro extremo de lo que temían en la entreguerra los pensadores liberales de Viena. Si antes la duda era cómo extender la formación científica al resto de la sociedad, (vencer el analfabetismo científico, que acompaña a la metafísica y a la teología social y política); hoy es tal el nivel de nuestro retroceso (Carnap, Hahn, se tomarían la cabeza) que el esfuerzo es que nosotros, como abogados y abogadas, le dediquemos algo de tiempo mísero a nuestra formación más elemental. Existe lo que algunos (Casinni, Ranea, Varotto, etc.) llaman con razón (y temor) un radical analfabetismo científico no ya en nuestra sociedad (como temía el Círculo de Viena, que se preocupaba por el nivel de formación básica del hombre “corriente”), sino en nuestros propios científicos sociales y profesionales “liberales”, cuando no en nuestros más encumbrados Hombres y Mujeres de Estado. Ni los dirigentes saben de ciencia. La ciencia no es lo que el Círculo de Viena proyectó hace ya casi un siglo: un lenguaje compartido y un suelo para la acción pública. Es un campo “hiperespecífico”, que la inmensa mayoría de nosotros desconoce, mira de lejos y con reserva. Tal vez este sea el incómodo núcleo de nuestro subdesarrollo constante. La razón última de nuestro atraso: el radical y masivo analfabetismo en ciencias “duras”. La falta de visión escolar en pensamiento científico y técnico. La falta de preparación científica. Necesitamos ciencia. No es inocuo este proceso: del otro lado recrudece la “metafísica”, con todas sus variantes (de autoayuda) y la teología. Las iglesias evangélicas (aunque no solamente) que prometen por doquier, en cada esquina -en Argentina, y en Brasil-, la “salvación universal”². Sería una broma divertida, capusotesca, (programas como el de Claudio María Domínguez, gente que dice que basta con “vibrar alto para que uno se pueda salvar del covid”, (...)) “cuando empezamos a vibrar sin teorizar o analizar qué nos conviene, las preocupaciones se van dispersando, se van disolviendo”³. “Vibrar alto” es un libro esotérico que

² Perez Guadalupe, J. L. y Carranza, B. (orgs.) *Novo ativisimo político no Brasil: os evangelicos do século XXI*. Río de Janeiro. Konrad Aduener Stiftung. (KAS). 2020.

³ Suarez Valente, J. *Vibrar alto*. Ed. Fera. Buenos Aires. 2019.

te invita a aumentar tu frecuencia vibracional en los cuatro elementos: Fuego, Tierra, Aire y Agua; etc., No hay que “teorizar”, no hay que “analizar”, hay que -bastaría con- “vibrar alto”⁴) si no fuera algo grave. El Círculo de Viena quería que todos supiéramos de ciencia. Este es el otro extremo. La falta de pensamiento científico condiciona (registro lunar, chakras, etc) -aunque no lo veamos, y decididamente no lo vemos con la claridad con que lo vio hace un siglo el Círculo de Viena- nuestra vida diaria. Define el tipo de sociedad que tenemos. Que queremos ser. Es el suelo fértil para el pensamiento mágico (contracara del negacionismo, de los cientos que -por ejemplo- luego no usan barbijo en la calle) y que luego se traslada a la política.

Encontramos, por otro lado (o tal vez precisamente por lo mencionado antes, por la expansión metafísica y teológica, por el retroceso a nivel social de los rudimentos lógicos y científicos empíricos más básicos, por el crecimiento de un nuevo analfabetismo social, el *crepúsculo del deber* que menciona en Francia Gilles Lipovetsky va de la mano de la cultura de la autoayuda y de la inmediatez, que hace peligrar las bases liberales, a menudo “lentas”⁵, de la democracia⁶) teorías para todo y por doquier. Teorías sobre la democracia, teorías sobre la igualdad, sobre el desarrollo. Todos parecen -parecemos- tener algo importante para decir (Sartre ha discutido este auge tramposo, también Owen Fiss, se editan libros como nunca antes, que nadie lee ni leerá nunca, este exhibicionismo desenfrenado es el negocio de las redes, donde todo es individualismo y exposición de un yo retocado). Pero detrás de ese aparente crecimiento de teorías (detrás de la industria académica androcéntrica y europeizante que nos proponen como modelo y negocio, la Academia se convierte ella misma en una industria, en una “carrera” que no incide sin embargo en el progreso social) muchas veces falta lo básico: un compromiso humano no con lo que dice el

⁴ Un filósofo ex asesor presidencial solía proponer, en esta línea, todo pensamiento “crítico”, sosteniendo que nuestros docentes se equivocaban al estimular en los niños el espíritu crítico.

⁵ Bobbio diría *procesales*.

⁶ Hay que tomar con mucho cuidado la crítica a que la justicia es demasiado “lenta”, porque lo que se propone muchas veces como camino “rápido” no siempre es mejor. Linchar personas en la vereda es más “rápido”, se presenta como una salida “por mano propia” ante la “lentitud” de la justicia.

“paper”, un compromiso con lo que nos *dice* la práctica. Y nuestra práctica es cruda, terrible. Por momentos intolerable. Nuestra gente está tirada en la vereda. Duermen en la calle tapados con cartones. Padecen delante nuestro. No se puede tolerar. No hay que aprender a tolerarlo⁷. Por más “cultos” que seamos, nos falta lo central, si no nos detenemos ante una persona tirada en una vereda. No podemos participar de esto (Galas del Colón), tenemos que interrogar y desarmar esa “cultura”. La realidad duerme en la parte de afuera con sus bolsas. Los nenes juegan con su pobreza a metros de nuestras oficinas. No se puede seguir.

II. SENTIDO Y REFERENCIA

Cuando se dice que un concepto no tiene “sentido” (pienso en Frege, que desprecia, en los albores de la filosofía analítica en Alemania, a la poesía como meras “notas de color”, en *Sentido y Referencia*⁸) se

⁷ En la posguerra, con diferentes nombres (con el auge del neoconstitucionalismo no positivista), todos los autores parecen decir lo mismo, o anhelar algo parecido: una ética “rudimentaria” (Alexy), una moral “mínima” (Adorno), un coto vedado (Valdes), una esfera de lo “indecidible” (Ferrajoli, que pide un positivismo nuevo, mejorado, “sustantivo”); todos, con diferentes conceptos, con diferente nombre, y concientes de los problemas que entraña, de un lado, el concepto de estado plenamente soberano (Schmitt), y del otro, el retorno al iusnaturalismo (que Kelsen había impugnado en su Teoría Pura del Derecho, expresión propia del Círculo de Viena, donde predominaba la anti metafísica), vuelven a buscar no un techo, sino, más bien, a partir del cambio de Radbruch (que era positivista antes de la segunda guerra mundial), un “piso”, el piso de intolerancia ante la “injusticia extrema”. La utilidad real de esta fórmula (Radbruch) no es clara. Lo que antes era “injusticia” ahora es una “injusticia extrema”. Es correr la línea de lo que no debemos “tolerar” (en nombre de la obediencia a la legalidad). Son los caminos que ha intentado la filosofía jurídica ante el horror.

⁸ Su ambicioso proyecto logicista (presente en su obra cumbre *Conceptografía*), sin embargo, terminó naufragando, como mostraron de forma crítica, en su monumental *Principia Mathematica*, Bertrand Russell y Alfred North Whitehead. Frege terminó por abandonar su propio proyecto, siendo incapaz de responder a las críticas de Russell. Las críticas de Russell (un logicista él también) no se vinculan -de todos modos- a la defensa de la poesía, muy desatada por el Círculo anti metafísico de Viena. El Círculo de Viena separa nítidamente y con rigor la “expresión” del *conocimiento*. (Carnap). Allí se genera la bisagra de lo(s) “sentido”(s). La ambigüedad del (de lo) Sentido y su “referencia” (Frege), que estamos mencionando. El “sentido” teórico y lo que es *sentido* y

puede estar perdiendo lo esencial. Lo básico. Lo primero. Esto es: que lo que dice un término o idea o trabajo o autor sea “sentido”. Que haga “sentido” (que tenga un *sentido*) quiere decir tal vez que uno *sienta* su verdad con los huesos. No abstractamente. Si no cala en los huesos, no dice. Nos tiene que doler lo que decimos (Parresía).⁹ No se justifica ya ningún “debate” (ni académico ni político) mientras haya gente pasando hambre en nuestro país. Un plato de comida caliente o un techo valen más que 100 páginas muy bien escritas. Asumamos esto. Nuestro pobre individualismo resiliente nos conduce a la “auto” ayuda, pero la ayuda verdadera es la responsabilidad por el otro. Levinas¹⁰.

se *expresa* o vivencia. (Leamos el manifiesto del Círculo de Viena: “Los otros enunciados, a los cuales pertenecen aquellos mencionados anteriormente, se revelan a sí mismos como completamente vacíos de significado si uno los toma de la manera como los piensa el metafísico. Por supuesto que se puede a menudo reinterpretarlos como enunciados empíricos, pero en ese caso ellos pierden el contenido emotivo que es generalmente esencial para el metafísico. El metafísico y el teólogo creen, incomprendiéndose a sí mismos, afirmar algo con sus oraciones, representar un estado de cosas. Sin embargo, el análisis muestra que estas oraciones no dicen nada, sino que sólo son expresión de cierto sentimiento sobre la vida. La expresión de tal sentimiento seguramente puede ser una tarea importante en la vida. Pero el medio adecuado de expresión para ello es el arte, por ejemplo, la lírica o la música. Si en lugar de ello se escoge la apariencia lingüística de una teoría (el Derecho no es ajeno a esta crítica logicista), se corre un peligro: se simula un contenido teórico donde no radica ninguno. Si un metafísico o un teólogo desea retener el ropaje habitual del lenguaje, entonces él mismo debe darse cuenta y reconocer claramente que no proporciona ninguna representación, sino una expresión, no proporciona teoría ni comunica un conocimiento, sino poesía o mito.” (Carnap, R. “La concepción científica del mundo: El Círculo de Viena”. En REDES, Vol. 9. N. 18, Junio 2002, pp. 112-113)

⁹ Puede verse: Jaeger, W. *Paideia*. FCE. Buenos Aires. 2003. Nietzsche fue fulminante en este punto. Y tuvo razón. Por eso Sigmund Freud recomedaba en sus cartas leer con atención a Nietzsche, el último filósofo (y filólogo) grande.

¹⁰ Se invisibilizan los problemas de fondo. 42 % de pobres. Pero nos preguntamos alguna vez, mientras recibimos tablas y porcentajes, ¿qué es la pobreza?, ¿Qué vida tienen los pobres?, ¿Cómo es la libertad para un pobre? No hay libertad alguna sin una idea de igualdad. Esa idea la tiene que representar el Estado: es parte del contrato básico social. No hay (ni debe hablarse de) personas “vulnerables”, sino “vulneradas”. Este pequeño aporte, este pequeño (casi imperceptible) cambio de lenguaje propuesto en nuestro seminario *cómo defender al Estado* (que intentó destrabar la tensión liberalismo comunitarismo,

Digamos para terminar dos palabras sobre la lenta muerte de la Convención de Ginebra. Los chicos flotan solos en el Mar del mundo “civilizado” (los papás de Alan Kurdi quisieron ir a Canadá, se lo prohibieron, Canadá y Estados Unidos acaparan -por “prevención”- millones de vacunas que harían falta con urgencia en el mundo “en desarrollo”). No hay cooperación internacional. La Sociedad de las Naciones, que nace en Ginebra en 1919, producto del tratado de Versalles, fracasó porque no pudo evitar la proliferación de armas. Ganó entonces (y gana siempre) la industria bélica. No la paz. Mucho menos la “cooperación” internacional, principio rector de la seguridad colectiva que inspiró también en los años 50 a su sucesora, hoy también en crisis: la ONU. Se exportan armas. No vacunas. Se exporta siempre la violencia. No la paz. Frente a la seguridad colectiva, basada en la cooperación internacional, hoy se impone la doctrina de la seguridad nacional, basada en el proteccionismo y la “competencia” entre distintos “intereses”. Esos intereses no son una abstracción liberal, tienen nombre y apellido: enoxaparina¹¹ es uno de ellos.

misma frase que sostienen los afrodesdendientes: no soy hijo de un “esclavo”, descendiendo de una persona esclavizada), puede resultar decisivo para cambiar el eje de la discusión jurídica, volviendo a poner la mirada donde hoy no la tenemos puesta: el civismo. La responsabilidad cívica. Es muy difícil pedirle a una sociedad acostumbrada al individualismo más rapaz, que de pronto se comporte de manera “responsable” (algo tan básico: que se ponga un barbijo). La responsabilidad se construye. Con la prostitución (pésimamente llamada “trabajo”) sucede algo semejante: no existe la “prostituta”, (naturalizando sobre ella la vulneración de derechos que padece en una sociedad del patriarcado), sino la mujer *prostituída*, que no es igual. La responsabilidad de su situación no es de la persona (“enferma”, “loca”, “discapacitada”, o “vulnerable”). Des-naturalizar es una forma de reconocer. Sánchez, S. *Ninguna mujer nace para puta*. Ed. La vaca. Buenos Aires. 2000. Sonia Sanchez tuvo y tiene duras discusiones con la CTA cuando ésta le propuso el título de “trabajadora sexual”. Ella entiende a la prostitución como una violación *paga* (no como un “trabajo” y mucho menos “digno”, que se pueda “reglamentar”), y se define como una *sobreviviente* de la prostitución. Del circuito de prostitución de mujeres, que no puede muchas veces separarse del circuito de la trata. Argentina no es Dinamarca. Por esta razón defendemos el abolicionismo, el feminismo abolicionista y la construcción progresiva de una teoría feminista del Estado. Mackinnon, C. *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press. Cambridge, MA. 1989.

¹¹ “Por momentos faltan medicamentos que son esenciales para la ventilación mecánica; ahora por ejemplo falta enoxaparina y la causa es que el principal

La deformación del concepto de “seguridad” resulta notable y debe advertirse, porque es útil para entender lo que pasa después (con el pueril “anti garantismo”). Es un concepto militar que nace y se afianza durante la Guerra Fría pensado para la esfera internacional solamente. No nacional, mucho menos para la seguridad “interna”. Es un concepto militar, paralelo al arbitraje y el desarme. Este reduccionismo es nuevo. Expresa una malformación (y una inversión con su sentido originario, técnico, ya que la seguridad “nacional” se centra en la represión y el armamento para “adentro”) que el derecho internacional (que Kelsen no calificaría como tal) no ha sabido o no ha podido enfrentar con claridad teórica. Siempre nos falta algo. La deformación de los conceptos es pues uno de los mayores escollos que enfrenta el Derecho.

Quisiera aprovechar, aunque en muy pocas palabras, como dije, la introducción de este nuevo número de la revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado Argentino (ECAE), para verbalizar, destacar, mencionar y para advertir, la lenta muerte de la Convención de Ginebra. No es cualquier muerte. No es cualquier tratado. Hoy los “criminales” parece que son, paradójicamente, los que defienden el Derecho más rudimentario. Fatou Bensouda. Scott Warren (su “delito” fue dejar agua y frazadas en un desierto a chicos asustados, lo cual estaba “prohibido”), Carola Rackett (que salvó a decenas de chicos de terminar ahogados en el mar). Ellos parecen ser los verdaderos “criminales”. Los que actúan en “desobediencia”. Hay que ponerle un nombre a esta paradoja. No alcanza con hablar de la “crisis” de esto y la “crisis” de aquello. No basta ya. No alcanza con hablar de la “crisis” del derecho internacional publico o la “crisis” eterna de la criminología. Los agujeros del sistema normativo y administrativo, que nosotros cómodamente señalamos, se tragan personas. No sirve. Hay zonas “grises” (oscuras, diría) de la Administración (mientras vamos o nos dicen que vamos hacia un “derecho administrativo global”) donde el constitucionalismo desaparece. Pensemos en los chicos separados de sus padres detenidos en “campos” en la mayor democracia del planeta. Es todo “administración” política. Están solos.

proveedor de la Argentina no está entregando y extraoficialmente se ha dicho que derivó su producción a otros mercados –consideró–. Eso es un ejemplo de la desprotección en la que nos encontramos y puede extrapolarse a lo que pasa con la poca disponibilidad de vacunas”. (Infobae, 31 de marzo 2021)

Muchos han sido esposados y llevados a declarar ante un juez. Es un escándalo jurídico. No solo algo “injusto”. Nuestro constitucionalismo “progre” no habla mucho de esto. Nuestros grandes jueces, nuestros destacados profesores de derecho constitucional, miran (casi siempre) para otro lado. Nadie enfrenta lo que no hay que enfrentar. Todos pretenden hacer “carrera”. Para estar en “carrera” hay que saber callar. Lo primero que hay que saber es lo que no se debe decir.

La vacuna no es un bien público global. No es tratada de esa manera. Algunos acaparan y otros mueren. Ya no alcanzan las fosas comunes en Brasil. Cuatro mil muertos por día. Sencillo y crudo. Lo que marca el rumbo son los “intereses”, eufemismo que anula de un plumazo cualquier “derecho” internacional. Nada se contrapone al interés de un poderoso (Trasimaco). Acaparar vacunas en medio de una pandemia puede tipificar un crimen de agresión entre países y Estados, tal como figura en la redacción del Estatuto de Roma, que habilita la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, discutida por algunos países (los mismos que nunca han integrado la Sociedad de las Naciones), que ahora han avanzado un paso más: pretenden tratar como criminal a una fiscal de la Corte Penal Internacional, como es Fatou Bensouda, por querer investigar (es su deber) los crímenes de los Estados con poder (la regla es que el derecho penal internacional criminalice Estados de África, para alimentar la buena conciencia de las naciones “civilizadas”, pero nada más que eso¹²). Es un hecho tan grave como acaparar comida en un país, cuando hay hambre en el país de al lado (un hecho básico de solidaridad indicaría lo contrario, esto nos muestra lo falsa que es la “globalidad”, la “mundialización” es solo para los ricos, los que hoy malversán la enoxaparina o acaparan vacunas, la guerra de vacunas expone con crudeza esta fenómeno de muy poca-ninguna- cooperación “colectiva”, ninguna “seguridad” internacional, entre países; un fracaso de la diplomacia y de los foros globales). Y luego además criminalizar a quien alza la voz y lo denuncia. No se puede hablar. Esa es la moraleja. Sobre todo si uno pretende hacer

¹² Kai Ambos, penalista, no está de acuerdo con esta crítica, que nosotros, con Wolfgang Naucke y Danilo Zolo, sí sostenemos. La censura a Fatou Bensouda muestra cómo reaccionan los países poderosos (los que nos dicen que exportan la democracia, la libertad y el “progreso”) cuando sus propios crímenes son investigados. Cuando alguna luz cae sobre ellos.

“carrera” como abogado dentro de las estructuras burocráticas globales (y locales), la lección y el consejo que nos dan es simple: quedarse callado¹³. Cualquiera que levante un poco la cabeza, será rápidamente corrido de su lugar, como recordaba Juan Guzmán Tapia en Chile. Es una decisión que debe tomar cada abogado: dónde me voy a parar. Qué intereses defendiendo. Si me voy a atrever.

No se equivoca el Dr. Patricio Sammartino, director de la Maestría de la ECAE en convenio con UNTREF, cuando dice que no puede haber un derecho administrativo más progresista edificado sobre un derecho constitucional conservador, que es lo que hoy tenemos. Tenemos un constitucionalismo conservador. Declarativo. Muy “inteligente” a veces. Pero enfrascado en discusiones que no son reales. O no son nuestras discusiones. Nuestro es el hambre.

Lo que vemos en realidad es un síntoma de un hecho más grave: la lenta muerte de la Convención de Ginebra, a la que asistimos en rigor desde hace décadas de modo claro, sobretodo con las repetidas (aunque mal llamadas) “crisis migratorias”, con cientos de personas ahogándose en el mar Mediterráneo junto a sus hijos, cuando no separados en una frontera, construyendo cárceles o campos para menores, que quedan demorados y solos, sin sus padres, en la mayor “democracia” del mundo. Esto es hoy el derecho “administrativo”. El lento pero firme avance del lenguaje de la “administración”. Del lenguaje administrativo (Adorno). La tecnocracia administra recursos.

Scott Warren, Carola Rackett, ¡procesados y enjuiciados ellos! ¡¡¡Como criminales!!! Por “querer ayudar” exactamente como en la Alemania nazi. Ayudar era (¡y es!) un “delito”. No hay que “meterse”. Hace falta un cambio profundo y no declarativo.

Pensemos en el chico que llevaba las notas del colegio cosidas a la ropa (para que Europa viera que él era un buen estudiante, que merecía que lo aceptaran ¡porque era buen alumno!) y apareció flotando en el océano con sus notas cosidas a la ropa. Pensemos en él. El chico sirio que apareció en la costa ahogado, al que Canadá (tan “avanzado”, un país tan “ejemplar”) le había negado el ingreso. Canadá, Estados Unidos, tienen millones de vacunas guardadas en depósitos que no necesitan. Centro

¹³ Croxatto, G. L. La “carrera” judicial. En *Diario Perfil*. Buenos Aires, Marzo 2021.

y Sudamérica tienen miles de muertos sin oxígeno, haciendo cola para vivir. Para cargar un tubo de oxígeno. La desigualdad no es un juego.

III. NO SE PUEDE “NEGOCIAR”

No se puede “negociar” con todo. Negociar es una palabra -un verbo- que no cabe cuando de por medio se juega el hambre de chicos que toman mate cocido para engañar la panza antes de irse a dormir o se drogan al pie de nuestras oficinas públicas, porque no tienen comida. Vemos eso con nuestros ojos. Con eso no se “negocia”. No podemos ir a “negociar” con eso en la mesa. El acuerdo odioso con el FMI, cómplice sistemático de un endeudamiento criminal e ilegítimo en nuestros países, diría Francois Chesnais, diría Hobsbawm, expone y profundiza el subdesarrollo nacional. No alcanza ya con cuestionar la forma en que el préstamo fue entregado: hay que discutir su legitimidad jurídica¹⁴.

Lo primero que hay que saber es de dónde proviene el término “sustentable”. No viene de la economía, como se cree, viene del Derecho. Más concretamente: del derecho medio-ambiental. Se habla de “sustentable” pero es un término que la economía y las finanzas le roban al derecho medio-ambiental en los ’80, a la teoría de la dependencia, expuesta por Fernando Enrique Cardozo y Roberto Schwarz en Brasil. Surge en Río como respuesta a la primera Declaración de Estocolmo, que no hacía distinciones entre centro y periferia, escondiendo las asimetrías. Lo que significa “sustentable” es acaso lo que hay que recuperar, devolviendo ese concepto a su origen, privilegiando el desarrollo “sustentable” en sentido material, medioambiental, que trasciende el reduccionismo económico, hoy predominante. Hay que devolverle a los conceptos su sentido técnico. Usamos palabras que no conocemos¹⁵.

¹⁴ A través del decreto 239/2021 publicado en el Boletín Oficial (viernes 9 de abril 2021), el Gobierno Nacional instruyó a la Procuración del Tesoro de la Nación para que se constituya como querellante en representación del Estado en la causa en que se investiga si existió “administración fraudulenta y defraudación contra la administración pública” ante el megacrédito solicitado (en 2018) al Fondo Monetario Internacional (FMI) del cual se desembolsaron u\$s 44.500 millones.

¹⁵ Rastrear el origen de un término ayuda a entender mejor el proceso de deformación que vino después.

En el 2001, el FMI creó la Oficina de Evaluación Independiente para analizar su responsabilidad en la grave crisis argentina. La oficina “independiente” no arrojó ningún resultado. El megacanje solo sirvió para financiar la fuga de capitales del país de las empresas que habían sido privatizadas en los ‘90 (recordemos, sobretodo hoy que se honra la memoria de nuestros héroes de Malvinas, como el capitán Sergio Raúl Gómez Roca), actos de entrega de nuestra soberanía nacional: había una ley que prohibía que la gente que no fuera nacional de Argentina pudiera comprar tierras en zonas limítrofes. Menem, con el respaldo de Dromi, su inefable administrativista, además de privatizar los recursos del Estado, cambió cualquier normativa que impidiera la extranjerización constante de nuestro territorio, que desde entonces, con alguna excepción, no ha parado. Macri facilitó también este proceso de compra de suelo nacional, reformando por decreto en 2016 la ley nacional de tierras rurales, que el kirchnerismo había reforzado en 2011, con el régimen de protección al dominio nacional sobre la propiedad, posesión o tenencia de las tierras rurales.

Volvamos al 2001. EL FMI le exigió ominosamente al entonces presidente Eduardo Duhalde, en plena crisis social, que derogara la ley de subversión económica, una vieja ley de la dictadura que el organismo nunca había cuestionado. Solo le importaba una cosa (en pleno colapso económico y social): que no apareciera ningún juez valiente, capaz de procesar a algún banquero cómplice de la movida financiera. No había un solo argumento en favor de los argentinos. Nada. El FMI sólo estaba interesado en una cosa: derogar esa ley. Hay dinámicas financieras criminales (macro estafas) que quieren socavar a los Estados y empobrecer a nuestros países. Con eso no se puede “negociar”.

Hace muchos años, (y con esto en mente) Néstor Kirchner -que canceló la deuda con el FMI al mismo tiempo que Brasil y Turquía- le pidió a Roberto Lavagna que rehiciera el Análisis II del Ministerio de Economía, sobre crisis de deuda y FMI. La primera versión del informe era demasiado “light” con las responsabilidades del organismo. Lavagna (acaso el mejor ministro de Economía que tuvo nuestro país, enfocado al desarrollo y al mercado internismo) le pidió a Guillermo Nielsen, su secretario de finanzas, luego embajador en Alemania, que lo rehiciera, pero esta vez más “fuerte” (y más claro). Conozco ese informe porque terminó en mis manos y en las de Sergio Mariano Chodos, actual

director ante el FMI. Lo grave es que ese informe, a cuya redacción dedicamos con Chodos meses enteros, y que tuvo incluso un diseñador gráfico (Alejandro Torchio) nunca fue publicado. Había excusas diversas: que el informe era muy “fuerte”, que no se puede publicar “eso” en medio de una “negociación” tan “dura” (siempre estamos en el medio de alguna “negociación”, ese es el problema de base, siempre estamos atados, no podemos vivir negociando nuestra soberanía), que los banqueros con poder de lobby en el organismo iban a quedar “mal parados”, etc. Por supuesto que el informe era, como quiso Kirchner, mucho más “duro” con la responsabilidad del organismo (que emula por momentos la retórica de la vieja “Alianza para el Progreso”, de la que hoy se cumplen 60 años). Exponía memos “internos” de Anne Krueger. Pero es la única manera de no repetir errores: el pueblo debe saber para qué -y quiénes- nos “endeudan”. Hace falta un nuevo cabildo social. Memoria tiene que ver con no olvidar tampoco el eje económico de la dictadura y como el mismo se reconvierte en democracia en determinadas “condiciones” políticas (falaces e inconducentes casi siempre) para “atraer inversiones”. Nos mienten una y otra vez. Prometen “trabajo de calidad”. (“trabajo genuino”, donde genuino significa *privado*). Prometen que si somos “flexibles” y “desregulamos” (el “costo laboral”), eso redundará en una mayor “riqueza”. Falso. Tenemos que cambiar la estantería. Ya no alcanza tampoco con Joseph Stiglitz ni con sus buenos debates con Kenneth Rogoff. Hay que avanzar. No podemos usar conceptos desarrollados en otras latitudes.

Necesitamos ser mucho más claros. No “negociar” con el hambre del pueblo argentino que hoy tiene eso: frío, desolación profunda y hambre. Con eso no se “negocia”. Hay cosas que ya no podemos “negociar”. Ni nuestra soberanía, ni el hambre de nuestros pibes. No tener hambre, no revolver la basura con un alambre, no caminar kilómetros en la ciudad con los hijos, no dormir en la calle, es un derecho. Negociemos a partir de ahí. No hay nada más grave que eso para “perder”¹⁶. Recordemos, cada vez que nos sentamos a “negociar”, nombres como Sergio Raúl Gómez Roca. Tengamos por base a los que defendieron

¹⁶ Democracias de forma o democracias de fondo (Más Derecho Penal o más Derechos Sociales), es una de las formas que adopta el debate democrático actual. Una teoría del Estado que prescindiera de estos elementos críticos no será de utilidad en América Latina. Sería una teoría *formal* del Estado.

con su vida la soberanía nacional. El hambre y la soberanía (población y territorio) son cosas que ya no podemos seguir “negociando” en ninguna mesa internacional elegante. Nuestra posición tiene el mandato de ser, o de volver a ser, mucho más firme. Más concreta. Hay que pensar mejor los hilos (por donde se cortan y qué significa que se corten los hilos) de la deuda externa. Son los hilos de nuestra dependencia. De nuestra falta de soberanía¹⁷. Los hilos de nuestro subdesarrollo. Un

¹⁷ Un concepto (el de soberanía) que algunos profesores liberales (Gargarella, Ternavasio, etc.) del subdesarrollo cuestionan aquí, pero no lo harían en sus casas matricias, países también muy “liberales” que no sueltan sin embargo enclaves coloniales del siglo XXI como Malvinas, paladines del “libre comercio” pero que acaparan millones de vacunas (proteccionismo) que salvarían miles de vidas en otros países (como el nuestro) o que desconocen el estatuto de Roma. Nosotros sí defendemos ese concepto (el de soberanía nacional, reivindicamos la gesta de Obligado, aunque algunos historiadores digan que se “exagera” su importancia, que ¡San Martín! no es ni representa ningún aval “historiográfico”, que todo es parte de un gran “relato”, como si el liberalismo hambreador no lo fuera, como si la falsificación de nuestra historia no lo fuera, como si los desaparecidos hubieran “desaparecido” sin “relato”, como si no fuera contradictorio predicar la democracia liberal y luego perseguir a Fatou Bensouda). No repetimos claro el discurso que las grandes potencias nunca repiten (“libertad”, “libre migración”, “derecho internacional de los derechos humanos”, etc.) pero quieren que nosotros (para beneficio de ellos) sí repitamos como los liberales, que luego tienen un país productor de alimentos (extranjerezados) pero que tiene a su propia gente con hambre (un hambre “liberal”). En lo personal, me tomó mucho tiempo y me costó humanamente incluso entender esto: hay discursos en apariencia liberales, en apariencia “progresistas”, (con los que uno, en la teoría, no podría razonablemente desacordar) pero que son elaborados para que los repitan las colonias y que tienen el único objeto de desarmar (en todo el sentido de la expresión) a sus Estados. Un ejemplo es lo que sucedió con el concepto de “intervención humanitaria” en el Derecho: tal fue el abuso y tal fue la deformación del concepto (con el que nadie, en la teoría, puede no estar de acuerdo), que el Derecho tuvo que inventar otro: la *responsabilidad de proteger*, (R2P) nacida en Canadá. Nadie puede estar razonablemente en contra de la “Intervención Humanitaria”. Y sin embargo, ha sido tanto lo que se ha hecho en su nombre, y tan alejado de cualquier intención liberal o democrática, que se ha debido cambiar el término, correrlo del escenario. Nadie puede estar en contra de una intervención “humanitaria”. Y sin embargo, el concepto se ha deformado tanto (recordemos la doctrina de las guerras “preventivas”, cuestionada entre nosotros por Germán Bidart Campos), ha sido ariete de tantos abusos (y crímenes), que ya no se lo puede utilizar. Es lo que sucede con muchos otros conceptos deformados: Democracia, Libertad, Libre Mercado, Oportunidad, Justicia, Libre Acceso,

país rico, enorme, y con muy poca gente, pero que tiene hambre. Es inaudito. Como abogados del Estado, tenemos que empezar por acá. Algunos autores hablan del crimen del “maldesarrollo”. Otros, como Thomas Pogge, del crimen de la “pobreza extrema”. Pero estas miradas no han alcanzado para torcer el rumbo. Han sido justificaciones. No han logrado un programa. Se forjan varios grupos de “académicos contra la pobreza” (Academics Stand Against Poverty, ASAP, con Thomas Pogge al frente), decenas de ONG’s se movilizan contra el hambre en el mundo (*Brot für die Welt*, en Alemania, el mismo país cuyos bancos, como los bancos suizos, estuvieron involucrados en el *Nahrungsmittelspekulation*¹⁸). Pero no logramos establecer otra política¹⁹.

Paz, Desarrollo, Comercio “Justo”, “Progreso”, parecen dar cuerpo a un vocabulario vacío. La democracia, sin embargo, necesita un lenguaje. Un discurso. No se puede quedar *sin palabras*.

¹⁸ Mismos bancos internacionales (Deutsche Bank) que son contratados por nuestros países empobrecidos (nuestros Estados pobres) para “colocar” deuda externa. Especulan con los precios internacionales de la comida, (de nuestros alimentos), y luego (que exportamos materia prima), “colocan” deuda. Nos ayudan a “endeudarnos” (subordinarnos) por todo el mundo. Belgrano vio que era un contrasentido exportar materia prima (en lugar de procesarla en Argentina) y endeudarse con el importador de los alimentos. Tenemos que cortar esta cadena. El mercado de la especulación comienza con el mercado de las “aseguradoras”. La mismas que especulan con los precios de los alimentos (en el mercado de futuros, “Absicherer”) especulan con la salud privada “eficiente” y “re-asegurada” etc. Los mercados de “seguros” de salud también son mercados especulativos (como los derivados financieros), cuyos crudos resultados (lo que hay detrás de la ganancia especulativa, financiera, rápida son vidas sin acceso a la Salud) están hoy dolorosamente a la vista. Se especula con la salud, como se especula con el hambre. No se equivoca Ricardo Ffrench Davis cuando pide combatir el “financierismo” en nombre de la economía real. Esto aplica a la salud y a los alimentos. Este es el verdadero “costo” de los derechos. La ganancia que se está fugando por una puerta que no vemos. No es “caro” un sistema de salud público eficiente. “Caro” es sostener el hambre con la especulación y la fuga de divisas que se sostiene con endeudamiento sobre nuestros Estados empobrecidos al efecto. Si no combatimos la especulación financiera (de la que nuestro país es parte en varios niveles que se superponen y cuyo resultado directo es la miseria atroz que vemos en la calle), no podremos cambiar ni dar medio paso hacia adelante. Seguiremos siempre endeudados (por los sectores que privatizan nuestra comida!), negociando “la deuda”.

¹⁹ Entendemos que el concepto de política pública es una redundancia. En este sentido, puede leerse y comprenderse la crítica de Günter Frankenberg

IV. LA LIBERAD NO ES (SOLO) UN DERECHO. PRESERVAR LA SALUD POR DECRETO SÍ ES CONSTITUCIONAL

En materia de derechos constitucionales existe hace tiempo, en la jurisprudencia alemana, de enorme impacto en nuestra región, una teoría que ha ganado espacio: el principalismo jurídico.

Esta teoría de derechos humanos, de la cual Robert Alexy es uno de los referentes y cultores, entiende que los derechos no pueden ser tratados como reglas -fijas e inflexibles- sino como principios: mandatos que intentamos día a día “optimizar”, ir mejorando.

Está claro que nuestras constituciones liberales, como Roberto Gargarella ha repetido hasta el cansancio, contienen una larga lista de derechos que no se cumplen no por mala voluntad de los gobiernos, sino porque nuestro Estado no tiene los recursos necesarios para hacerlo.

Entonces, cuando se habla de la “libertad”, hay antes -en relación a ella- una larga lista de derechos “liberales” que tampoco se cumplen, sin que nadie diga nada, y hace muchas décadas que este atropello cotidiano “a la libertad” sucede delante nuestro: se viola todos los días el derecho a la salud, el derecho a la vivienda digna de miles de chicos, el derecho a la alimentación sana, el derecho al trabajo, al medio ambiente sano, a la educación, a no ser demorado por portación de estereotipo, a no estar preso sin condena, etc. Todo esto también conforma el núcleo duro de lo que llamamos una vida “libre” (y republicana). Sin embargo, no lo vemos, y no lo decimos. No verlo es parte de una operación conceptual que reduce y pervierte el significado de la “liberad” (con la “seguridad” sucede algo semejante) a una sola de sus caras. No se habla de seguridad social, alimentaria, habitacional, de no estar preso “preventivamente” (violando el debido proceso y la legalidad). No.

en Frankfurt a organismos internacionales de Derechos Humanos, como Amnistía Internacional. Hay cierta “funcionalidad” en esta crítica constante (algo que también advirtió Noam Chomsky), que no deriva nunca en una práctica transformadora. No alcanza con la “denuncia” (ni con la “crítica”), que muchas veces paradójicamente parece “calmar” un poco nuestra ansiedad de ver (producir) cambios. Por eso entendemos con Rorty y Pierce que el pragmatismo puede ser una buena filosofía. Un buen marco teórico. Una buena filosofía del Derecho.

Solo se habla de la seguridad en términos de propiedad (cuya utilidad social refrendaba la Constitución del '49, dejada de lado por un bando militar), de la seguridad "jurídica" que se reduce a la seguridad no de las personas concretas que duermen en las calles (inseguridad "jurídica" personal, sin libertad de ningún tipo), sino de las "inversiones" abstractas. La propiedad (y las finanzas) pasan así a ser más importantes que la vida, como afirma el Papa Francisco. O que la vida de ciertos sectores vulnerados (mal llamados "vulnerables", cuando la vulneración es un hecho crudo y no una potencia o una posibilidad remota, nosotros no creemos en los sectores "vulnerables", creemos si que existen sectores ya "vulnerados" en sus derechos). Es ahí donde el concepto de "libertad" se reduce, se transforma o se convierte en una trampa discursiva, más próxima al anarquismo de Thoreau (emulado por Sebrelí), que a las doctrinas liberales, que siempre pidieron, desde Locke en adelante, un Estado intervencionista y no uno prescindente en materia de igualdad (confusión habitual liberalismo y neoliberalismo o libertarismo). Y pasa a ser entendido (este concepto) no como derecho a una vida "libre" (de barreras) para todos, sino sólo de una libertad acotada (negocios privados) para determinados (pocos) sectores "libres" (los que pueden efectivamente *hacer negocios*, expresión cuestionada por Bloch: "negocios son negocios"). La libertad termina así siendo un concepto deformado y empobrecido²⁰ (una libertad "epicúrea", como propone no por accidente algún banco en su publicidad). A nadie le preocupa que las personas que revuelven la basura sean verdaderamente "libres". Cuando hablamos de "libertad" no parecemos (no queremos) hablar de eso (lo solucionamos todo diciendo que son "pobres", **pero la pobreza también es inconstitucional!**). A esta deformación jurídica (sobre la libertad) se suma luego otra: la del discurso que se dice (¡por error!) "republicano". La libertad que se defiende, cuando se reclaman derechos individuales (eje del discurso opositor al gobierno, eje de los jóvenes "republicanos"), es la versión liberal, no republicana, de la libertad. La lectura republicana prioriza siempre lo colectivo (la salud pública) por sobre lo individual. Defiende (Rousseau) medidas de fuerza "pública". Prioriza los derechos sociales, colectivos, (el todo "público") por sobre

²⁰ Gargarella, R. La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión, en *Revista Lecciones y Ensayos*, N. 77, Buenos Aires. 2002.

el derecho civil (el interés privado) de una persona. Por eso la versión republicana (que defiende Gargarella, y nosotros también defendemos²¹) protege los piquetes como formas sociales de la “libertad” de expresión. También medidas de fuerza pública para defender la salud pública. Aunque otros vean esta “libertad” como un “freno” (colectivo) a su propia libertad (individual) de circular, abrir un bar o hacer una fiesta clandestina. La “libertad pública” es la libertad republicana (la que nos muestra que la libertad no es solo un “derecho” que yo tengo, sino también o sobretodo un “deber”, un deber de cuidado con el otro, ¡un deber que hemos olvidado! esa es la libertad republicana, la versión liberal ve solo el propio “derecho” civil individual, propio, la versión republicana en cambio ve ante todo en la libertad ¡un deber!, no solo un derecho). Es decir, hay muchas “libertades” en juego. O la libertad que proclamamos tiene muchas caras. No solo una.

²¹ Lipovetsky, G. *El crepúsculo del deber: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Ed. Anagrama. Madrid. 1992. La idea de derecho subjetivo nace con el liberalismo político. Frente a este viejo liberalismo igualitario (político), es que nace o se opone el “nuevo” liberalismo económico, (neoliberalismo) que es conservador, quiere un Estado mínimo: el neoliberalismo es –a diferencia del viejo liberalismo político (de Locke)- un liberalismo “no igualitario”. Este nuevo liberalismo económico (financiero, donde lo único realmente “libre” son las finanzas y los “negocios”) denuesta la sola idea de derecho subjetivo, como algo natural o inherente en cada persona (a defender por el Estado, que precisamente se debe “achicar”, ya que no importa esa tarea que era medular en el “viejo” liberalismo “político”, que el neoliberalismo de Friedman desarma). Para el neo-liberalismo (económico) es cuestión de que cada uno pueda “ganarse la vida”, conquistando, con su propio esfuerzo y mérito, su libertad de *elegir*. Pero la inmensa mayoría no tiene desde que nace nada para *elegir*. Solo el hambre. Solo puede *elegir* en la medida en que cuenta con determinados *derechos*. El viejo liberalismo “político” (de Locke) parece más inteligente, en la medida en que comprende en serio la autonomía civil, como suelo moral y material del Estado y la sociedad. Por eso Locke está con Harrington. Por eso ambos se separan del pensamiento de Hobbes, cuyo Leviatán autoritario es muy “moderno” y “eficiente”, en la medida en que su visión estrecha de la libertad (como no interferencia) es la base sobre la que se sostiene luego el culto neoliberal del Estado “mínimo” y lo público como una “carga” pesada, el compromiso como un “costo” (social, o laboral, no sus derechos) que debe quedar lejos (del otro lado del muro del country, fugando fuera del Estado todas las divisas, a *paraísos* fiscales). El “paraíso” fiscal (guardadas oscuras, como afirma Gordon Brown) es el final de toda República.

Esto nos demuestra otro aspecto central de la teoría de Alexy: siempre los jueces (y dirigentes) están “ponderando”. No hay reglas fijas y absolutas. Hay que evaluar cada caso. Nuestro caso (la supuesta “restricción” de derechos para preservar la vida y la salud, como cuando se “restringe derechos” a la circulación para defender la libertad de expresión) es nada menos que ¡una pandemia!

El DNU que restringe la circulación es pues constitucional y necesario. La discusión planteada alrededor de la constitucionalidad de los DNU, sin embargo, es positiva y necesaria y los juristas hacen muy bien en plantearla, porque es cierto que ningún país serio puede estar treinta años bajo estado de “necesidad y urgencia” permanente. Eso sí es una amenaza al orden republicano. **Pero preservar la salud pública por decreto sí es constitucional.**

Es cierto, como advierte el profesor Antonio Hernández, que la constitución no se suspende en la emergencia²². Pero eso no quiere decir que sea inconstitucional, como cree el autor, un decreto presidencial en medio de una pandemia (pocas situaciones son o parecen más “excepcionales”, críticas y urgentes que una pandemia) para preservar la salud pública, acaso el primer y mayor cometido de cualquier Administración y Gobierno. Preservar el derecho a la vida y a la salud. En la crítica se disimula o esconde, como hemos visto, otra cosa: una versión recortada -o deformada- del concepto libertad.

²² Hernández, A. “Restringir las libertades por decreto”. Buenos Aires, *Clarín*, 16 de abril 2021.



DOCTRINA

ELIANA M. VILLAGRA

CAMILA DENISE BEGUIRISTAIN

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ

M. CECILIA TELLO ROLDAN

ANA MARÍA JAIME

SOFÍA MOLA

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO

RECONCEPTUALIZANDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL Y SU INCIDENCIA EN LAS ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO NACIONAL¹

ELIANA M. VILLAGRA²

Instituto Nacional de Asociativismo
y Economía Social (INAES) - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 35-52

Recibido: 16/12/2020 - Aceptado: 7/3/2021

Resumen: El principio de igualdad guarda directa relación con las medidas positivas previstas en nuestra Constitución Nacional desde 1994, y el derecho internacional de los derechos humanos profundizó los alcances de dicho principio en distintos instrumentos internacionales. Sin embargo, la implementación de este tipo de tutela preferencial no ha sido pacífica y se han generado tensiones formulándose discrepancias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, los debates han llevado a una suerte de reconceptualización que ha generado avances concretos en el abordaje y adopción de las medidas positivas, y en dicha reconceptualización del principio de igualdad comienza a

¹ El presente ensayo fue presentado por la autora, Eliana M. Villagra, en diciembre de 2020, en la Diplomatura Superior en Abogacía del Estado, Orientación en Asesoramiento Jurídico del Estado PROFAE, de la Escuela de Abogados del Estado (ECAE), de la Procuración del Tesoro de la Nación. Al texto original se le han agregado algunas notas y referencias que habían sido suprimidas en su momento por falta de espacio, y algunas correcciones mínimas pertinentes.

² Abogada y Medidora Prejudicial; Maestranda en la Maestría en Derecho Humanos Universidad Nacional de Lanús (UNLa); Asesora legal del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), Ministerio de Desarrollo Productivo, Argentina.



aparecer la noción de “igualdad estructural” frente a la visión liberal de igualdad ante la ley. Siendo que subsiste el debate, cabe plantearse si, ¿el debate puede seguir perpetuando el cercenamiento de los derechos fundamentales de los grupos que histórica y sistemáticamente han sido excluidos y postergados?; y si se perpetua, ¿Qué ocurre con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, respecto a la adopción inmediata de medidas positivas? El presente ensayo analiza el principio de igualdad desde el enfoque de los derechos humanos, indagando a través de la jurisprudencia y doctrina para contribuir en el avance y aplicación de las medidas positivas.

Palabras clave: discriminación positiva; principio de igualdad sustancial; políticas públicas; enfoque de derechos

Abstract: The principle of equality is directly related to the positive measures provided by our National Constitution since 1994, and international human rights law has deepened the scope of this principle in various international instruments. However, the implementation of this type of preferential guardianship has not been peaceful and tensions have arisen, formulating discrepancies in both doctrine and jurisprudence. Therefore, debates have led to a sort of reconceptualization that has generated specific advances regarding the approach and adoption of the positive measures, and in this reconceptualization of the principle of equality the notion of “structural equality” has begun to show up as opposed to the liberal vision of equality before the law. Given that the debate continues, it is worth asking whether the debate can continue to perpetuate the curtailment of the fundamental rights of groups that have been historically and systematically excluded and neglected, and if it is so, what happens with the international obligations assumed by the Argentine State regarding the immediate adoption of positive measures? This essay analyzes the principle of equality from a human rights approach, digging through jurisprudence and doctrine to contribute towards the advancement and implementation of positive measures.

Keywords: positive discrimination; principle of substantial equality; public politics; rights approach

INTRODUCCIÓN

La modificación de la Constitución Nacional en 1994 consolidó y reconoció con jerarquía constitucional el corpus iuris del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos, receptando en el artículo 75 inciso 22, Declaraciones, Tratados y Pactos Internacionales sobre los derechos humanos que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías de la primera parte de dicha Carta Magna.

Por otra parte, se incorporó en el inciso 23 las denominadas medidas de acción positiva que tienen como objeto el establecer la igualdad real de oportunidades y de trato, para el pleno goce y ejercicio de derechos de determinados sujetos de derecho, en especial de niños, las mujeres, ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23). Generalmente descriptas como medidas de impulso y promoción, estas acciones positivas tienen por objeto establecer la igualdad frente a las desigualdades que existen de hecho, permitiendo igualar las oportunidades de grupos que históricamente han sido excluidos, o que se encuentra en una situación de desventaja en la sociedad. Las medidas positivas vienen a tomar en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario, atribuyéndoles una ventaja a través de la discriminación positiva y posibilitando de esta manera, el acceso al pleno ejercicio y goce de sus derechos (Kemelmajer de Carlucci, 2001)

El principio de igualdad comporta un concepto íntimamente relacionado con las acciones positivas, y se encuentra previsto como derecho en los artículos 16, 37, y 75 inc. 2, 19, y los incisos ya mencionados, 22 y 23 de la Constitución Nacional. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos profundizó los alcances del principio de igualdad en los distintos instrumentos internacionales³,

³ Entre las que encontramos: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2° y 3°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). también es lo incorpora en instrumentos que abordan la problemática en campos específicos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2°, 3°, 5° a 16), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2°), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la *Convención Interamericana* sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas *Mayores*. Otros instrumentos

y los órganos de protección de los derechos humanos se han pronunciado al respecto.

Ahora bien, desde la modificación de la Carta Magna hasta el presente, la implementación de este tipo de medida de tutela preferencial no ha sido pacífica, dado que se han generado algunas situaciones de tensión o conflicto con otros derechos fundamentales pertenecientes a otras personas que pueden no ser del colectivo, formulándose discrepancias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Estos debates llevaron una suerte de reconceptualización del principio de igualdad que ha generado avances concretos en el abordaje y adopción de medidas positivas más acorde con el denominado enfoque de derechos⁴. En tal sentido, en la reconceptualización del principio de igualdad comienza a aparecer la noción de “igualdad estructural” que, a diferencia de la visión liberal de igualdad ante la ley, reconoce la existencia de ciertos sectores de la población que están en desventaja, excluidos y postergados en el acceso al pleno ejercicio de sus derechos, consecuencia de estructuras históricas instauradas y obstáculos legales que los colocaron en una situación de vulnerabilidad. Frente a ello, es que se hace necesario que el Estado adopte medidas positivas que remuevan esas causas estructurales conforme lo previsto por el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

Siendo que subsiste el debate sobre el abordaje del concepto del principio de igualdad y sobre la conveniencia de la aplicación de medidas positivas, cabe plantearse si, ¿puede este debate seguir perpetuando

internacionales, pero con jerarquía suprallegal, son la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (adoptada bajo los auspicios de la UNESCO, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador; art. 3°), la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 6°.a).

⁴ El enfoque de derechos humanos apunta a principios, reglas y estándares que componen e integran los derechos humanos fundamentales, y los mismos sirven para establecer pautas y criterios que ayuden al diseño e implementación de políticas estratégicas de desarrollo sustentable (Pautassi, 2010).

el cercenamiento de los derechos fundamentales de los grupos que histórica y sistemáticamente han sido excluidos y postergados?; y si se perpetúa, ¿Qué ocurre con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, respecto a la adopción inmediata de medidas positivas?

El presente ensayo propone repasar brevemente el concepto de principio de igualdad sustancial, tomando los conceptos propuestos por Saba (2013), y la relación que guardan con la aplicación de las medidas positivas y el concepto sobre “igualdad estructural”. Para ello, se comentará brevemente la evolución del concepto y su abordaje en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la postura que tienen al respecto los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos, análisis que se realizara desde el denominado enfoque de derechos y el concepto de justiciabilidad⁵.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Para poder comprender el sentido que tuvo el legislador al redactar el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional (en adelante CN), se hace imprescindible armonizar la interpretación conjuntamente con lo dispuesto por el artículo 16 CN y las convenciones internacionales que abordan la problemática de determinados sujetos de derecho en campos específicos, como la Ley N° 17.722⁶ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Ley N° 23.179⁷ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 2°, 3°, 5° a 16; la Ley

⁵ El concepto justiciabilidad remite al derecho de hacer justicia, y establece que “... Si un Estado cumple habitualmente con satisfacer determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social y económico, nadie podría afirmar que los beneficiarios por tal conducta estatal gozan de ese derecho hasta tanto se verifique si se encuentra en condiciones de demandar judicialmente dicha prestación ante un eventual incumplimiento. Ello es lo que calificará la existencia de un derecho social efectivamente protegido y garantizado” (Abramovich y Courtis, 2003).

⁶ Publicada en el Boletín Oficial, 8 de mayo de 1968. Argentina.

⁷ Publicada en el Boletín Oficial, 3 de junio de 1985. Argentina.

Nº 23.849⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; la Ley Nº 25.280⁹ Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Ley Nº 27.360¹⁰ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otras.

En lo que refiere al art. 16 CN, y como muy bien explica el Ministerio Público Fiscal (2017)¹¹, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) refirió al alcance y estableció que la igualdad ante la ley consiste en la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias¹². También expresó, que la igualdad ante la ley refiere al derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a unos de los que en iguales condiciones se concede a otros¹³. Bajo esta línea, se hace necesario realizar ciertos tratamientos diferenciados que resultan legítimos, como la Ley Nº 23.592¹⁴ (t.o.24.782¹⁵) sobre Medidas contra los Actos Discriminatorios, normativa mediante la cual no se sanciona todo tipo de discriminación sino exclusivamente aquella que menoscabe el pleno ejercicio de derechos y garantías, sobre las bases igualitarias reconocidos en la CN¹⁶.

Ahora bien, conforme la incorporación del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos mediante el art. 75 inc. 22 y lo dispuesto respecto a las medidas positivas en el inc. 23 de la Carta Magna, el paradigma de los derechos humanos ingresa para evolucionar de un concepto formal de igualdad a un concepto

⁸ Publicada en el Boletín Oficial, 8 de mayo de 1968. Argentina.

⁹ Publicada en el Boletín Oficial, 4 de agosto de 2000. Argentina.

¹⁰ Publicada en el Boletín Oficial, 31 de mayo de 2017. Argentina.

¹¹ El Ministerio Público Fiscal (2017) realizó en su colección la publicación de los principales dictámenes en materia de derechos humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período 2012 – 2017, donde explica sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación.

¹² Fallo de la CSJN 16:118.

¹³ Fallo de la CSJN 153:67.

¹⁴ Publicada en el Boletín Oficial, 5 de septiembre de 1988. Argentina.

¹⁵ Publicada en el Boletín Oficial, 3 de abril de 1997. Argentina.

¹⁶ Fallos de la CSJN 314:1531.

sustancial o material¹⁷, frente al cual Estado tiene el deber de adoptar medidas activas tendientes a remover los obstáculos que impidan de hecho la igualdad. Dicha evolución hacia una igualdad fáctica o real viene a cambiar la visión tradicional del principio de igualdad para reconceptualizarla a fin de dejar las tensiones existentes entre diversos sujetos de derechos, en especial proteger aquellos grupos y colectivos que vieron postergados el ejercicio pleno de sus derechos a lo largo de la historia, y que se vinculan con injusticias de índole socioeconómico, étnicas, raciales, de género, identidad sexual, discapacidad, etc.

Esta postura se relaciona con el concepto del enfoque de derechos, que “considera los principios y reglas de derechos humanos, provenientes tanto de las constituciones políticas de los Estados como del derecho internacional, como un marco conceptual aplicable al ámbito del desarrollo y al proceso de formulación, implementación y monitoreo de políticas públicas” (Rossi y Moro, 2014). El enfoque viene a marca un deber ser igualitarista postulando un tinte de tendencia universal, mediante un conjunto de pautas y reglas orientadoras para delimitar el contenido de los derechos, y por otra parte posibilitar el cumplimiento de las obligaciones estatales.

En tal sentido, el enfoque recepta al principio de igualdad explicando que comporta un principio transversal y un pilar fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, que se inviste como un ideario que debe regir en la acción estatal para ser aplicado en contextos sociales, culturales, económicos y políticos, generalmente signados por desigualdades estructurales originadas en los procesos históricos y modelos de desarrollo anclados bajo un excesivo énfasis

¹⁷ Entre muchos de los doctrinarios podemos mencionar a Ferrajoli (1997), quien realiza una clasificación del principio de igualdad jurídica al que le asigna dos significados: aquella concepción de la igualdad que reside en el igual valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas, sin distinción a la cual denominara “igualdad formal o política”; y otro concepto de igualdad que radica en el desvalor asociado a otras diferencias que provienen del orden económico y social que denominara “igualdad sustancial o social”, que resulta de los obstáculos que limitan de hecho la libertad e impiden el pleno desarrollo de las personas. Esta segunda conceptualización, refiere a la igualdad real de oportunidades relacionada con los rasgos de las diversas identidades de las personas, y que terminan convirtiéndose en discriminaciones sociales determinando de esta forma la desigualdad social.

en la economía de mercado, y de ahí que plantea un doble desafío para la construcción de igualdad en un plano formal y otro sustantivo. Ello implica, el papel activo estatal "... a través de un modelo de desarrollo basado en el crecimiento con inclusión social que promueve políticas tributarias y fiscales progresivas, políticas sociales universales, medidas de acción afirmativa (también llamadas de discriminación positiva) y enfoques diferenciados dirigidos a grupos históricamente excluidos y/o relegados" (Rossi y Moro, 2014).

II. LAS ACCIONES POSITIVAS ART. 75 INC. 23, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Kemelmajer de Carlucci (2001) explica que no existe un acuerdo doctrinal sobre las acciones positivas y que, a fin de poder facilitar un concepto, adopta el emanado del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa que dice que comporta "...una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales". Considera que el objetivo de dichas acciones, generalmente son el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado, y que cada plan de acción positiva puede perseguir objetivos específicos¹⁸. Explica que las acciones afirmativas tienen distinta terminología según los autores y los países, pero que resultan en algún punto análogas y para su análisis sobre las acciones positivas, indica que existen de tres visiones: la simétrica o formal (noción que resulta independiente de su contexto histórico o político),

¹⁸ En su artículo sobre "Acciones positivas" (2001), cita como ejemplo de acciones positivas específicas a los programas universitarios llevados en Estados Unidos, y que favorecen la entrada de los negros a las universidades. Dichas medidas tienen por fin mejorar el nivel profesional, social, y económico de la gente de color y formar, desde la universidad, un ámbito propicio para la ayuda solidaria entre los hombres, cualquiera que sea su raza. Esto lo toma la autora, a su vez del artículo escrito por Welch, S y Gruhl, John "*Affirmative action and minority enrollments in medial and law shools*", Michigan, de 1998, que refleja las problemáticas sociales de Estados Unidos.

la intermedia o de la igualdad de oportunidades (reconoce sombras y dificultades de la noción formal de igualdad, pero su punto de partida sigue siendo el individualismo propio de la visión simétrica), y la visión asimétrica o sustancial (donde la noción de justicia no es formal, hay que sustituirla por la de realidad y verificar que en los hechos hay grupos que surgen de igualdades y perjuicios). Esta última visión es la que comparte lo expresado por otros autores, quienes sostienen que “Cuando el Estado se mantiene neutral frente a la desigualdad o el desequilibrio social, en realidad, deja de ser neutral pues lo que hace es tomar partido por el statu quo” (Kemelmajer de Carlucci, 2001)¹⁹.

Por su parte Saba (2013), considera que las acciones afirmativas comportan políticas impulsadas desde el Estado y que tienen por finalidad revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo de ciertas prácticas o espacios, donde no puede acceder como consecuencia de distintas prácticas sociales. Entiende que este tipo de acciones requieren de la identificación de tres situaciones, las cuales deben darse para que se justifiquen. Ellas son: a) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable; b) que existan y sean identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etc.); y c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de alguno o algunos de esos ámbitos por un tiempo considerable de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice (Saba, 2013).

Explica el autor que, el artículo 75 inc. 23 CN incorporó un elemento que no estaba, o bien se hizo explícito un elemento implícito del art. 16 CN (conjuntando y armonizando el articulado de la carta magna), y que transformó en necesario combinar el “principio de no discriminación” con “el principio de no sometimiento”. En esta instancia es donde se hace imprescindible distinguir los conceptos sobre un nuevo entendimiento de la garantía de igualdad conforme a la denominada “igualdad estructural”, que se fundamenta en la necesidad de

¹⁹ La autora toma lo expresado por Maidowski, citado a su vez por Rey Martínez, Fernando en “El derecho a no ser discriminado en razón del sexo”, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1995.

transformar las condiciones estructurales históricamente existentes y que determinan la desigualdad en el acceso a derechos vinculados con injusticias de índole socioeconómico, étnicas, raciales, de género, identidad sexual, discapacidad, etc.

Siguiendo la idea de Saba (2013), el principio de no discriminación está construido sobre el estándar de razonabilidad y se funda en la idea de la capacidad de ignorar aquellas condiciones irrelevantes para el fin de la selección o de la regulación, lo que asegura la neutralidad en la toma de decisiones por parte del Estado, y donde la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines. En tal sentido, el autor explica que lleva implícito el principio de razonabilidad y que debe entenderse como una expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, remarcando que no considera el tomar en cuenta la situación que afecta de hecho a aquellas personas que forman parte de ciertos grupos, histórica y sistemáticamente excluidos, situación que sí se contempla en el concepto que denomina “principio al no sometimiento”.

A su vez, basándose en Owen Fiss²⁰, el autor entiende que la finalidad del “principio de no discriminación” es identificar qué líneas o distinciones son permisibles para realizar una discriminación, siendo las únicas distinciones las prohibidas, que son aquellas que resulten ser arbitrarias. Aquí es donde ingresan los conceptos del “escrutinio estricto”, mediante el cual se pone de relieve el nacimiento del test de razonabilidad²¹, bajo el cual se sostiene la presunción de inconstitucionalidad de una

²⁰ Según Owen Fiss (1997), el principio de no discriminación se construye en tres pasos: 1°) Reduce el ideal de la igualdad al principio de igualdad de trato, donde las situaciones similares deben ser tratadas en forma similar; 2°) el principio de no discriminación exige como necesario considerar un hecho aceptable que el estado deba hacer distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente a como trata a otras. Lo único que no se permite son las distinciones arbitrarias; 3°) el método que debe seguir el juez para determinar cuándo la distinción es arbitraria, tiene dos fases: a) la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada; y b) considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona con el fin o propósito que persigue el estado.

²¹ En el fallo “Repetto”, los ministros Petracchi y Bacqué, refieren a dicho test de razonabilidad, y postulan la existencia de una contraposición entre la

norma discriminatoria respecto de los derechos reconocidos en la CN, y se trató en el fallo de la CSJN “Repetto”²².

En esta línea se encuentran las denominadas “categorías sospechosas”; que es un tipo de análisis comparable con el anterior y que sugirió la existencia de ciertas categorías respecto de las cuales no sería apropiada la presunción general de constitucionalidad de ciertas leyes. Este es un examen aplicado por la Corte norteamericana en el año 1944, sobre un caso vinculado con clasificaciones basadas en la raza y el origen nacional²³.

Repasando brevemente el recorrido jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, la doctrina tradicional ha referido al control de razonabilidad señalando que, cuando se cuestiona la validez constitucional de una norma, debe acreditarse su irrazonabilidad. En tal sentido la argumentación debe versar sobre los siguientes aspectos: fines compatibles con la carta magna, y que los medios sean adecuados y proporcionales sin evaluar la existencia de medios alternativos, tal como se argumentó en el caso “Cine Callao” de 1960²⁴.

En una segunda etapa de la jurisprudencia, la Corte Suprema aplicó un examen más estricto de constitucionalidad donde frente a una norma discriminatoria, es el Estado quien debe acreditar que la misma es necesaria para alcanzar el fin perseguido, no resultando suficiente para establecer la razonabilidad de la norma la existencia de una mínima adecuación de la ley con el fin que se propone obtener. Conforme esta postura, el Estado deberá probar la finalidad de orden público y la no existencia de otra alternativa menos restrictiva de los derechos que la normativa restringe, así como el daño provocado por la restricción (Rey, 2004).

presunción de la inconstitucionalidad de la norma, y el punto de vista donde no rige tal presunción y se examina la razonabilidad de la medida cuestionada.

²² Fallo de la CSJN 311:2272.

²³ En el caso “Korematsu v. United States” 323 US 214 (1944), la Corte norteamericana sostuvo que “*Todas las restricciones que retacean los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Eso no significa que todas ellas sean inconstitucionales. Significa que los tribunales deben meterlas al escrutinio más estricto. Una necesidad pública imperiosa puede a veces justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial nunca puede justificarlas.*”

²⁴ Fallo de la CSJN 247:121.

Como se mencionó, el fallo “Repetto” marcó una nueva argumentación de la Corte Suprema que se basa en la presunción de la inconstitucionalidad de una norma que resulta discriminatoria de derechos constitucionales, y frente a ello es el Estado el que debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar la medida adoptada, no siendo suficiente justificar su razonabilidad²⁵. Luego vino el caso “Calvo y Pesini” (Fallo 321:194)²⁶ donde se aplicó un examen más estricto, y de manera posterior los casos “Hoofft”²⁷, “Gottschau”²⁸, “Reyes Aguilera”²⁹ “Mantecón Valdez”³⁰, donde los alcances de este tipo de análisis incorporó la evaluación de medios alternativos, que en principio serían ajenos al análisis de la mera razonabilidad, y guarda tres aspectos: la existencia de fines sustanciales; la existencia de medios que promuevan efectivamente esos fines; y la inexistencia de medios alternativos menos restrictivos de los derechos en juego (Treacy, 2011).

Así, la Corte Suprema comienza a realizar diferentes análisis según si se confrontaba el respeto de una norma o de una política pública, con el derecho de igualdad ante la ley, donde quien cuestiona la constitucionalidad de la norma tiene la carga de la prueba. Asimismo, también incorporó el principio de no discriminación relacionada con el “escrutinio estricto” y las “categorías sospechosas”, las cuales se involucran con las categorías incluidas en las cláusulas antidiscriminatorias de los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos.

Parte de la doctrina³¹ sostiene que la nota común de las denominadas “categorías sospechosas” refiere a un grupo vulnerable o desaventajado,

²⁵ Voto de los doctores Bacque y Petracchi, considerando 7°.

²⁶ En este caso se confrontó la validez constitucional de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ingresar a trabajar como psicóloga en un hospital público de la provincia de Córdoba, frente a lo cual la Corte Suprema sostuvo que dicha restricción era inconstitucional dado que la provincia demandada no había dado una “justificación suficiente” de la restricción contenida en la ley (Treacy, 2011).

²⁷ Fallo de la CSJN 327:5118

²⁸ Fallo de la CSJN 329:2986.

²⁹ Fallo de a CSJN 330:3853.

³⁰ Fallo de la CSJN 31:1715.

³¹ Treacy (2011) explica que estos nuevos criterios de la Corte Suprema permiten definir categorías sospechosas de inconstitucionalidad y el abordaje de la

quienes encuentran en una situación de dificultad para ejercitar plenamente sus derechos, y ello ocurre por razones de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien debido a su edad, género, estado físico o mental. Y se profundiza el análisis, cuando los motivos de discriminación se encuentran especialmente comprometidos con las prohibiciones establecidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, existiendo una presunción de que quienes pertenecen a dichas categorías se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Frente al avance doctrinario, el desarrollo normativo, el avance del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Suprema, sobre el derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, es que ha comenzado a tener más fuerza la noción de “igualdad estructural”, que como dijimos reconoce la existencia de que ciertos sectores de la población están en desventaja en cuanto a el ejercicio de sus derechos. Y que esta desproporción se debe a obstáculos legales o fácticos que históricamente se fueron estructurando, y es en base a ello que estos grupos y colectivos necesitan la urgente adopción de medidas especiales de equiparación por parte del Estado (acciones positivas).

En esta línea, es donde los conceptos comparativos de Saba (2013), entre el principio de no discriminación y el principio de no sometimiento, comienzan a marcar la importancia de entender que existe otra forma de interpretar el mandato constitucional, armonizando los artículos 16 y 75 inc. 23 CN mediante un enfoque que permite evitar los tratos desiguales por causas reconocidas como históricamente estructurales. Por ello el autor sostiene, que el principal problema para aplicar las acciones positivas por parte del Estado (conforme mandato constitucional), es la tendencia mayoritaria tanto doctrinaria como jurisprudencial en interpretar el art. 16 CN a la luz del principio de no discriminación bajo el análisis que asigna el calificativo de sospechoso a todas las categorías palmariamente irrazonables, en vez de analizar en base a la adopción del principio de no sometimiento, que se basa en causas estructurales.

cuestión, pero señala que debe tenerse en cuenta el momento histórico en que los fallos se dictaron, ya que el problema de la discriminación o la promoción de la igualdad constituyen una preocupación más reciente en la jurisprudencia la cual comenzó a manifestarse con más fuerza luego de la reforma constitucional de 1994.

IV. BREVES REFLEXIONES FINALES SOBRE UNA RECONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD SUSTANCIAL Y LA CONSECUENTE APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS ACCIONES POSITIVAS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

En base a lo brevemente expuesto, y reformulando las incógnitas iniciales: ¿Se puede superar la brecha de tensión entre los argumentos del principio de la no discriminación y la “igualdad estructural”? y de reconocerse esta reconceptualización ¿se garantiza la aplicación de las acciones positivas en las políticas públicas (sin tener que recurrir a la justicia para su cumplimiento)?

Queda en claro que existe una brecha entre el reconocimiento de la igualdad en el plano normativo y la consolidación de una igualdad sustancial en el ejercicio efectivo de los derechos, y por ello se plantea superar esta tensión permanente conforme a un cambio en el proceso de construcción política, social y económica más acorde con el enfoque de derechos. Esto nos remite al concepto de la “igualdad estructural” que difiere del concepto de igualdad sustancial, cuyos análisis por parte de la Corte Suprema generalmente se basan en el test del “escrutinio estricto” y las “categorías sospechosas”.

También podemos decir, que algunas interpretaciones sobre la reivindicación de la igualdad han establecido una palmaria contradicción, entre aquellos que sostienen la existencia de una desigualdad en la dimensión económica y social priorizando las políticas distributivas, y aquellos que entienden que la desigualdad está en la dimensión cultural e identitaria que prioriza el reconocimiento y las políticas de identidad (Rossi y Moro, 2014)³².

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) han hecho referencia del concepto, definiéndolo como “discriminación

³² En este sentido Fraser (1997) plantea que esta distinción se trata de una falsa dicotomía, donde ninguna de las dimensiones por separado resulta suficiente para construir la igualdad. Explica que es un binomio ligado tanto a la diferencia y la diversidad como a la justicia distributiva en el acceso a bienes y servicios, y plantea que la necesidad de la regulación y la intervención estatal constituyen un desafío esencial para la consolidación de democracias sustantivas con inclusión social.

estructural”, el cual enfatiza en la necesidad de realizar una valoración amplia del contexto histórico, temporal y geográfico en casos donde se presenten patrones de discriminación. Consideran que existe un deber por parte de los Estados de verificar la existencia de una situación de discriminación estructural, adoptando medidas acordes para disminuir y eliminar la situación de inferioridad o exclusión contra determinada persona o grupo de personas (CIDH, 2019)³³.

Por su parte, la Corte IDH lo ha argumentado en el caso “González y otras (‘Campo Algodonero’)”³⁴, donde se amplía y profundiza la discriminación estructura y recuerda el avance del enfoque de derecho a nivel internacional, y que debería ser receptado a nivel local.

Respecto a los conceptos analizados por Saba (2013), el “principio de no sometimiento” comprende un argumento superador sobre el principio de igualdad sustancial, y podemos decir que se encuentra conforme la línea seguida por la CIDH y la Corte IDH. En base a ello, podríamos compartir la opinión de que el principal problema de la aplicación de políticas de acciones positivas es la falta de reconocimiento expreso y la adopción del concepto de “igualdad estructural” en la normativa que comprende a los grupos y colectivos históricamente más postergados. Sin embargo, hay que reconocer que existen ciertos avances normativos y ello se puede ver en recientes sentencias de la Suprema Corte dictadas bajo el contexto de la actual pandemia, donde las acciones afirmativas comienzan a adoptar el concepto de “igualdad estructural”. Así, tras la declaración de la pandemia por COVID-19³⁵, en diversos casos se ha

³³ Así lo ha entendido la CIDH en distintos Informes temáticos, como el informe sobre “La situación de las personas afrodescendientes en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011; y en el Informe por país, resaltando el informe “La situación de los derechos humanos en la República Dominicana”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15. 31 diciembre 2015.

³⁴ Corte IDH, caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C N° 205.

³⁵ Dictado conforme la siguiente normativa: Ley N° 27.541 (B.O. 23/12/2019), los Decretos Nros. 260 del 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, 287 del 17 de marzo de 2020, 297 del 19 de marzo de 2020, 325 del 31 de marzo de 2020, 355 del 11 de abril de 2020, 408 del 26 de abril de 2020, 459 del 10 de mayo de 2020, 641 del 2 de agosto de 2020, 677 del 16 de agosto de 2020, 714 del 330 de agosto de 2020, 754 del 20 de julio de 2020, 641 del 2 de agosto de 2020, 677 del 16 de

considerado la inminente aplicación de las acciones positivas, como por ejemplo en el caso “C., J. C. c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios”³⁶, juicio que se encontraba en su etapa de ejecución de sentencia en la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, y donde se había decidido postergar el pago de la indemnización por un lapso prolongado. Como consecuencia de la decisión de la Cámara, el actor interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema, y en esta instancia se decidió revocar la sentencia de Cámara y se ordenó se dispusiera el inmediato pago de la indemnización. En los fundamentos, la Corte Suprema recordó las distintas disposiciones constitucionales y convencionales que establecen la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva en favor de los ancianos y las personas con discapacidad³⁷.

Por otra parte, y citando otro ejemplo, podemos hacer referencia al reciente Decreto PEN N° 721/2020³⁸, mediante el cual se garantiza el cupo del colectivo tras para trabajar en el Estado, y donde se expresó en sus considerandos que las medidas ahí adoptadas resultan de vital importancia para transformar el patrón estructural de desigualdad que perpetua la exclusión de esta población.

Si bien existen este tipo de acciones positivas por parte del Estado Argentino, la mayoría parecen aplicarse luego de dirimirse su justicia-bilidad ante el poder judicial, situación que pone en mayor retardo el acceso al pleno ejercicio de los derechos cercenados de estos grupos y colectivos.

agosto de 2020, 714 del 16 de agosto de 2020, 714 del 30 de agosto de 2020, 754 del 20 de septiembre de 2020, 792 del 11 de octubre de 2020, 814 del 25 de octubre de 2020 y 875 del 7 de noviembre de 2020, sus normas complementarias.

³⁶ Fallo de la CSJN, “Caldeiro, Juan Carlos c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios”, sentencia del 30 de abril de 2020.

³⁷ La CSJN sostuvo que: “*Para decidir de esta forma, en el voto de la mayoría señaló que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Asimismo, señaló que diversos pronunciamientos del Tribunal reafirmaron el derecho a la preservación de la salud y destacaron la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas.*”

³⁸ Publicado en el Boletín Oficial, el 30 de septiembre de 2020.

El adoptar y reconocer este nuevo concepto de “igualdad estructural” o el denominado “principio de igualdad no sometimiento” propuesto por Saba (2013), tal vez pueda dar soluciones inmediatas por parte del Estado, pero también puede poner en jaque ciertas dimensiones políticas, económicas y sociales existentes (y diría estructurales) dentro del Estado. Pero, en la medida en que no se reconozca, se condena a perpetuarles la desigualdad real históricamente instaurada, a los grupos y colectivos desaventajados y en situación de vulnerabilidad.

Las reflexiones sobre los conceptos tratados en este breve ensayo tal vez pueden llevar a maximizar los interrogantes, y en ese sentido el planteo de Boaventura de Sousa Santos³⁹ sobre las tres dominaciones o luchas existente en nuestra sociedad, comenzarían a mover las estructuras existentes que siguen arraigadas al colonialismo, el patriarcado y el capitalismo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Ferrajoli, Luigi (1997), “Lecciones de Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida, (2001) “Las acciones positivas”, Jueces para la democracia, disponible en www.dialnet.unrioja.es
- Rey, Sebastián Alejandro (2004), “El derecho a la igualdad, las acciones positivas y el género”, La Ley, tomo 2004-A, pp. 613-625.
- Treacy, Guillermo F. (2011), “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en Lecciones y Ensayos, nro. 89, 2011, pp. 181-216
- Nogueira, Juan Martin (2019), “Proyecciones de la Discriminación en el Derecho”, en Revista Jurídica AMFJN, nro. 4, agosto 2019.

³⁹ “La dominación social, política y cultural siempre es el resultado de una distribución desigual del poder en cuyos términos quien no tiene poder o tiene menos poder ve sus expectativas de vida limitadas o destruidas por quien tiene más poder. Esta limitación o destrucción se manifiesta de diferentes maneras: desde la discriminación hasta la exclusión, desde la marginación hasta la liquidación física, psíquica o cultural, desde la demonización hasta la invisibilización. Todas estas formas pueden reducirse a una sola: la opresión. Cuanto más desigual es la distribución del poder, mayor es la opresión” Extracto del artículo traducido y publicado en el diario Página 12, fecha 16 de octubre de 2017. Recuperado en: <https://www.pagina12.com.ar/69482-contra-la-dominacion>

- Saba, Roberto (2013), “Desigualdad estructural y acciones afirmativa”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), Fundación Equitas, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013, pp. 85-125.
- Rossi, Julieta y Moro, Javier (2014), “Ganar derechos: Lineamientos para la formulación de políticas públicas en derechos”, Serie de documentos de trabajo 2, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), septiembre de 2014.
- Fraser Nancy (1997), “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época postsocialista”, en Fraser, N. *Justicial Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Universidad de los Andes- siglo del Hombre Editores.
- Ministerio Publico Fiscal, Procuración General de la nación (2017) “Igualdad y no discriminación” Dictámenes del Ministerio Publico Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012-2017), Colección de dictámenes sobre derechos humanos, Cuadernillo 2, dirección General de Derechos Humanos, Ministerio Publico Fiscal.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos (2019), aprobado por la CIDH el 12 de febrero de 2019, OEA/Ser.L/V/II.170 Doc. 31.

ABORTO

POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS SEXUALES Y (NO) REPRODUCTIVOS

CAMILA DENISE BEGUIRISTAIN¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 53-75

Recibido: 23/2/2021 - Aceptado: 18/3/2021

Resumen: El advenimiento de los Derechos Humanos coloca en cabeza del Estado el cumplimiento de obligaciones mínimas respetuosas de la dignidad de la persona humana, que van evolucionando conforme la interpretación progresiva de los mismos. Esto ocasionó que, en materia de aborto, el derecho a la vida sea analizado de manera indivisible e interdependiente de los derechos económicos, sociales y culturales de los que son titulares las mujeres y personas gestantes. En consecuencia, las feministas comienzan a plantear en términos de justicia reproductiva el cumplimiento de los derechos humanos sexuales y (no) reproductivos para trasladarlos del espacio de lo privado y lo clandestino a obligaciones concretas del Estado en materia de salud pública. Como resultado, la sanción de la Ley N.º 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo en la República Argentina, exige abandonar un sistema violento y discriminatorio para dar lugar a la redistribución de recursos en clave de género y derechos humanos.

¹ Abogada, graduada con Diploma de Honor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata; maestranda en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata y maestranda en Género y Políticas Públicas en FLACSO Argentina.



Palabras clave: Derecho Humanos; Derechos sexuales y (no) reproductivos; aborto; políticas públicas

Abstract: The advent of Human Rights places at the head of the State the fulfillment of minimum obligations respectful of the dignity of the human person, which are evolving according to the progressive interpretation of the same. This caused that, in the matter of abortion, the right to life is analyzed in an indivisible and interdependent way of the economic, social and cultural rights of which women and pregnant persons are holders. Consequently, feminists begin to propose in terms of reproductive justice the fulfillment of sexual and (non) reproductive human rights to transfer them from the private and clandestine space to concrete obligations of the State in terms of public health. As a result, the enactment of Law No. 27,610 on Voluntary Termination of Pregnancy in the Argentine Republic requires abandoning a violent and discriminatory system to give rise to the redistribution of resources in terms of gender and human rights.

Keywords: Human Rights; Sexual and (non) reproductive rights; abortion; public politics

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de diciembre del año 2020 será recordado en la historia argentina como el día en el que la lucha feminista conquistó, nuevamente, el reconocimiento, goce y ejercicio de derechos que estaban contemplados de manera limitada y discriminatoria, al tiempo que permanecían inactivos y violados de conformidad a un sistema de subordinación de larga data.

La sanción de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (Ley IVE en adelante) en el Congreso Nacional Argentino no solo tiene efectos a nivel interno. El reconocimiento y goce de este derecho sexual y (no) reproductivo como política pública obligatoria para el Estado, trasciende sobre América Latina en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales -DESCA en lo sucesivo-.

Lo dicho anteriormente, encuentra su fundamento en la inevitable relación entre la pobreza y la garantía de los DESCAs y, entre estos

últimos y la situación de las mujeres y otras personas con capacidad de gestar². Por ello, la justicia social -y ahora también- reproductiva logró desarticular la falsa convicción de incluir la continuación -o no- del embarazo como una opción clandestina y como un derecho privado, para trasladarla, a través de la discusión democrática y participativa, a la agenda estatal.

En consecuencia, los postulados supuestamente universales de libertad e igualdad, con los que se presentaron las teorías contractuales de la modernidad, comienzan a adquirir veracidad para la realidad de las mujeres.

En lo que sigue, realizaré entonces un análisis cualitativo de la problemática, mediante un abordaje exclusivamente teórico-documental de los trabajos realizados por distintos/as académicos/as que han estudiado y aportado a la discusión.

Para ello, propongo: i) problematizar el reconocimiento del derecho al aborto como un derecho a la privacidad y una opción clandestina; ii) demostrar la politización del género, la sexualidad, la reproducción y la maternidad; iii) señalar el impacto del reconocimiento de los derechos humanos en general y de los económicos, sociales y culturales en particular, en la vida de las mujeres y de otras personas con capacidad de gestar; y, iv) exponer la fractura que produjo la sanción de la ley de IVE en la dicotomía público-privado/clandestino en la que se encontraba el aborto.

II. LA CLANDESTINIDAD Y LA PRIVACIDAD: DISCURSOS PERFORMATIVOS DE MATERNIDADES FORZADAS

En la República Argentina, el 30 de diciembre del 2020, se abandonó un sistema penal que data del año 1921. En el mismo, se preveía como regla la penalización del aborto y una serie de excepciones³ que

² La utilización del término personas con capacidad de gestar lo es en consonancia y en respeto a la Ley de Identidad de Género y a las mandas convencionales en la materia.

³ Por el artículo 16 de la Ley 27.610, se modifica el artículo 86 del Código Penal Argentino manteniendo las mismas excepciones, pero cambiando la redacción acorde al principio de no discriminación: violación, riesgo para la vida

lo hacían no punible (“modelo de causales”). Sin embargo, las mujeres amparadas en la interrupción legal del embarazo no concurrían a los sistemas de salud porque dicha práctica estaba prohibida de facto (Cartabia Groba y Hopp, 2018: 167-193), en virtud de un sistema de salud inadecuado -cuando no inexistente- y condenatorio, que era resultado de la falta de una política pública comprometida.⁴ Las causales -aunque previstas- permanecieron sin implementación efectiva hasta el comienzo de los años 70 y el posterior advenimiento de la democracia. Por lo tanto, los derechos humanos (no) reproductivos quedaron inmersos en la clandestinidad.

Paralelamente, en enero del año 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso “*Roe vs. Wade*”⁵, garantizó el derecho a decidir abortar como una opción privada dentro del derecho constitucional a la privacidad. Cuatro años después, en “*Maher vs. Roe*”⁶, la misma Corte decidió que no era obligación del gobierno cargar con los costos de los abortos no terapéuticos.

Resulta importante destacar que, a diferencia de las primeras feministas que luchaban por reformas para obtener la igualdad de las mujeres dentro de la propia y ‘natural’ esfera privada, las contemporáneas ya habían comenzado a criticar fuertemente la dicotomía público-privado. En este sentido, tal como señala Catharine MacKinnon (2018: 137-150), hablar de aborto implica discutir sobre sexualidad (puesto que la reproducción es sexual), y discutir la sexualidad es hacer referencia a las desigualdades de género. El resultado de dicha desigualdad lleva a considerar el espacio público como el espacio del hombre y el

o riesgo para la salud de la persona gestante. Boletín Oficial de la República Argentina. (2021) “*Acceso a la Interrupción voluntaria del embarazo*”. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239807/20210115>.

⁴ La inexistencia de una política de salud pública en materia de derechos reproductivos se sostuvo aún con posterioridad al fallo F.A.L por el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dispuso la constitucionalidad de la previsión de las causales en el Código Penal. En consecuencia, la garantía de poder acceder a dicha práctica, dependía de la Provincia u Hospital al que se concurría.

⁵ “*Roe. V. Wade*”, 410, U.S. 113 (1973).

⁶ “*Maher V. Roe*”, 432, U.S. 464 (1977)

privado como el espacio de la mujer⁷; y si la mujer encuentra su lugar en el hogar, las disidencias sexuales y de género lo encuentran en el más oscuro y secreto de este último.

Las feministas han señalado que la privacidad es aquel espacio en el que la intimidad es la medida de la opresión, en donde el consentimiento para las relaciones sexuales se presume, en donde la asimetría de poder encuentra su máxima expresión y en donde no existe una distribución igualitaria de recursos.

Por su parte, la clandestinidad, adiciona la persecución penal. Partidarios del paradigma penal, exponen discursos incongruentes e insostenibles con la práctica. Alegan proteger la vida y disminuir el ejercicio del aborto, al mismo tiempo que varias vidas más son violentadas y el aborto continúa. El desconocimiento del impacto que esto produce, junto con las condenas supuestamente ejemplificadoras que recaen sobre las personas gestantes, no protegen la vida, sino que dejan de manifiesto que a una vida en particular -la de los cuerpos gestantes- se la violenta por medio del ideal normalizador de la maternidad.

En tal sentido, Carrera, Saralegui y Orrego-Hoyos (2020) han investigado y relatado la historia de siete mujeres perseguidas por el sistema penal. Los relatos expuestos resultan una crónica del silencio, de la falta de educación sexual, de un sistema sanitario inadecuado y cómplice, de un sistema discriminatorio, violento y patriarcal que prejuzga antes de conocer el relato de las propias involucradas y que condena la pobreza.

Modelo de todo ello lo constituye el caso “Belén”⁸. A sus 25 años, fue acusada de dar a luz a un bebé en el baño de la guardia a la que acudió por dolor de panza, de cortarle el cordón umbilical y de matarlo.

⁷ En este sentido, Carole Pateman (2018: 53-84) señala que lejos estamos de haber abandonado el sistema patriarcal. La autora sostiene que los teóricos contractualistas criticaron al patriarcalismo el poder natural del pater familia sobre los hijos, por lo que introdujeron las ideas de libertad, igualdad y consentimiento para justificar la obligación política. Sin embargo, ni Locke, ni Rousseau, ni otros referentes de la teoría contractual, criticaron el poder del hombre sobre la mujer, y más específicamente, del marido sobre su esposa. Lejos de ello, impusieron el hogar y lo doméstico como el espacio natural de la mujer y los beneficios de mantenerlas lejos de la actividad pública/política. En consecuencia, el contrato social fraternal, es un orden patriarcal.

⁸ V. causa Belén s/ homicidio doblemente agravado por el vínculo y alevosía.

El caso -que paso de cólicos a homicidio agravado por el vínculo- llega a conocimiento de las autoridades por la denuncia del personal médico que la atendió.

Ello demuestra que la violencia institucional comienza en el centro de salud, en donde los médicos y las médicas se sitúan en una posición de poder y privilegio: garantes de la salud por un lado y, vigilancia penal, por el otro. En consecuencia, las personas gestantes lejos de confiar, temen porque la violación del secreto profesional sea descartada por las autoridades judiciales y el proceso se centre en el mandato que ellas han violado.

Asimismo, en la causa “Belén” se puede observar la violación conjunta e interdependiente de derechos sustanciales y procedimentales. Se vulneró su derecho a la salud, a la intimidad, a la igualdad, a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes⁹, a vivir una vida libre de violencias y discriminaciones y a tener un proceso atravesado por la perspectiva de género. Por otro lado, se violaron las garantías procesales del trato humano, la presunción de inocencia, el derecho a ser oída, a tener un/a juez/a independiente e imparcial, la garantía de defensa, de una adecuada valoración de la prueba y una sentencia justa.

Todo ello es muestra de que Belén atravesó un proceso que desde su nacimiento fue nulo; un proceso que en sí mismo fue condena, pues fue juzgada en base a estereotipos de género que anularon su versión desde que la magistratura ignoró el desconocimiento del embarazo que ella alegaba.

De ahí que es posible hablar de un poder judicial que es causa y consecuencia de un derecho androcéntrico, que pone nuevamente una cuestión pública en lo íntimo, personal y reservado -a un rol generizado-.

En la privacidad y en la clandestinidad no hay libertad, hay subordinación y distintas condenas: en la relación marido-mujer/novio-novia¹⁰,

⁹ Conforme al art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al art. 5 del Pacto Sa José de Costa Rica, arts. 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, inhumanos o degradantes y art. 2 de la Convención de Belem de Pará. Este derecho fue violado porque cuando Belén despierta, el personal policial se encontraba examinando su cuerpo -las partes íntimas de Belén-, sin su consentimiento y sin respeto al estado en el que se encontraba. En el mismo instante, fue maltratada por el equipo médico, acusada e interrogada.

en la familia, en la relación médico/a-paciente, en la relación con el personal policial, en el proceso judicial y en la sociedad.

También hay discriminación. En el espacio de lo personal y de lo prohibido no se distinguen las distintas experiencias de opresión reproductiva que pueden sufrir las niñas, las personas migrantes, las personas con discapacidad, las desplazadas, las indígenas, las lesbianas, las pertenecientes a minorías raciales, étnicas o religiosas, las personas transexuales, las encarceladas, las refugiadas, las víctimas de tráfico, las víctimas de violencia y las que están en situación de pobreza. Se hace caso omiso a la interseccionalidad, a la feminización de la pobreza y a la falta de educación sexual.

En consecuencia, es muy delgada la línea que separa la privacidad de la clandestinidad si asumimos que, tanto en la privacidad como en la clandestinidad, las mujeres y otras personas con capacidad de gestar se encuentran sin una política pública que brinde un servicio de salud igualitario, gratuito, seguro, de calidad, irrestricto y accesible. Los resultados indican mortalidad, discriminación, mantenimiento de estereotipos, desigual distribución de poder y recursos y maternidades forzadas; a lo que la clandestinidad agrega la persecución penal.

De esta manera, ya no podemos discutir en términos de espacios personales e ilegales; los espacios libres de la intervención pública, difícilmente coexista con derechos humanos que requieran precondiciones sociales para ser ejercidos. La privacidad y la clandestinidad lejos están de ser pensadas para la intervención y el cambio de una situación real en la vida de un colectivo históricamente intervenido, demarcado, discriminado y violentado.

III. LA POLITIZACIÓN DEL GÉNERO, LA SEXUALIDAD, LA REPRODUCCIÓN Y LA MATERNIDAD

Desconocer la significación política de la supuesta despolitización del género, la sexualidad, la reproducción y la maternidad, implica

¹⁰ Sin olvidar las relaciones entre personas del mismo sexo/género, énfasis en las relaciones heterosexuales, que han sido el reflejo de la desigualdad de poder y perpetración del sistema patriarcal.

desconocer las consecuencias que de ello se deriva en la vida de las mujeres y personas gestantes.

Como afirma Pateman (2018: 184), pese a que *“en ciencias políticas, lo político se define en relación al poder (...)”* “la teoría política contemporánea no reconoce al poder patriarcal como una forma de poder político, ni a las críticas que atacan su legitimidad. Con ello, desvían la atención a la economía y al Estado, olvidando que las relaciones domésticas, familiares y sexuales son un problema de interés de este último.

Las particularidades ‘personales’ de las mujeres, lejos de ser naturales, son estructuradas por factores público-políticos.¹¹ Basta mencionar la normativa sobre violación, abuso y aborto, las políticas de cuidado, la normativa sobre matrimonio y divorcio, la división sexual del trabajo, entre otras. Es por ello que, *“los problemas ‘personales’ pueden resolverse (...) sólo a través de medios políticos y de acción política”* (Pateman, 2010:181)

Por esta razón, el corrimiento de la situación de las mujeres del debate público las expuso a violaciones sistemáticas de derechos humanos y al padecimiento de discriminación estructural. Al respecto, en la causa *“Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”*¹², del año 2016, la CIDH aporta elementos para delimitar y reconocer cuándo estamos frente a dicha situación. El voto de Eduardo Ferrer Mac Gregor menciona -a modo enunciativo- los siguientes componentes: i) la presencia de un grupo -sean mayoría o minoría- de personas o grupos de personas -es decir, la existencia de una situación colectiva- cuyas particularidades son inmodificables por su propia voluntad o se relacionan con factores históricos de discriminación, ii) que dicho grupo se ha encontrado en una situación sistemática y generalizada de

¹¹ En el mismo sentido, en el año 2010, en su Observación General N.º 28, el Comité CEDAW señaló que *“el lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar”*. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>

¹² Véase Fallo CIDH *“Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C, N.º 318.

exclusión, iii) pudiendo ser -o no- histórica, iv) que puede centrarse en una zona geográfica del Estado o manifestarse en todo su territorio y, v) que se ejerce de hecho (Sagüés, 2018: 129-180). Consecuentemente, ya no puede obviarse la vinculación de la igualdad por la que brega la teoría política democrática con el dato sociológico del grupo desplazado y la injusta distribución de bienes y goce de derechos.

En materia reproductiva, las feministas han planteado la igualdad sexual para objetar el encuadre liberal (de privacidad y autonomía) de los problemas de gestación, redireccionando la discusión a la dimensión social de las relaciones reproductivas: el rol maternal¹³ y su impacto en la -desigual- distribución de tareas. De manera que el debate en torno a los derechos sexuales y (no) reproductivos debe estar en la normativa y en las prácticas que regulan -de manera dispar- la maternidad y la paternidad. Del mismo modo, el ejercicio de estos derechos no puede desvincularse del contexto social y estructural en el que se encuentran las mujeres, especialmente cuando se conjugan razones de clase, raza, edad y estado civil.

IV. LA POTENCIALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA AGENDA ESTATAL: DEL USO AUTORITARIO Y ABUSIVO A UNA INTERPRETACIÓN DINÁMICA E INTEGRAL

Los Derechos Humanos, adoptados oficialmente por los Estados al finalizar la Segunda Guerra Mundial, sellan el redescubrimiento de la vida humana después de haber sido negada al extremo por formas autoritarias de poder (Raffin, 2006). Es por ello que, entre los motivos señalados anteriormente, en materia de derechos sexuales y (no)

¹³ La maternidad alude a una función claramente estereotipada, por vincularse al rol desarrollado por el género femenino. En este sentido, en su Observación General N.º 28, el Comité CEDAW dispuso que *“el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer.”* Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer. *“Las obligaciones básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer”*. Op. cit., Párrafo 5.

reproductivos se ha hecho un uso abusivo y tergiversado de los fines del derecho a la vida intentando proteger de manera absoluta una vida en gestación por sobre la vida, los derechos y la realidad material de la mujer o persona gestante. De este modo, al sistema patriarcal se suma la falsa preponderancia de los derechos civiles y políticos por sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

Actualmente, referir a un Estado como de Derechos Humanos -superador del “Estado de Derechos”- es aludir a un país que respeta, protege y garantiza ambas categorías de derechos fundamentales de las personas. Particularmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1945 refiere en su preámbulo al advenimiento de un mundo en el que los seres humanos estén liberados del ‘temor’ y de la ‘miseria’, para hacer referencia a los derechos civiles y políticos y, a los económicos, sociales y culturales, respectivamente. Pese a ello, estos últimos derechos -los DESC- han sido objeto de duras críticas.

Se los ha catalogado como de ‘segunda categoría’ para recalcar la indeterminación de su contenido, la no justiciabilidad, la no operatividad, la necesidad de un hacer y el requerimiento de grandes inversiones. Sin embargo, esta falsa separación ya no resiste análisis práctico, teórico, ni jurídico si tenemos en cuenta la amplia producción normativa -tanto implícita como explícita¹⁴- que insiste en los principios de indivisibilidad e interdependencia.

Estos principios -propios de la perspectiva pro persona¹⁵- enuncian un conjunto de derechos inseparables e iguales bajo un mismo fundamento: la dignidad humana. Es un todo común que evidencia que,

¹⁴ De manera implícita, entre otros motivos, por la regulación de ambas categorías de derechos en las Convenciones específicas (por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer); y de manera explícita, por ejemplo, en la Proclamación de Teherán, la Declaración de Viena, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de DESC (Salvioli, 2016:69-134).

¹⁵ “(...) herramienta útil para el examen hermenéutico de situaciones de derechos humanos desde una mirada integral, lo cual permite a quienes analizan y aplican los instrumentos internacionales a interpretar las normas y resolver los asuntos en concordancia con los fines que poseen las disposiciones jurídicas de tutela de los derechos fundamentales (...)”; (...)debe constituir el método de trabajo por excelencia de las instituciones internacionales(...)” como así

para gozar de un derecho, se requiere como prerrequisito la efectividad de otro derecho. Asimismo, en materia de Derechos Humanos, resulta inadmisibles jerarquizar derechos cuando, cualquiera sea el derecho del que se trate, los Estados tienen 3 grandes obligaciones para las que -en la mayoría de los casos- requerirán fondos¹⁶: respetar, proteger y garantizar (Abramovich y Courtis, 2002).

En la interrupción voluntaria del embarazo tensionan el derecho a la vida intrauterina y el derecho a la vida de la mujer o persona gestante. Sin embargo, suele olvidarse el conjunto de derechos económicos y sociales de los que son titulares estas últimas y su incidencia en la discusión.

Las condiciones socioeconómicas en las que viven las mujeres son un importante factor. Se niega el derecho al aborto obligando a las mujeres y personas gestantes a hacerse cargo de una vida a cualquier costo, sin tener en cuenta las dificultades que las mismas padecen para acceder al trabajo; o accediendo, las dificultades que atraviesan para obtener igual remuneración que su par masculino, para ascender, para obtener servicios de cuidado y para obtener estabilidad.¹⁷

Se las obliga a gestar sin considerar las tasas de deserción escolar con perspectiva de género y su consecuente ausencia de educación sexual.¹⁸

también el de todos los poderes de un Estado, atravesando de manera transversal a las políticas públicas (Salvioli, 2018:897-911).

¹⁶ Holmes y Sunstein (2011) sostienen que sólo puede gozarse un derecho, si detrás de él, hay una estructura que garantice su satisfacción. Por lo cual, reconocer la vinculación entre el derecho y el gasto estatal, nos lleva a abandonar la falsa dicotomía entre las dos categorías de derechos. Sin embargo, los autores hablan de “costos ocultos” para hacer referencia a la equivocada premisa social de que los derechos civiles y políticos no requieren gastos: bastaría pensar en el derecho a la propiedad y su vinculación a un registro de la propiedad, a un sistema judicial que la protege y a un sistema de seguridad que vigila su inviolabilidad. Por ente, todos los derechos son positivos.

¹⁷ Artículo 11 de la Convención CEDAW; artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales; artículo 6 del protocolo de San Salvador.

¹⁸ Artículo 5 inc. b, 10 y 16 de la Convención CEDAW; artículo 10 y 13 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales; artículo 13 del Protocolo de San Salvador.

Se las fuerza a continuar un embarazo sin compeler a toda una sociedad patriarcal a abandonar patrones socioculturales de inferioridad y funciones estereotipadas.¹⁹

También se les impone sin observar los derechos humanos sexuales y (no) reproductivos de las mismas. En este sentido, conforme la Observación General²⁰ N.º 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) -CDESC en adelante-, el derecho a la salud sexual y reproductiva integra el derecho a la salud del art. 12 del PIDESC. Tiempo después, en la Observación N.º 22, el mismo órgano señala que: *“4. En su observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Comité ya abordó en parte la cuestión de la salud sexual y reproductiva. No obstante, habida cuenta de que continuaban las graves violaciones de ese derecho, el Comité considera que la cuestión requiere una observación general separada”* (CDESC, 2016), agregando que la salud sexual y reproductiva es un conjunto de libertades y derechos que implican: i) la libertad de adoptar elecciones sin ningún tipo de coacción, violencia y/o discriminación; ii) que las elecciones sean producto de la previa información; y, iii) el acceso irrestricto a establecimientos, bienes y servicios.

En este punto, es importante considerar la vinculación entre la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La primera, regula el derecho a la salud obligando a los Estados a adoptar medidas bajo los términos *“adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la*

¹⁹ Artículos 5 inc. a y 10 inc. c de la Convención CEDAW; artículos 6 inc. b y 8 de la Convención Belem do Pará.

²⁰ Amplia ha sido la discusión en torno al valor jurídico de las observaciones generales de los órganos de tratados de Derechos Humanos. Sin embargo, el artículo 75 inc. 22, dispone que los tratados se aprueban “en las condiciones de su vigencia”, lo que remite no solo a la textualidad sino también a las interpretaciones que de ellos realicen los órganos que los aplican. Asimismo, no debe olvidarse que, en materia de Derechos Humanos, rige el principio de buena fe, por lo que los Estados no podrían desconocer dichas producciones bajo el argumento de la exigibilidad.

*discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica (...)*²¹, mientras que el segundo obliga a los Estados a adoptar medidas “*hasta el máximo de los recursos que dispongan*”. Sin embargo, ello no implica en modo alguno, que los Estados parte de estos tratados estén autorizados a posponer indefinidamente la concreción de acciones²², máxime cuando la CEDAW fija el derecho a la salud en términos de no discriminación, lo que constituye una obligación de cumplimiento inmediato para los Estados parte del PIDES.

Al respecto, el Comité DESC refiere a la accesibilidad del aborto mediante la información correspondiente, medicamentos de calidad y la asistencia profesional adecuada, tanto antes como después de practicado; insta a los Estados a respetar y proteger estos derechos adoptando medidas legales y políticas que liberalicen las leyes restrictivas de aborto y garanticen el acceso a anticonceptivos, asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, respetando el derecho de las mujeres y personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva, para garantizar la igualdad.

De este modo, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen obligaciones concretas que asume el Estado mediante cláusulas constitucionales y/o convencionales, por lo que los argumentos de la escasez económica y un poder patriarcal autoritario, no son legítimos para separarlos del derecho a la vida que se pretende proteger en materia de aborto. Asimismo, ya no puede concebírseles

²¹ Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979. Artículo 12 inc. 1.

²² Los Principios de Limburgo disponen que la “*obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos requiere que los Estados Parte actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos (...) todos los Estados Parte tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto*”. Principios de Limburgo sobre la Implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados el 8 de diciembre de 1987. Posteriormente, las Directrices de Maastricht reiteran la obligación de medidas inmediatas diciendo que la progresividad “*(...) no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras con la mayor brevedad posible*”. Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

como aquellos derechos que únicamente aseguran las condiciones básicas de vida para la disminución de las diferencias de clase; además de la diferencia de clase debe haber un análisis crítico y profundo sobre las diferencias en las relaciones de género y la consecuente feminización de la pobreza.

En tal sentido, el Comité DESC (2005) ha enfatizado en la importancia del género para el goce de tales derechos. En su Observación General N.º 16, el órgano enfatiza en la igualdad de hombres y mujeres al disfrute de los derechos como una obligación para el Estado de carácter inmediato, siendo imposible abordar a la misma si no se tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales que afectan especialmente a las mujeres. Posteriormente, en su Observación General N.º 20, el CDESC (2016) avanza y señala que, además del sexo, el género (e identidad de género) constituye un motivo discriminatorio en virtud de las funciones, estereotipos y prejuicios.

Finalmente, el comentario N.º 14 del Comité DESC, por el que se recomienda a los Estados incorporar la perspectiva de género en las políticas de salud (reconociendo que los “ (...) *factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer*” (CDESC, 2000)) debe ser leído en consonancia²³ con la Observación General N.º 36 del Comité de Derechos Humanos, en donde se destaca que “*aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos (...), “ los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas (...)*” y “*(...) no deben regular el embarazo ni el aborto de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres no tengan que recurrir a abortos peligrosos*” (Comité de Derechos Humanos, 2017); y con la Observación General N.º 35 del

²³ “La fertilización cruzada -expresión con la que se describe este fenómeno (...) ha permitido cierta homogeneidad y coherencia de los sistemas internacionales para resolver conflictos con criterios congruentes entre sí (...). Por el desarrollo progresivo del derecho internacional de la persona humana, toda fertilización cruzada debe darse desde la “perspectiva pro persona”, es decir, analizando y aplicando el derecho a través de la norma y la interpretación mas favorable a la garantía de los derechos humanos (...)” (Salvioli, 2020).

Comité CEDAW que dispone que *“las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”* (Comité CEDAW, 2017).

V. LEY IVE COMO POLÍTICA PÚBLICA: EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO QUE SE HIZO OÍR

El advenimiento de los Derechos Humanos y su posterior interpretación y aplicación con perspectiva de género, permitió que las mujeres y las personas gestantes consiguieran visibilizar nuevas formas autoritarias de poder representadas bajo el sistema patriarcal, manifestando que el mandato que se les impone es violatorio de un cúmulo de derechos que van más allá del derecho a la vida con que se escudan los frentes conservadores.

Se da lugar a la justicia reproductiva como estrategia de resistencia al poder biopolítico, para oponer la vida -entendida de manera integral- a la vida que este produce (Raffin, 2019). De esta manera, entran a la discusión pública los derechos sexuales y (no) reproductivos y las condiciones materiales de existencia de las mujeres y personas gestantes.

Se comenzó a visibilizar que la maternidad constituía *“ (...) la primera causa de muerte prematura y de invalidez de las mujeres en edad reproductiva en los países en vías de desarrollo”* (Yamin y Maine, 2010) por la inaccesibilidad e indisponibilidad de tratamientos efectivos y no por el grado de desarrollo social y económico. De esta manera, los contextos jurídicos y regulatorios indiferentes del derecho humano a la salud de las mujeres, hicieron de la ausencia de acceso a abortos seguros y legales la principal causa de los problemas vinculados a la salud del embarazo y mortalidad materna en América Latina.

Paralelamente, en el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve el caso *“Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica”*

dejando en claro que “(...) *un embrión no puede ser entendido como persona a los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana, y que la frase “en general” contenida en dicha norma permite concluir que la protección del derecho a la vida no es absoluta sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. También afirmó el Tribunal interamericano, que se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención, que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada*” (Salvioli, 2020).²⁴ Por ello, es correcto afirmar que, lo dispuesto por la CIDH, es el reflejo de la interpretación progresiva y dinámica de los derechos fundamentales que, conforme las necesidades actuales, pone en el centro a la mujer/persona gestante embarazada.

Frente a un Estado omisivo, silencioso y cómplice²⁵, las feministas buscaron en el Congreso de la Nación el diálogo democrático. Sin embargo, en el año 2018, la discusión del proyecto de ley arribó a su rechazo.

Tiempo después, y aún con todo lo sucedido, una nueva posibilidad se presentaba en el año 2020. Esta vez, la voz de las mujeres y las personas gestantes se hizo oír y bajo la Ley 27.610, el 30 de diciembre de ese mismo año, se aprobó la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, cuyo objeto es regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, **en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar** y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.²⁶

De esta manera -y tal como surge del conjunto del articulado de la ley-, el fin es garantizarle a la mujer o persona gestante el acceso

²⁴ La negrita me pertenece.

²⁵ El feminismo también hizo eco de la necesidad de separar la Iglesia del Estado, entendiendo que el Estado argentino es laico, y que la vinculación con la misma ha llevado a perpetrar los patrones de opresión.

²⁶ Artículo 1 de la Ley 27.610. Véase Boletín Oficial de la República Argentina. “Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/239807/20210115>. La negrita me pertenece.

irrestricto al aborto²⁷, no ya como un derecho privado o criminalizado, sino como una política de salud pública integral y de calidad, en donde el Estado asume y cumple sus obligaciones constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos. Se abandona aquella política ligada a funciones estereotipadas impuestas que hacían al Estado pasible de responsabilidad internacional por el incumplimiento de la satisfacción de los niveles esenciales básicos del derecho a la salud de las mujeres y personas gestantes (CDESC, 1991).

La imposibilidad de la separación de la vida intrauterina de la vida de la persona gestante, se confirmó minutos más tarde de la aprobación de la Ley IVE, cuando se convirtió en ley -por unanimidad- el Plan de los 1.000 días, cuyo objeto es fortalecer **el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas**, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia.²⁸

Así, por medio del apoyo económico y políticas públicas de coordinación, asistencia y acompañamiento, se busca que la pobreza y la falta de recursos no sean argumentos para influir en la autonomía de las personas gestantes; por lo cual, se decida abortar o continuar el embarazo, el Estado las va a acompañar. Al mismo tiempo, se expone la interdependencia entre las condiciones materiales de existencia de la persona gestante, los derechos humanos reproductivos y las posibilidades de desarrollo de los hijos y las hijas (en consonancia con los

²⁷ Conforme al artículo 4, se podrá acceder al aborto durante las primeras 14 semanas de embarazo (despenalización por el plazo). Fuera del plazo, continúa la aplicación del Código Penal con las excepciones para los casos de violación o por peligro de vida o salud de la persona gestante (sistema de causalidad).

²⁸ Boletín Oficial de la República Argentina. “Ley Nacional de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia. Ley 27.611”. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239809/20210115>. La negrita me pertenece.

derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos dispuestos en la Convención sobre los Derechos de la Niñez²⁹).

Esta normativa, coherente al artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y la justicia reproductiva, supone el avance hacia un sistema tributario progresivo que proporcione recursos suficientes para la garantía de los derechos humanos reproductivos en condiciones de igualdad. Supone entonces, la consideración del factor género en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales³⁰ y la consecuente revisión del presupuesto estatal con perspectiva de género.

Al mismo tiempo, la jerarquización de la agenda de género se vio plasmada con la creación del Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad en el ámbito nacional y del Ministerio de Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual, en la Provincia de Buenos Aires. La creación de los mencionados ministerios supone, en materia reproductiva, el trabajo conjunto con el Ministerio de Salud³¹, para garantizar políticas públicas de acceso igualitario, sin discriminación y sin violencia.

De ahí que, para evitar la responsabilidad internacional, el Estado ya no podrá concebir y/o tolerar un sistema de salud violento, restrictivo y acusador, ya que el derecho de las mujeres y personas gestantes a una vida libre de violencias por razón de género, tanto en el ámbito

²⁹ El nombre oficial del instrumento es "Convención sobre los Derechos del Niño" -incorporada al texto de la Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22 con la reforma de 1994-, pero en el presente trabajo se utilizará la designación "Convención sobre los derechos de la Niñez", como denominación comprensiva de ambos géneros, en aplicación de la perspectiva de género y el correspondiente uso del lenguaje incluyente y no sexista, tal como lo sugiere el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata.

³⁰ Para una mayor profundización sobre la importancia del género en relación a los derechos económicos, sociales y culturales véase ONU: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), *"Folleto informativo N° 33. Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales"*. Diciembre 2008, No. 33. Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/5289d1adf4.html>

³¹ Véase, por ejemplo, la "Guía de Implementación de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en la Provincia de Buenos Aires en el marco de la Ley Nacional N.º 27.610" en <https://ministeriodelasmujeres.gba.gob.ar/drive/archivos/guiaimplementacionive.pdf>

público como en el privado, es indivisible e interdependiente, entre otros, del derecho a la salud (Comité CEDAW, 2017).

Por último, para poner fin a una política criminal discriminatoria, y como consecuencia de la legalización, resulta vital requerir el cumplimiento de la liberación de las personas privadas de la libertad en virtud de estar procesadas o condenadas por delito de aborto y el cierre de las más de 1530 causas activas por dicho motivo. En palabras del CELS (2020): *“los datos de Santa Fe, Río Negro, Chaco, Chubut, Córdoba, Neuquén, Formosa, Catamarca, Corrientes, Tucumán, Mendoza, Salta, Buenos Aires, Jujuy, San Luis, La Pampa y la Justicia Nacional que tiene a cargo estas causas en el territorio de la CABA suman 1532 causas por aborto y 37 por eventos obstétricos. La mayoría de las mujeres criminalizadas pertenece a sectores sociales vulnerables: no tiene trabajo remunerado, tiene un bajo nivel de instrucción formal y vive en condiciones habitacionales precarias. Son menores de 30 años y muchas tienen una o más hijes”*.

VI. PALABRAS FINALES

Después de una ardua y larga lucha, la criminalización de la pobreza y los mandatos generizados provenientes de un sistema de opresión, fueron puestos en jaque el 30 de diciembre del año 2020 con la sanción de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Para lograrlo, la militancia feminista debió -durante mucho tiempo- superar muchos y diversos conflictos, pues el reconocimiento de un derecho implica suprimir privilegios. En este caso, los privilegios de un sistema de dominación.

En este sentido, garantizar el aborto legal, seguro y gratuito implica que toda una sociedad patriarcal -llámese Estado, personal médico, justicia penal, familia, pareja, entre otros- deje de decidir sobre el cuerpo, la sexualidad, la reproducción y la maternidad de las mujeres y personas gestantes, como si estos fueron conceptos neutros y privados fuera de toda injerencia.

Decir que el aborto legal es justicia social, implica reconocer que al mandato de la maternidad le viene inseparable la feminización de la pobreza y la discriminación como motivos estructurales presentes

en la realidad de las mujeres y personas gestantes; también implica reconocer que, como consecuencia de ello, se las criminalizaba.

La aparición de los derechos humanos y su interpretación dinámica permitió llevar a la discusión pública las obligaciones que tiene el Estado en materia de salud. Particularmente, los derechos económicos, sociales y culturales dieron un giro progresivo al pasar de analizar exclusivamente el goce de los derechos sobre la base de las diferencias de clase, para incluir las diferencias sexuales y de género.

Ello permitió que, la aparición de la justicia reproductiva, pusiera en agenda a los derechos sexuales y reproductivos como parte del compromiso asumido por el Estado en materia convencional y, de esta manera, analizar el acceso al aborto de manera integral, interseccional y progresiva, es decir, poniendo el foco no solo en el derecho a la vida, sino también en el conjunto de derechos humanos indivisibles e interdependientes de los que son titulares las mujeres y personas gestantes y su realidad material.

De ahora en más, el Estado deberá contemplar dentro de su presupuesto y políticas públicas a los derechos humanos sexuales y no reproductivos de manera completa y con perspectiva de género y enfoque de derechos humanos. En consecuencia, deberá garantizar -efectivamente- educación sexual integral en todo el territorio del país y un sistema de salud respetuoso de la dignidad de las personas gestantes tanto antes como durante y después de efectuada la práctica.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. y Courtis C. (2002) *“Los derechos sociales como derechos exigibles”*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Carrera, M. L; Saralegui, N. y Orrego-Hoyos. (2020) *“Dicen que tuve un bebé”*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Argentina.
- Cartabia Groba, S. y Hopp, C. M. (2018). *“El uso estratégico de las causales para ampliar el acceso al aborto legal en América Latina. El desarrollo de la causal violencia”*. En P. Bergallo, I. C. Jaramillo Sierra y J. M. Vaggione (Ed.) *“El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las*

- resistencias conservadoras*” (pp. 167-193). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores Argentina.
- Holmes S. y Sunstein Cass R. (2011) *“El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos”*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- M. Morales Antoniazzi y R. Flores Pantoja (Ed.) *“Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia Interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos”*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro.
- MacKinnon, C. (2018). *“Privacidad versus igualdad: más allá de ‘Roe v. Wade’”*. En C. Mackinnon *“Feminismo Inmodificado. Discurso sobre la vida y el derecho”*. Dirigido por R. Gargarella y P. Bergallo. (pp. 137-150). Buenos Aires, Argentina: 1° ed. 1° reimpr., Siglo XXI Editores.
- Pateman, C. (2018). *“El contrato social fraternal”*. En C. Pateman *“El desorden de las mujeres. Democracia, feminismo y teoría política”*. (pp. 53-84). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Prometeo Libros.
- Raffin, M. (2006) *“La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur”*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Sagüés, M. S. (2018). *“Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”*. En E. Ferrer Mac-Gregor,
- Salvioli, F. (2016) *“Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo: la relación contemporánea entre los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales”* En A. A. Cancado Trindade, C. Barros Leal y L. R Zerbini Ribeiro (Ed.) *“O cinquentenário dos dois pactos de direitos humanos da ONU”*. (pp. 69-134). Fortaleza, Brasil: Expressao Gráfica e Editora.
- Salvioli, F. (2018). *“La perspective pro personne: un mécanisme d’interprétation contemporaine des instruments internationaux des droits humains”*. En E. Decaux *“Reciprocité et universalité”*. (pp. 897-911). Paris, Francia: Editorial Pedone.

- Salvioli, F. (2020). *“El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia”*. Querétaro, México: 1° ed., Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Yamin, A. E. y Maine D. P. (2010). *“La mortalidad materna como una cuestión de derechos humanos: evaluando el cumplimiento de las obligaciones de tratados internacionales”*. En P. Bergallo (Ed.) *“Justicia, género y reproducción”*. (pp. 135-179). Buenos Aires, Argentina: Librería Ediciones.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (2020). *“La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la argentina”*. <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/la-criminalizacion-por-aborto-y-otros-eventos-obstetricos-en-la-argentina/>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *“Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2016) *“Observación General N.º 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DoTypeID=11
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2005). *“Observación general N.º 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991) *“Observación general N.º 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11
- Comité de Derechos Humanos. (2017) *“Observación general N.º 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida”*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> .
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). (2017). *“Observación General N.º 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19”*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Raffin, M. (2019) *“Derechos del hombre/derechos humanos” versus “derechos de los gobernados”: un análisis de la producción de derechos en el pensamiento de Michael Foucault”*. Dorsal. Revista de Estudios Foucaultianos. 0719-7519. N.º 7. Pág. 35. Disponible en <https://revistas.cenales.cl/index.php/dorsal/article/view/312>

LA INHIBITORIA EN LAS CAUSAS EN LAS QUE INTERVIENE EL ESTADO NACIONAL

JOSÉ IGNACIO LÓPEZ¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 76-91
Recibido: 4/2/2021 - Aceptado: 14/4/2021

Resumen: El trabajo consiste en un somero estudio sobre un instituto del derecho procesal administrativo, como es, la inhibitoria para causas en las que interviene el Estado Nacional. La referida herramienta, regulada en la ley 26.854, tiene una importancia central para la abogacía pública y, en tal sentido, la nota pone de resalto sus principales características, como también, la mirada de los tribunales federales en torno al punto.

Palabras clave: inhibitoria; Ley 26.854; medidas cautelares; Estado nacional; Abogacía pública; Derecho procesal administrativo; Justicia federal

I. INTRODUCCIÓN

La presente nota se centra en un instituto de importancia para el derecho procesal en general y que, por sus particularidades, cobra un

¹ Abogado (UNLP). Docente de Derecho Administrativo II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social, ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Docente en la Escuela Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Director del portal jurídico "Palabras del Derecho" (www.palabrasdelderecho.com.ar).



definido interés en el derecho procesal administrativo. Nos referimos a la inhibitoria que, a partir de la ley 26.854², tomó un perfil individualizado para las causas en las que interviene el Estado Nacional o sus entes descentralizados.

Este instrumento procesal, cuya finalidad es el respeto por las reglas de competencia definidas en el derecho vigente, reviste gran importancia para la abogacía estatal federal que se enfrenta diariamente a numerosos pleitos judiciales de los cuales, en ocasiones, debe discutir cuáles son los tribunales legalmente facultados para entender en esos asuntos.

El legislador nacional atendió a esta situación y sancionó –en 2013– una regulación especial del instituto que merece un estudio particular que justificaría un volumen en sí mismo. Sin perjuicio de ello, a través de este artículo pretendemos delinear brevemente sus principales aspectos a modo de contribución para futuras producciones sobre este tema.

II. LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA

La competencia constituye, según una conocida definición, “*la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un órgano o conjuntos de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso*”³ y la Corte Suprema refirió que el “juez competente” es una garantía judicial indispensable de acuerdo a lo previsto en los artículos 18 de nuestra Constitución Nacional y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴.

En ese marco, las normas que hacen a su determinación cobran una especial trascendencia constitucional y, es así que, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación fija la regla esencial que toda

² Sancionada el 24 de abril de 2013, Boletín Oficial del 30 de abril de ese mismo año.

³ PALACIO, Lino E. Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, tomo II., Buenos Aires, 1989, p. 366.

⁴ CSJN, “Fallos” 316:1549, entre muchos otros.

demanda deberá interponerse ante juez competente, quien deberá estudiar los hechos en que se funda y si de ellos no resulta competente deberá inhibirse de oficio⁵, salvo asuntos exclusivamente patrimoniales en las que se admite la prórroga de jurisdicción.

Asimismo, cuando existe controversia o cuestionamiento, por parte del demandado, respecto de la aptitud funcional que posee un juez que dio curso a la demanda para entender en el conflicto iniciado por el actor se configura lo que se denomina una “cuestión de competencia”.

El ordenamiento procesal nacional prevé dos formas de plantear una cuestión de competencia⁶, por un lado, la declinatoria y, por el otro, la inhibitoria. La primera es aquella que el demandado plantea ante el juez que se encuentra conociendo en el caso, al cual considera incompetente, solicitándole que así se declare y se abstenga de seguir entendiendo en aquellas actuaciones. La inhibitoria, a diferencia, es la que el demandado puede interponer ante el juez que considera competente –que no es el mismo ante el que se interpuso la demanda– a fin de que, si acepta la competencia, requiera al juez que está conociendo en la causa se abstenga de continuar haciéndolo y le remita las actuaciones.

La distinción entre ambas radica en que, por un lado, la declinatoria supone la articulación de una excepción frente al mismo juez que se encuentra tramitando la causa con la finalidad de que proceda a declararse incompetente mientras que, en sentido inverso, la inhibitoria se plantea ante el juez que el peticionante considera competente a fin de que este así se declare y, consecuentemente, requiera del magistrado que estuviera conociendo se inhiba de seguir actuando y remita la causa al primero, en tanto se trate de jueces de distintas circunscripciones judiciales.

III. LA INHIBITORIA

El instituto regulado en los códigos procesales nacionales, en el Civil y Comercial para litigios privados y en el Penal⁷ para procesos de

⁵ Véase el art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en adelante, CPCCN.

⁶ Véase el art. 7 del CPCCN.

⁷ Capítulo IV del Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984.

esa última naturaleza, mereció una especial legislación a través de la ley 26.854 para pleitos en donde el Estado Nacional o sus entes descentralizados son parte.

a. Las pautas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

La inhibitoria se encuentra regulada para los litigios civiles y comerciales en el cuerpo procesal nacional. Allí se consigna que procede frente jueces de distinta jurisdicción, antes de haber consentido la competencia que se reclama y siempre que no se haya intentado, previamente, la vía de la declinatoria ante el magistrado considerado incompetente.

La previsión que habilita la inhibitoria exclusivamente para jueces de distinta jurisdicción se funda en razones lógicas, dado que, si la cuestión de competencia recae entre jueces con asiento en una misma circunscripción, allí corresponde la declinatoria y se evita, de esta forma, la apertura de otra causa.

A su vez, la inhibitoria encuentra fundamento en la extensión del territorio nacional, a fin de no forzar a la persona demandada a trasladarse con el sólo fin de efectuar el planteo de incompetencia.

En cuanto al trámite, la inhibitoria puede plantearse hasta el momento de oponer excepciones o de contestar la demanda, por tanto, le serán aplicables los plazos del proceso del que se trate.

Como el elemento primordial al cual debe atenderse un magistrado para definir sobre la competencia -como ha señalado la Corte Suprema- son los hechos narrados en la demanda, y después, sólo en la medida en que se adecuen a aquellos, el derecho que se invoca como fundamento de la pretensión⁸, el demandado deberá acompañar una copia de la demanda para ilustrar sobre esos puntos al juez que tramita la inhibitoria.

Una vez que el demandado efectuó el planteo de inhibitoria antes el juez que considere competente, este deberá correr vista al fiscal⁹ para

⁸ “Fallos” 303:1453, 306:1056, 308:229, 312:808, 335:374 entre muchos otros.

⁹ La ley 27.148 establece que corresponde al Ministerio Público Fiscal dictaminar en las cuestiones de competencia.

luego decidir si la admite. En caso de hacerlo, *librará oficio o exhorto acompañando testimonio del escrito en que se hubiere planteado la cuestión, de la resolución recaída y demás recaudos que estime necesarios para fundar su competencia. Solicitará, asimismo, la remisión del expediente, o en su defecto, su elevación al tribunal competente para dirimir la contienda*¹⁰.

En caso que el juez no admita la competencia, la resolución puede ser apelada.

El juez requerido, una vez que recibe el oficio u exhorto, se pronunciará aceptando o no la inhibición solicitada. En el primer caso, dicha resolución admite la apelación por parte del actor. A su vez, cuando sea consentida o confirmada tal resolución, las actuaciones serán remitidas al juez competente.

En el segundo supuesto, es decir, cuando el juez requerido resuelva no aceptar la inhibitoria deberá enviar, sin sustanciación, las actuaciones al tribunal competente para dirimir la contienda y lo deberá comunicar al magistrado requirente para que también remita el expediente allí iniciado¹¹. En este caso, se configura un conflicto positivo de competencia, en tanto dos jueces se declaran competentes para conocer en un mismo asunto, por lo que corresponde la resolución del caso al tribunal superior común a ambos o, si no lo hubiere, deberá resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo aquellas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido.

Finalmente, cuando resuelva el tribunal superior remitirá la causa al juez que haya declarado competente.

b. La especial regulación de la inhibitoria en la ley 26.854

La referida ley introdujo la posibilidad de interponer inhibitoria ante jueces de la misma circunscripción judicial en todas aquellas causas en que el Estado Nacional o sus entes sean parte. El artículo 20 dice así:

¹⁰ Véase el art. 9 del CPCCN.

¹¹ Véase el art. 10 *in fine* del CPCCN.

“La vía de la inhibitoria además del supuesto previsto en el artículo 8° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, procederá también para la promoción de cuestiones de competencia entre jueces de una misma circunscripción judicial, en todas las causas en que el Estado nacional, o alguno de sus entes, sean parte.

Todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal; mientras que cuando el conflicto de competencia se suscitare entre la Cámara Contencioso Administrativo y un juez o Cámara de otro fuero, el conflicto será resuelto por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal”.

Esta disposición constituye una excepción a la regla del código de rito que, como anteriormente comentamos, sólo la permite en los casos que se trate de controversias de competencia entre jueces de distinta circunscripción judicial. De esta forma, en pleitos en que el Estado o cualquier de sus entes sean parte la inhibitoria se admite tanto ante los jueces de una misma como también de diferente circunscripción judicial.

Por otra parte –a la luz del segundo párrafo– se prevé que cuando se origine un conflicto de competencia entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de cualquier otro fuero, la resolución corresponderá a la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Asimismo, en caso que el conflicto se ocasionare entre esta última cámara y un juez o cámara de cualquier otro fuero, será resultado por la Cámara Federal de Casación en lo Contencioso Administrativo Federal¹².

La previsión antes señalada constituye la consagración de un principio de especialidad en función de la materia contencioso administrativa y es cuestionada por algunos autores¹³. Ello marca otra distinción,

¹² El referido tribunal fue creado por la ley 26.853 (B.O. 16/05/2013) pero no se concursaron sus cargos ni recibió habilitación para funcionar y, posteriormente, el Congreso Nacional lo derogó, a través de la ley 27.500 (B.O. 1/01/2019).

¹³ Sostienen que se trata de “la elección del fuero no justificada por ningún otro criterio que no sea la desigualdad de trato preferencial hacia el Estado Nacional”. Véase OTEIZA, Eduardo, “*El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854*” en LL.

exclusivamente para pleitos en que el Estado o sus entes sean parte, respecto a las previsiones existentes hasta la sanción de la ley 26.854. Era la Corte Suprema de Justicia de la Nación –hasta entonces- la que debía resolver en cuestiones de competencia y conflictos que se plantearan entre jueces y tribunales del país que no tuvieran un superior jerárquico común o, en la hipótesis de los conflictos planteados entre jueces nacionales de primera instancia, su resolución recaía en la Cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido¹⁴.

De esta forma, toda cuestión en torno a la competencia en la cual una parte sea un juez en lo contencioso administrativo y otro juez de cualquier fuero corresponderá determinar la competencia al superior del fuero en lo contencioso administrativo federal, es decir, la cámara respectiva.

c. La inhibitoria en causas donde el Estado Nacional es parte

La regulación de la ley 26.854, como hemos visto, trajo innovaciones que se aplican exclusivamente a litigios en donde el Estado Nacional o sus entes descentralizados es parte. La norma, si bien inserta en un cuerpo legal destinado a las medidas cautelares, se constituyó en una nueva regla procesal contencioso administrativo aplicable a cualquier tipo de proceso¹⁵.

En ese sentido, la legislación amplió los supuestos en que puede plantearse la inhibitoria a jueces de la misma circunscripción judicial y consagró un principio de especialidad basado en la materia contencioso administrativo para resolver los conflictos de competencia originados entre jueces del fuero contencioso administrativo con jueces

Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854, mayo 2013, punto XI, *in fine*.

¹⁴ Véase el art. 24 inc. 7° del decreto-ley 1285/1958.

¹⁵ Es la posición que sostuvimos en nuestro aporte en el trabajo de VALLEFÍN, Carlos A. “Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas”, Capítulo VII, punto 5., págs. 160/166, Primera Edición, Editorial Ad Hoc, 2013. También se pronunció en ese sentido GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D. “*Algunas reflexiones acerca de la nueva Ley de Medidas Cautelares contra el Estado a nivel nacional*” publicado en Jurisprudencia Argentina 2014-IV, Suplemento Medidas Cautelares, coordinador ROSALES CUELLO, Ramiro, pág. 108.

cualquier otro fuero; en esas controversias siempre recaerá la resolución en la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

IV. CUESTIONES FÁCTICAS, PROCESALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA INHIBITORIA EN LAS CAUSAS DONDE EL ESTADO NACIONAL ES PARTE

a. La importancia del instituto para la defensa estatal

La inhibitoria reviste una notable importancia como herramienta procesal en manos de la defensa estatal. Ello es así debido a la centralidad que los litigios donde interviene el Estado Nacional (o sus entes), tramiten ante los órganos judiciales competentes.

Esta situación se ha visto verificada en los últimos años, a partir de la vigencia de la ley 26.854, donde en una cuantiosa cantidad de pleitos se trabaron cuestiones de competencia derivadas de la articulación de inhibitorias por parte de los abogados estatales.

El fenómeno se vio fortalecido en asuntos de importancia institucional, políticas públicas o leyes del Congreso, en los cuales se vio una enérgica defensa estatal de la competencia contencioso administrativo federal de la Ciudad de Buenos Aires para tratar aquellos asuntos

b. La regulación procesal en la ley 26.854

El dispositivo legal reguló al instituto en su artículo 20 que también remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La interposición de una inhibitoria se efectiviza con una demanda ante el tribunal que se indique como competente y se debe señalar sobre qué causa se la pide, detallándola e identificándola precisamente y acompañar los documentos necesarios para su adecuada comprensión. La oportunidad procesal para deducirla es antes del dictado de sentencia definitiva en la causa requerida. Al recibir la inhibitoria, tratándose de una cuestión de competencia, el órgano judicial deberá darle intervención al Ministerio Público Fiscal para que dictamine en la materia y una vez que cuente con la referida pieza deberá emitir sentencia, sea aceptando la inhibitoria -en cuyo caso le solicitará al

tribunal que le remita la causa que tiene bajo su trámite- o denegándola -supuesto en el que podrá apelar el accionante o, en caso de quedar firme, corresponderá el archivo de las actuaciones-.

El juez requerido al recibir una decisión que le solicita inhibirse en las actuaciones en trámite deberá emitir una resolución de mérito. En ella podrá aceptarla, inhibiéndose de proseguir en el conocimiento del expediente y, por consecuente, girar las actuaciones al juez requirente; o denegarla, en cuyo caso, trabará conflicto de competencia positivo.

En esa situación la legislación introdujo la novedad de facultar a un tribunal específico para dirimir esas contiendas que se traben entre un órgano judicial de cualquier fuero y otro del fuero contencioso administrativo federal. Ese órgano es la cámara de apelaciones de este último fuero federal con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el caso que el conflicto positivo se trabe entre jueces que no integran el fuero contencioso administrativo federal, a nuestro juicio, corresponde dirimir a la cámara de apelaciones del órgano judicial que previno en las actuaciones¹⁶.

Una vez que el tribunal superior resuelva cuál es el tribunal que entenderá en las actuaciones solo queda a la parte -que invoque un agravio constitucional- la posibilidad de deducir el recurso extraordinario federal -o denegado, la queja- ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero es necesario recordar la clásica jurisprudencia que señaló que las cuestiones de competencia son, por regla, ajenas a tal vía por no tratarse de sentencias definitivas¹⁷.

c. Una utilización distorsiva para el acceso a la Justicia

La importancia y utilidad de la inhibitoria para la defensa del Estado, como hemos referido, es notable. Pero esta positiva evaluación no ha impedido que se verifiquen lo que, a nuestro juicio, constituyen utilizaciones desmedidas o desproporcionadas de la herramienta que fueron habituales durante el período 2016-2019.

¹⁶ Véase el art. 24 inc. 7° del decreto-ley 1285/1958.

¹⁷ CSJN, Fallos: 301:615; 302:417; 304:749; 311:605; 313:249;323:2329; 331:1712, entre otros.

Nos referimos a un tema que ocupó nuestra atención¹⁸ por la peligrosidad del criterio que sostiene, concretamente, aquella defensa estatal que tuvo acogida judicial y que postuló que la impugnación de actos del Poder Ejecutivo Nacional, cuyos alcances operan en todos los puntos del país, debe tramitar ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en que dichos actos emanan de órganos con sede en dicha ciudad.

Este criterio fue sostenido tanto en causas de carácter colectivo como también en acciones individuales consagrando un antecedente peligroso para el acceso a la Justicia de las personas del país al centralizar, prácticamente, todos los asuntos en los tribunales federales con sede en la Capital Federal en detrimento de la Justicia Federal con asiento en las provincias.

Felizmente esa jurisprudencia no fue pacífica en la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal que registró posturas antagónicas¹⁹ y la decisión final, todavía, depende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁰.

La mirada que propiciamos se basa en que nuestro país tiene una extensión territorial que lo destaca en el mundo²¹, las acciones del

¹⁸ Nos referimos a LÓPEZ, José Ignacio, “La competencia de los jueces federales del interior del país para conocer en causas donde se cuestiona la suba tarifaria del gas natural”, RDA 118, Ed. Abeledo Perrot, julio/agosto 2018, así como también, DÍAZ, Juan Francisco - LÓPEZ, José Ignacio, “La centralización de los pleitos colectivos contencioso administrativo federales y sus puntos críticos en materia de acceso a la justicia”, RDA 120, Ed. Abeledo Perrot, noviembre/diciembre 2018. El criterio judicial también mereció una mirada crítica de MALIZIA, Franco E., “La competencia territorial en la impugnación de actos administrativos a través de pretensiones colectivas y la tutela judicial efectiva (o ‘La Justicia Federal está en todas partes, pero solo atiende en Buenos Aires)’, Revista Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Número 4, agosto de 2019, disponible en línea.

¹⁹ CNFed. Contencioso Administrativo Sala I, “EN-M. de Hacienda c/ CEPIS - ADDUC s/ Inhibitoria”, expte. CAF 6090/2019, resolución del 21/02/2019.

²⁰ En las causas CAF 27529/2018/1 “Recurso Queja N° 1 – CEPIS c/ ENARGAS”, FLP 578/2018 “Estado Nacional - Ministerio de Energía s/ inhibitoria”, entre otras.

²¹ Con una superficie de 2.780.400 km² que lo coloca en el octavo puesto de países con mayor extensión.

Gobierno Nacional –aunque naturalmente se emitan a través de decretos o resoluciones administrativas dictadas en la Capital Federal– o leyes del Congreso Nacional²² son susceptibles de impactar en cualquier punto de su geografía y los ciudadanos tienen el derecho a acudir, en pos del real acceso a la justicia, ante el juez federal de su domicilio en busca de una tutela judicial efectiva.

Se trata de un criterio en nada desguarece a la defensa estatal que cuenta con representantes letrados a lo largo y ancho del territorio nacional en adecuadas condiciones de ejercer su tarea ante dichos tribunales federales con asiento en las provincias.

Esta posición, como podrá apreciar el atento lector, no atañe a los supuestos en los que el ordenamiento jurídico asigna legal competencia al Fuero Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal para atender en determinados asuntos²³.

d. Criterios jurisprudenciales

Los tribunales federales han ido fijando su criterio sobre los alcances de la inhibitoria contemplada en el artículo 20 de la ley 26.854 y sus singularidades. En lo que sigue, sobre distintos puntos que trataron los órganos judiciales haremos un repaso de los aspectos jurisprudenciales.

²² Así se sostuvo en JFed. Contencioso Administrativo N° 3 en autos “Ministerio de Salud de la Nación s/ Inhibitoria”, CAF 276/2021, resolución del 3 de marzo de 2021.

²³ Por ejemplo, respecto a los competencia exclusiva asignada a los juzgados de primera instancia del fuero contencioso administrativo en el régimen de control de drogas y productos utilizados en medicina humana (decr.-ley 6823/63), las sanciones son apelables ante el juez nacional de primera instancia en lo contencioso administrativo; igualmente, la impugnación de las sanciones relativas al ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares (ley 17.132), de la enfermería (ley 24.301) y de los especialistas en kinesiología (ley 24.317), según lo prescripto en el artículo 135 de la ley 17.132; o las incidencias a las que hace referencia la ley 27.078 (conf. art. 4), entre otros supuestos.

d.1. El órgano legalmente facultado para dirimir contiendas de competencia cuando interviene un juez en lo contencioso administrativo federal

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por remisión al dictamen de la Procuración General, se pronunció sobre el punto y estableció la aplicación del instituto en un caso suscitado entre jueces instancia de los fueros nacional civil y contencioso administrativo federal²⁴. El máximo tribunal señaló que “*el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda de competencia suscitada es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal*”.

Una interpretación particular sobre la cláusula realizó la Cámara Federal de Mendoza. El referido tribunal, en el marco de conflicto positivo de competencia planteado por la vía de una inhibitoria entre un juzgado contencioso administrativo federal y un juzgado federal de la ciudad de Mendoza, señaló el alcance que debía asignarse a la expresión legal que reza: “*todo conflicto de competencia planteado entre un juez del fuero contencioso administrativo y un juez de otro fuero, será resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo Federal*”.

La referida Cámara, alegando los principios de juez natural, debido proceso y el federalismo instaurado en nuestra Constitución, revocó la decisión de una magistrada mendocina que disponía la remisión a la Cámara Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.

El tribunal mendocino se adjudicó la competencia para resolver la cuestión al consignar que, cuando la norma se refiere a “Cámara Contencioso Administrativo Federal”, lo hace en el sentido de cámara con competencia contencioso administrativo del juez que previno en el conflicto²⁵.

²⁴ CSJN, “Costa, Matías c/ Registro Automotor N° 46 s/ Diligencia Preliminar”, Expte. CSJ 400/2013/CS1. Resolución del 2 de junio de 2015. Dictamen de Procuración General de la Nación del 5 de diciembre de 2013, suscripto por la Procuradora Fiscal Laura Monti. Dicho criterio fue luego reiterado en diversas causas como “Prestigio Operadores SRL”, Expte. CSJ 627/2013/CS1 y “Carreras, Oscar”, Expte. CSJ 313/2014/CS1, “Bionardi, Julio Ángel c/ Administración General de Puertos S.E. s/ amparo por mora”, Expte. 4654/2014/CS1, entre otras, todas resueltas el 24 de septiembre de 2015.

²⁵ C. Fed. Mendoza, Sala B, “Incidente de Recurso de queja en autos Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor c/ Distribuidora de Gas Cuyana y

d.2. Aplicación de la cláusula cuando intervienen jueces provinciales

La intervención de una empresa provincial por parte de un decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo Nacional fue cuestionada en el marco de un proceso concursal que tramita en el Poder Judicial de la provincia de Santa Fe y el Estado Nacional cuestionó la competencia ordinaria y reclamó su pase al fuero federal Contencioso Administrativo de la Capital Federal.

Allí la magistrada federal interviniente sostuvo la aplicación de la cláusula del artículo 20 de la ley 26.854 y tramitó la inhibitoria planteada, aunque la rechazó porque entendió que la competencia correspondía a la Justicia Federal con asiento en Santa Fe²⁶.

d.3. Oportunidad para deducir la inhibitoria

La legislación procesal limita la utilización de la herramienta “*hasta el momento de oponer excepciones o de contestar la demanda si aquel trámite no se hallare establecido como previo en el proceso de que se trata*”²⁷ y la jurisprudencia ha indicado que la inhibitoria no procede en los casos que la misma sea planteada con posterioridad al dictado de sentencia por el órgano judicial del cual se requiere la remisión de actuaciones²⁸.

d.4. Improcedencia en acciones de amparo

Un criterio que no es pacífico en la jurisprudencia es si la inhibitoria es aplicable en acciones de amparo -individuales o colectivas- de la ley 16.986 y artículo 43 de la Constitución Nacional. Sobre el punto se registraron en el Fuero Contencioso Administrativo Federal criterios

otros s/ Medida autosatisfactiva”, Expte. 10.266/2016/3/RH. Resolución del 26 de junio de 2016.

²⁶ JNFed. Contencioso Administrativo N° 5, “EN-M. de Desarrollo Productivo c/ Vicentin SAIC y otros s/ Inhibitoria”, expte. CAF 10351/2020, resolución del 3/07/2020.

²⁷ Art. 8 del CPCCN.

²⁸ C. Fed. La Plata, Sala II, “Centro de Estudios Para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad”, expte. FLP 8399/2016, resolución del 7/7/2016.

antagónicos que ha rechazado la procedencia del instituto²⁹ o aplicándolo sin hacer mención a la restricción contenida en la Ley de Amparo³⁰.

V. REFLEXIONES FINALES

La especial regulación de la inhibitoria que ofreció la ley 26.854 fortaleció el instituto en el campo del derecho procesal administrativo federal al conferirle particularidades bien definidas que generaron una novedad de gran importancia para la defensa estatal e impactaron en su creciente utilización en pleitos de esa naturaleza.

La indudable utilidad del instituto debe ir acompañada por criterios razonables de articulación por parte de la abogacía del Estado, siempre bregando por la legalidad, el interés público y sin obstaculizar el acceso a la Justicia de los ciudadanos/as argentinos/as.

En ese sentido, sin perjuicio de reconocer la amplia competencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal de la Capital, corresponde recordar que la Justicia Federal con asiento en las provincias -en muchos casos que pueden ser articulados ante ella- es competente para tramitar litigios contra el Estado Federal y sus entes descentralizados. A su vez, en dichas sedes, la abogacía estatal cuenta con adecuados representantes para ejercer un sólida y solvente representación de los intereses que tienen a cargo.

De este modo, el Cuerpo de Abogados del Estado Nacional encuentra en la inhibitoria de la ley 26.854 una herramienta procesal vigorosa para defender la competencial legal que los tribunales federales tienen para entender en determinados asuntos y dicha tarea deber ser enérgicamente ejercida sin caer en la tentación de plantear

²⁹ CNFed. Contencioso Administrativo Sala I, “Estado Nacional - Ministerio de Energía s/ inhibitoria”, expte. FLP 578/2018, resolución del 21/05/2019 que anotamos con Juan Francisco DÍAZ en “El reconocimiento de la competencia de los jueces federales con asiento en las provincias para tramitar causas colectivas nacionales en materia de tarifas de servicios públicos domiciliarios”, RDA 122, Ed. Abeledo Perrot, marzo/abril 2019.

³⁰ CNFed. Contencioso Administrativo, Sala III, “EN-M Energía y Minería c/ CEPIS s/ Inhibitoria”, expte. CAF 29310/2018, resolución del 9/08/2018 y Sala I, “EN-M Energía s/ Inhibitoria”, expte. FLP 578/2018, resolución del 21/02/2019, entre otras.

criterios de centralización desmesurada de todo asunto ante el Fuero Contencioso Administrativo Federal de la Capital en detrimento de los tribunales federal con asiento en las provincias y la lesión al acceso a la Justicia de las personas que, viviendo en esas sedes, tenga que llevar sus asuntos ante tribunales que se ubican a cientos de kilómetros de ellos³¹.

Los nuevos contornos de la inhibitoria para los ligios en los que interviene el Estado Nacional la tornan una imprescindible institución para su defensa y, en ese sentido, los/as abogados/as deben conocer sus particularidades a fines dar a esta herramienta del derecho procesal administrativo su más provechosa utilización.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Díaz, Juan Francisco - López, José Ignacio, “La centralización de los pleitos colectivos contencioso administrativo federales y sus puntos críticos en materia de acceso a la justicia”, Revista Derecho Administrativo N° 120, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018.
- Díaz, Juan Francisco - López, José Ignacio, “El reconocimiento de la competencia de los jueces federales con asiento en las provincias para tramitar causas colectivas nacionales en materia de tarifas de servicios públicos domiciliarios” “, Revista Derecho Administrativo N° 122, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019.
- Guiridlian Larosa, Javier D. “Algunas reflexiones acerca de la nueva Ley de Medidas Cautelares contra el Estado a nivel nacional” en Suplemento Medidas Cautelares, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2014.
- López, José Ignacio, “La competencia de los jueces federales del interior del país para conocer en causas donde se cuestiona la suba tarifaria del gas natural”, Revista Derecho Administrativo N° 118, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018
- Malizia, Franco E., “La competencia territorial en la impugnación de actos administrativos a través de pretensiones colectivas y la tutela

³¹ Esta definición sobre la competencia para tramitar causas colectivas contra las resoluciones estatales que establecieron aumentos tarifarios se encuentra, al día de hoy, a definición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

judicial efectiva (o 'La Justicia Federal está en todas partes, pero solo atiende en Buenos Aires'); Revista Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Número 4, Buenos Aires, 2019.

Oteiza, Eduardo, "El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854" en LL. Suplemento Especial Medidas Cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854, Buenos Aires, 2013.

Palacio, Lino E. Derecho Procesal Civil, Editorial Abeledo Perrot, tomo II., Buenos Aires, 1989.

Rosales Cuello, Ramiro (coordinador), Suplemento Medidas Cautelares, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2014.

Vallefín, Carlos A. "Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.

ADMINISTRACIÓN Y AMBIENTE

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS FRENTE AL DERECHO AL AMBIENTE SANO

M. CECILIA TELLO ROLDAN¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 92-104

Recibido: 7/3/2021 - Aceptado: 15/3/2021

Resumen: Predomina hoy la idea de que la restricción a los derechos individuales en pos de salvaguardar bienes colectivos, como el ambiente, resulta una verdad insoslayable. Sin embargo, el análisis de la razonabilidad o proporcionalidad de tal medida no puede ser dejado de lado en un Estado de derecho constitucional. En esta tarea, el estudio de los principios ambientales adquiere un rol preponderante al tiempo de integrar, interpretar, aplicar y/o argumentar el derecho.

Palabras clave: Principios; Razonabilidad; Ponderación; Argumentación

Abstract: The idea that prevails today is the restriction on individual rights in pursuit of safeguarding common goods, such as the environment and it is an unavoidable truth. Nevertheless, the analysis of the reasonableness or of the proportionality of such a measure cannot be

¹ Abogada (U.N.C.), Escribana (U.E.S. 21), Esp. en Docencia Universitaria (U.N. Cuyo), Esp. en Derecho Ambiental (U.B.A.), Maestranda en Derecho Procesal (U.E.S.21), alumna de la Maestría en Derecho y Argumentación (U.N.C.), Profesora en “Derecho Procesal Administrativo” (U.N.C.) y en “Derecho y Legislación” (Colegio Universitario de Periodismo), Investigadora en Derecho Ambiental (U.C.C.). Correo electrónico: mariaceciliatelloroldan@unc.edu.ar



set aside in a constitutional state of law. In doing this job, the study of the environmental principles acquires a leading role when integrating, interpreting, applying and/or arguing about the right.

Keywords: Principles; Reasonableness; Weighting; Argumentation

1. EL CONTROL DE RAZONABILIDAD

El análisis de la razonabilidad en las restricciones a los derechos individuales con el fin de proteger derechos colectivos ha sido un tema de debate constante en nuestro país. Ya en la célebre sentencia, “Saladeristas de Barracas” sostuvo nuestro Alto Tribunal con relación al Poder de Policía:

Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado. (Santiago, José y Gerónimo Podestá; Guillermo Bertram, Guillermo Anderson, Casimiro Ferrer, Gerónimo Rocca, Constant Santa María, Juan Smith, y Gerónimo Soler vs Provincia de Buenos Aires, 1887)

En Argentina Linares (2015) refiere a la fórmula de aplicación de los tribunales argentinos como “garantía de razonabilidad ponderativa o del debido proceso legal sustantivo” (p. XI). No obstante, cabe resaltar que circunscribe en su plan de investigación a la garantía de libertad solo frente al órgano legislativo. En conocida exposición, el citado autor conceptualiza la misma, estableciendo:

Con la fórmula *debido proceso legal (lato sensu)* nos referimos a ese conjunto no solo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente individual (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida *justicia* en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica

presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso). Así, por ejemplo, de acuerdo con el patrón del debido proceso, no basta que una ley sea dictada con las formas procesales constitucionales y dentro de la competencia o arbitrio del órgano legislativo, para que sea válida, sino que es necesario que respete ciertos juicios de valor a los que se liga íntimamente la justicia en cuanto orden, seguridad, paz, etc. De los que resulta un campo mínimo de libertad del individuo oponible al Estado mínimo. Hay, pues, un debido proceso *adjetivo* que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso *sustantivo* que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos. (Linares, 2015: 11-12)

Es entonces ese ideal de justicia el que debemos encontrar en cada decisión, y que como una guía nos conduzca a la verdadera justificación axiológica jurídica. Desde otra mirada, mas cercana en el tiempo, no podemos dejar de mencionar la causa de las toninas en cuanto significó una verdadera revolución en el tema de las legitimaciones administrativas, anticipándose por otra parte, a una moderna concepción del bien colectivo ambiente.

En este sentido, resultan proféticas las palabras del entonces magistrado Garzón Funes cuando sostuvo:

Creo que caben aquí una serie de consideraciones para poner más en claro la cuestión que aflige a los científicos ecologistas del mundo entero, y está relacionado, justamente, con el mantenimiento de los recursos naturales aludidos. Los adelantos científicos de la civilización moderna han significado, sin dudas, la devastación de gran parte de la vida silvestre y, por ende, del equilibrio ecológico de la biosfera; la industria y el maquinismo, invocando necesidades del “progreso”, han ido avanzando, irracionalmente, en todas partes. El uso que el hombre -consciente o inconscientemente- la ha dado a la naturaleza o espacio que lo rodea ha provocado una acelerada desaparición de especies animales que hace unas décadas vivían tranquilamente en distintas partes del planeta. No parece haberse comprendido que cuando una especie animal se extingue, la desaparición ocurre de una vez y para siempre. (Kattán Alberto E. y otro vs Gobierno nacional, 1883)

Corresponde advertir que es específicamente en el ámbito del Derecho Administrativo, de carácter eminentemente principialista, en

donde se resuelven o impactan con mayor gravitación estas tensiones derivadas de los artículos 14, 28, 41 y concordantes de nuestra Carta Magna. En ese contexto, el estudio del Poder de Policía ha permitido el desarrollo de la razonabilidad de las limitaciones a derechos individuales. Es que la razonabilidad de la afectación a un derecho como lo es, por ejemplo, el de propiedad, se determina no solo por la letra expresa del texto legal, sino también por los principios y valores que la inspiraron.

Cabe acotar que conviven en nuestra cultura jurídica tanto el debido proceso sustantivo como el test de proporcionalidad. Cianciardo (2009) por su parte, postula el uso indistinto del término razonabilidad con el de proporcionalidad, destacando como diferencia, que el primero tiene su origen en el derecho anglosajón, y que el segundo fue desarrollado en el derecho europeo continental. Expresa en este sentido la doctrina administrativista con relación a la razonabilidad:

En el derecho argentino, tenemos un concepto comparable al de la proporcionalidad, aunque no idéntico –que es el de razonabilidad-, con consagración normativa en el art. 7° inc. *f*, de la ley 19.549-ley de procedimiento administrativo-, donde se expresa que las medidas que el acto involucre (ejercicio abusivo de una potestad sancionatoria) deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad que resulte de las normas respectivas que otorgan las facultades pertinentes al órgano de que se trata. (Palazzo, 2017: 46-47)

En igual rama del derecho, el Profesor Aberastury, si bien encuentra similitudes entre la teoría adoptada por el derecho alemán y la desarrollada en nuestro país, también observa una fuerte diferencia que radica en la obligación del juez de expresar su razonamiento:

El concepto de razonabilidad explicitado por la Corte Suprema en sus pronunciamientos no se opone con el de proporcionalidad del derecho alemán. Pero [...] la diferencia radica en que el criterio no se encuentra realizado en forma concreta, sino de manera abstracta y con contenidos genéricos, lo cual viene a auto limitar la revisión de la actividad administrativa. En el derecho alemán, en cambio, se exige que el juez deba exteriorizar el análisis de razonabilidad de la norma dando una mayor explicación, en cuanto a los argumentos que permitan explicar que se ajusta, o no se ajusta, al orden jurídico. (En Tamayo S. y Gustavo E., 2016: 2)

Es digna de mención por su parte, y desde una mirada constitucionalista, Gelli (2009), quien analizando el control de razonabilidad a través del prisma de los fallos de la Corte Suprema durante el periodo 2004-2009, subraya:

Pese a que el art. 28 de la Constitución Nacional no contiene la expresión, la doctrina y los precedentes jurisprudenciales han elaborado el principio de razonabilidad a partir de esta norma, a fin de establecer la delimitación entre la reglamentación legal legítima, de la que *altera* los derechos y garantías de los habitantes de país. La tarea que cabe a los tribunales en esta cuestión es compleja, porque implica interpretación y toda interpretación constituye, siempre, una decisión entre opciones posibles. De todos modos y a fin de evitar la subjetividad —o, lo que es peor, las interpretaciones conforme los intereses políticos partidarios prevalecientes— resulta posible establecer pautas o criterios de razonabilidad para delinear un principio interpretativo que afiance los controles y resguarde los derechos. (Gelli, 2009:2)

La autora entiende este tipo de contralor efectuado por el Máximo Tribunal como una “especie del control de constitucionalidad sustantivo” (p. 2). Indica a renglón seguido, que este control contiene una autolimitación impuesta por el propio Cuerpo, en cuanto prohibición de examinar la conveniencia, oportunidad o eficacia de las normas, por derivar de una atribución propia de los poderes políticos.

Vemos entonces que si bien se vislumbran ciertas diferencias entre el debido proceso sustantivo y el test de proporcionalidad, ambos contienen pautas para dotar de racionalidad a una decisión.

2. EL ORDEN PUBLICO AMBIENTAL EN LA ARGENTINA

A la breve mención precedente sobre el control de razonabilidad, corresponde adicionar el impacto del orden publico ambiental en nuestro país, concretizado normativamente a partir de la reforma constitucional de 1994. Y reforzado posteriormente con la sanción de las denominadas “leyes de presupuestos mínimos”, amén de otras regulaciones propias del derecho público provincial.

Ello sin dejar de lado lo establecido por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto incorporó diversos artículos

protectorios del ambiente, (14°, 240°, 241°, 1973°, entre otros) en consonancia con la manda ambiental constitucional del “derecho- deber a gozar de un ambiente sano”, amén de la doctrina y jurisprudencia imperante.

El notable jurista Mario F. Valls (2016), refiriendo a las palabras de nuestra Corte Suprema en el caso de los “Saladeristas de Barracas, enseñaba que la presunción de inocuidad de la actividad específica, que fundamenta las autorizaciones administrativas

Es de orden público e invocada con mucha frecuencia. Tiene en cuenta que la relación física ambiental se entabla entre uno o mas sujetos y terceros a través del ambiente y que nadie debe dañar a terceros directamente ni a través de éste, sino que el uso que el hombre haga del ambiente debe ser inocuo para éste. (Valls, 2016:211)

De esta manera se advierte que el orden público ambiental opera por una parte, como límite para cualquier norma que permita dañar el ambiente, y por la otra como directriz para el logro de una interpretación armónica de toda la legislación específica. La cual mantendrá su vigencia siempre que no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 25.675, conforme lo prescribe el expresamente el art. 3.

3. EL ROL CLAVE DE LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES Y SU IMPACTO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EN EL PROCESO JUDICIAL

El tema de los principios ha sido abordado profusamente por la doctrina jurídica, encontrando adeptos y detractores, en cuanto a su origen, ubicación y jerarquía en el sistema normativo. En esta línea de pensamiento, corresponde entonces hacer especial referencia al papel central que juegan los principios en la conformación del ordenamiento, tomando previamente y de manera breve dos referencias doctrinarias en relación con los mismos.

Resulta apropiado, entonces, recordar que Dworkin (1989), en su reconocida obra “Los Derechos en serio” afirma que esta conllevará “un ataque general contra el positivismo” y que cuando sea necesario puntualizar algunos aspectos, tomará de referencia la versión de Hart; sostiene que las directrices políticas son:

Un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político, social de la comunidad [...] llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. (Dworkin, 1989: 72)

Agrega a tal construcción teórica, la diferencia que resulta de contrastar los principios con las normas, postula en este sentido, que tal oposición radica en una distinción lógica. Las normas, al igual que las reglas, se aplican a la manera de las disyuntivas de determinar si en el caso concreto la misma es o no subsumible. Establece, seguidamente, que “un principio [...] enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular” (p. 76), y entiende que el mismo puede coexistir en un ordenamiento jurídico con otros principios que tengan una dirección contraria, por lo que deberá evaluarse el peso de cada uno. Surge, en la búsqueda de la solución concreta al conflicto, otra diferencia con las normas, ya que los principios “tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia”, atento a que se debe “tener en cuenta el peso relativo de cada uno” de los principios en juego. (Dworkin, 1989: 77)

Alexy (2012) por su parte, en su obra “Teoría de los derechos fundamentales” al referir a la obra citada de Dworkin señala:

Cuando dice que las reglas, cuando tienen validez, son aplicables de una manera todo-o-nada, mientras que los principios solo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada solución [...] es demasiado simple. (Alexy, 2012: 80)

Para el profesor alemán, entonces la diferencia entre los principios y las reglas es que aquellos no contienen mandatos definitivos sino solo *prima facie*, y éstas se caracterizan por exigir “que se haga exactamente lo que en ellas se ordena”. Sin embargo, agrega que las mismas pueden contener también cláusulas de excepción, que, aunque no las igualan en esos casos a los principios, si les dan un carácter *prima facie*, al haber perdido su carácter definitivo. Especificando que:

Los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y

reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (Alexy, 2012: 67-68)

Podemos entonces afirmar preliminarmente que el estudio de un caso concreto que presente colisiones entre principios impone la necesidad de un conocimiento minucioso no sólo del Derecho Administrativo o Ambiental, sino también de la Filosofía del Derecho y en particular de las técnicas de argumentación.

A lo antedicho debemos añadir que, en el marco de la tutela ambiental, dos aspectos centrales gravitan directamente en las regulaciones administrativas: la prevención del daño y el deber específico de protección que pesa sobre la Administración de proteger el ambiente. Ambos se entrelazan y conforman la columna vertebral de este incipiente Derecho Administrativo Ambiental, que encuentra en los principios de la Ley General del Ambiente N° 25.675, su fundamento normativo.

En relación con la prevención del daño ambiental el artículo 41 de la Constitución Nacional estipula en lo específico: "... El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley".

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación, expresa en el art. 1710: "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo". Refiriendo seguidamente

en el art. 1713 al juicio de ponderación que debe realizar el juez al tiempo de resolver: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

Estas prescripciones normativas deben ser discernidas, conforme el artículo 2 del código indicado, que expresa: “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”. Esto último sin dejar de señalar lamentablemente, la ausencia de regulación de un método específico para la interpretación normativa, dejando a la discrecionalidad del operador el orden jerárquico de tales pautas, como así también la posibilidad de su combinación.

Sobre la prevención del daño ambiental ha sostenido nuestra Corte Suprema: “es importante señalar que, en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro”. (Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs Estado Nacional y otros, 2006)

Ya en relación al segundo postulado que referimos inicialmente, es decir el deber de protección que pesa sobre la Administración, cabe resaltar que no solo tiene linaje constitucional “las autoridades proveerán a la protección de este derecho” conforme el art. 41 de la Carta Magna, sino que ha sido plasmado en el art. 5 de la Ley General del Ambiente al establecer: “Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley”. Resultan precisas las enseñanzas de nuestro Alto Tribunal en esta línea cuando expresa:

El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar

una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras". Que la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos de mención, hasta tanto se efectúe un estudio de impacto acumulativo de dichos procesos". (Salas, Dino y otros vs Salta, Provincia de y otro, 2009)

En éste proceso judicial, corresponde subrayar la tensión que se produjo entre el principio precautorio y el principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos. En efecto en los Considerandos se indica:

El Estado provincial (fs. 91/93) solicitó que se deje sin efecto la medida cautelar decretada, sobre la base de lo dispuesto por los artículos 5, 7 y concordantes de la Constitución Nacional, toda vez que por intermedio de la referida cautelar según afirma se habrían alterado los efectos normales de los actos que, en virtud de su naturaleza gozan de presunción de legitimidad, la cual los inviste de una particular validez que obliga a quien los impugna a acreditar de modo preciso, concreto y detallado, las razones en que funda su pretensión de privarlos del status jurídico que el ordenamiento legal les otorga con el fin de permitir al Estado el cumplimiento de sus cometidos. (Salas, Dino y otros vs Salta, Provincia de y otro, 2009)

La ponderación en el razonamiento argumentativo judicial, dio como resultado el desplazamiento del principio administrativo invocado y la plena vigencia del principio precautorio.

Desde otro aspecto, resalta la doctrina judicial que la existencia de una vía administrativa paralela no puede ser alegada por como justificación para no adoptar las medidas conducentes a la prevención del daño ambiental. En este sentido nuestra Corte Suprema de la Nación resaltó: "En conclusión, tal como afirma el recurrente, el tribunal superior al dar primacía a la vía administrativa y, en consecuencia, rechazar el amparo ambiental, incurría en un exceso ritual manifiesto y vulneró

el derecho a una tutela judicial efectiva”. (Majul, Julio Jesús vs Municipalidad De Pueblo General Belgrano y otros, 2019)

Igual referencia cabe formular en relación a determinados formalismos procedimentales en donde los magistrados sostuvieron:

En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del Tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del “juez espectador”. De ello se deriva que la aplicación mecánica o literal del Código de rito para imputar defecto legal a una demanda cuya pretensión responde a presupuestos sustanciales diversos de aquellos que se tuvieron en mira al dictar la normativa procedimental, peca de excesivo rigorismo formal, que se opone en forma manifiesta al artículo 41 de la Constitución Nacional y a la ley 25.675 General del Ambiente”. (Mendoza, Beatriz S. y otros vs Estado Nacional y otros, 2015)

Tal posición de permitir la flexibilización de principios procesales en base a la función protectoria del ambiente, fue ratificada en fallos recientes de nuestro Mas Alto Tribunal al sostener:

No puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador. (Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros, 2016 y Majul, Julio Jesús C/ Municipalidad De Pueblo General Belgrano y otros, 2019)

Bajo estos presupuestos se vislumbra que mediante una correcta técnica argumentativa es posible formular restricciones a derechos individuales, explicitando los motivos y salvaguardando las garantías constitucionales.

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Las restricciones al poder y las limitaciones a los derechos suscitan polémicas complejas que convergen y se solapan con la concepción de

Estado de Derecho imperante. Quien se erija como último guardián de la Constitución, debería adscribir a modelos que si bien presenten cierta flexibilidad –para acoger los cambios sociales- también ofrecen garantías de previsibilidad y razonabilidad.

Frente a ello cabe preguntarse si debe repensarse el rol tradicional del abogado propio de los procesos bilaterales clásicos, a los fines de asumir nuevos desafíos los cuales le exigen no solo una mayor formación en la temática ambiental, sino también en los principios del derecho.

Es que los principios ambientales, por su fuerza expansiva, reformulan el sentido y alcance de las normas, imponiendo en cabeza de la Administración el deber inicial de prevención y posteriormente el de recomposición. De ello se deriva la necesidad inexorable de abogados y abogadas especialistas en ambiente que intervengan en los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y posean una fuerte impronta ética, amén de un cabal conocimiento de la jurisprudencia y doctrina aplicable.

Ya en el plano judicial, el debido proceso, el derecho de defensa así como el principio de congruencia pueden verse flexibilizados en el caso concreto en el juicio de ponderación que realice el magistrado. Circunstancia que requiere de profesionales en el derecho que sin dejar de lado la teoría del acto administrativo, conozcan acerca de razonamiento probatorio, ponderación de derechos fundamentales, y técnicas argumentativas.

Por último, debemos subrayar que la protección del ambiente se caracteriza por interesar a todos los ciudadanos (incluidos magistrados, legisladores y funcionarios públicos) extendiéndose por ello en su ámbito protectorio a las generaciones futuras. Es deber en consecuencia, de los abogados del Estado, compatibilizar la manda de defender a la Administración Pública con la de proteger el lugar que habitamos.

5. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Sociales.

- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. 2° ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel.
- Gelli, M. A. (2009). Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009). *Revista La Ley 2009-F, 946*. Thomson Reuters.
- Linares, J. F. (2015). *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía constitucional innominada*. 2° ed. actualizada. 4° reimpr. Buenos Aires. Astrea.
- Palazzo, J. L. (2017). *Derecho, poder político y libertad*. Buenos Aires. Astrea.
- Tamayo, S. y Gustavo, E. (2016). Razonabilidad y proporcionalidad como límites al ejercicio del poder de policía. *Revista La Ley 2016-F*. Thomson Reuters.

6. ANEXO JURISPRUDENCIA

- Kattán Alberto E. y otro c. Gobierno nacional, (Juzgado 1ª Inst. Cont. Adm. Fed. N° 2, 1983).
- Majul Julio Jesús vs Municipalidad De Pueblo General Belgrano y otros, Fallos: 342:1203 (CSJN, 2019).
- Martínez Sergio Raúl vs Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros, Fallos: 339:201 (CSJN, 2016).
- Mendoza Beatriz Silvia y otros vs Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), Fallos: 329:2316 (CSJN, 2006).
- Mendoza Beatriz S. y otros vs Estado Nacional y otros, Fallos 338:80, (CSJN, 2015).
- Podestá Santiago, José y Gerónimo; Bertram Guillermo, Casimiro Ferrer, Guillermo Anderson, Rocca Gerónimo, Constant Santa María, Smith Juan, y Soler Gerónimo vs Provincia de Buenos Aires, Fallos 31:274 (CSJN, 1887).
- Salas Dino y otros vs Salta, Provincia de y otro, Fallos: 332:663 (CSJN, 2009).

EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

ANA MARÍA JAIME¹
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 105-140
Recibido: 1/3/2021 - Aceptado: 8/3/2021

Resumen: El presente artículo, tiene el propósito de demostrar empíricamente la importancia de aplicar instrumentos del derecho internacional vinculantes a fin de identificar desde el derecho comparado, el cumplimiento de las normas convencionales ambientales, como principal objeto de control, evaluando como aporte, la registración de los incumplimientos de instrumentos internacionales vinculantes a fin de aplicar las multas correspondientes.

Palabras clave: derecho internacional; instrumentos vinculantes; acuerdos ambientales multilaterales; Fuentes del Derecho Internacional; obligaciones jurídicas internacionales; respeto; cumplimiento; control; soft law

1. INTRODUCCIÓN

La emergencia climática y las crisis ambientales; relacionadas con los ecosistemas, el agua, las costas, el plástico en los océanos, la mortalidad de peces, los incendios forestales, los huracanes, las altas

¹ Doctora por la Universidad de Buenos Aires – Facultad de Derecho, posee una Maestría en Inteligencia Estratégica - Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, es evaluadora de artículos de su especialidad en universidades extranjeras.



temperaturas, las plagas de langosta, los deshielos, las inundaciones, los tsunamis, la desertificación, la degradación ambiental y los planes de recuperación pos-COVID-19, ponen de manifiesto y nos exhortan a impulsar la sostenibilidad de nuestro futuro común, ubicando a la “naturaleza” en el centro de la toma de decisiones, a fin de cumplir fines más ambiciosos sobre el clima y la biodiversidad, reduciendo la contaminación, para así alcanzar la meta de cero emisiones netas en 2050. El documento de la Asamblea de las Naciones Unidas² sobre el Medio Ambiente, en su quinto período de sesiones, realizado en Nairobi entre el 22 al 26 de febrero de 2021, y cuya convocatoria se refirió al fortalecimiento de las acciones para que la naturaleza logre los Objetivos de Desarrollo Sostenible, instó a los Estados a la apertura de una nueva “era de acción”, ante las graves amenazas, en virtud de que la pandemia de Covid-19 está indisolublemente ligada a ellas a nivel planetario.

2. CONTROLES INTERNACIONALES

Por la complejidad de regular cuestiones ambientales de carácter global, vinculadas a la incertidumbre científica y, a la necesidad de articular mecanismos de garantía eficaces, podría afirmarse que el control internacional del medio ambiente está sujeto a: (1) un proceso en constante cambio e innovación, (2) a la existencia de lagunas del derecho, en la aplicación de los controles y de los principios, en relación a su cumplimiento normativo e institucional, y (3) a su escasa articulación en el marco de la estructura de gobernanza del derecho internacional del medio ambiente. Es en este marco de análisis, que el control sobre la conducta de los Estados para la aplicación y cumplimiento de los tratados internacionales ratificados, tiene relevancia y se ejerce a través de mecanismos internacionales, para asistir a las partes.

En el tema de los controles internacionales, el informe del Secretario General de Naciones Unidas producido en el año 2018³, expresó: *“Los tratados internacionales adoptados en los planos regional y*

² <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/35143/INF1%20SpanishRevK2100164.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³ UN, Informe del Secretario General de las UN, 208 – Lagunas del DIMA.

mundial, que comúnmente se conocen como los acuerdos ambientales multilaterales, constituyen las principales fuentes de derecho internacional del medio ambiente. Hasta el momento se ha adoptado un vasto conjunto de acuerdos ambientales multilaterales que comprende más de 500 instrumentos. Cada uno de esos acuerdos aborda un problema ambiental concreto y posee su propia entidad jurídica e institucional. El carácter gradual y fraccionario de la actividad legislativa internacional del medio ambiente ha dado pie a una proliferación de regímenes reguladores en gran medida sectoriales y a la fragmentación del marco jurídico internacional para la protección del medio ambiente". En el marco descrito, el ejercicio del control, se modula en función del principio de responsabilidades comunes, que reconoce la equidad en la responsabilidad de los países para atender los asuntos ambientales, señalando que esa responsabilidad puede expresarse jurídicamente en un diferente grado de obligatoriedad.

El derecho internacional del medio ambiente, es el ámbito del derecho internacional público que se ocupa de los Estados y de las organizaciones internacionales que se refieren a la protección del medio ambiente, consolidándose en la normativa y en los principios del derecho internacional público general, y cuyas fuentes se encuentran enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dando lugar a un amplio conjunto de obligaciones jurídicas internacionales, cuyo principal objetivo es la protección del medio ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales.

La existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario (aplicada al caso del derecho internacional ambiental), requiere la presencia de una práctica establecida junto con la "opinio iuris" de los Estados (la creencia de que la práctica es obligatoria debido a la existencia de una norma de derecho que la impone), es decir para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario que exista una práctica general que sea aceptada como derecho (*opinio iuris*)⁴.

⁴ A/CN.4/710 – Identificación del derecho internacional consuetudinario – Medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario – Comisión de Derecho Internacional.

El requisito de una práctica general, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, significa que es la práctica de los Estados la que contribuye a la formación o la expresión de las normas de derecho internacional consuetudinario”; asimismo, en algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”, mientras que el comportamiento de otros actores no constituye una práctica que contribuya a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario, pero puede ser pertinente al valorar la práctica” que consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

La Convención de Viena, sobre “Derecho de los Tratados⁵”, reconoció: (i) la función primordial de los tratados en la historia de las relaciones internacionales; (ii) la importancia de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales y (iii) que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma “*pacta sunt servanda*” están universalmente reconocidos, (iv) que las controversias relativas a los tratados, al igual que las demás controversias internacionales deben resolverse por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional; (v) reconoció la resolución de los pueblos de las Naciones Unidas de crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados, (vi) mencionó a los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, (vii) mencionó que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados en la presente

⁵ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force - January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

Convención, contribuirán a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en la Carta, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional; (viii) un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En este artículo se analizaron, instrumentos normativos de carácter internacional, que constituyeron los presupuestos orientadores de la rama del derecho ambiental, documentos del sistema de Naciones Unidas de la Asamblea General y del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), con una valoración jurídica del medio ambiente y desde los recursos naturales limitados y escasos que la humanidad posee, relacionados al concepto de daño ambiental y los pasivos ambientales⁶ producidos por la contaminación a nuestro medio ambiente.

La Dra. Borrás Pentinat⁷ en su tesis doctoral sobre estudio de los mecanismos internacionales existentes para el control de la aplicación y el cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales en materia de protección del medio ambiente en el orden jurídico internacional, *expresa el interés por el análisis del control internacional que se basa en la necesidad de dar respuesta a la difícil integración de las normas internacionales en los ordenamientos jurídicos de los Estados y de asegurar su respeto, en especial en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente.*

⁶ Pasivos ambientales: El pasivo ambiental, es la sumatoria de los daños a la naturaleza, no compensados y que fueron producidos por la actividad de una empresa, provocando en el medio ambiente y en la comunidad sobre la que opera, gravísimas deudas ambientales que no son reconocidas por las firmas productoras del daño, violando de este modo los límites de las normas vigentes, esta definición pertenece al Doctor Joan Martínez Alier, un catedrático del Departamento de Economía e Historia Económica de la Universitat Autònoma de Barcelona.

⁷ Universitat Rovira I Virgili Los Mecanismos De Control De La Aplicación Y Del Cumplimiento De Los Tratados Internacionales Multilaterales De Protección Del Medio Ambiente Susana Borràs Pentinat - ISBN:978-84-691-06525/DL:T-2223-2007.

Los conflictos e intereses de la sociedad, y las estructuras de poder, exigen la articulación de procedimientos y técnicas jurídicas, que no sólo faciliten la adaptación del ordenamiento jurídico internacional a las rápidas transformaciones sociales, sino que promuevan su respeto y cumplimiento, ya que el control es un instrumento de defensa del ordenamiento jurídico y, por otra, un mecanismo limitativo de la actuación de los miembros de la sociedad internacional.

Para la doctora Jutta Brunnée⁸, la situación del Derecho internacional ambiental es la parte de un sistema de equilibrio de intereses soberanos contrapuestos a un sistema de interacción constructiva del interés común.

El concepto de ‘interés común’ es el marco de referencia para el Derecho internacional, introduciendo los cambios para el futuro. El riesgo de determinadas actividades y el ánimo de prevención de daños a determinados bienes, exigían una respuesta diferente a la reacción *ex post* que aporta la responsabilidad internacional.

3. MECANISMOS DE IMPLEMENTACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS

Los mecanismos de implementación permiten a las partes, fortalecer sus capacidades⁹ de cumplimiento, monitoreo y verificación de sus obligaciones para la efectividad del instrumento y estos son: (i) Conferencia de las partes, donde estas se reúnen para examinar el estado de implementación; ((ii) aprobar la situación o los temas que aborda, así como su grado de avance hacia el cumplimiento de los objetivos del acuerdo, (iii) Secretaría especializada, que brinda apoyo a la Conferencia de las Partes, proporciona información a las partes y coordina con otros órganos multilaterales. Esta facilita el funcionamiento de las diferentes partes orgánicas del instrumento. (iv) Grupos de trabajo o paneles técnicos o científicos que examinan

⁸ BRUNNÉE, J., ‘Common Interest’ – Echoes from an Empty Shell? Some Thoughts on Common Interest and International Environmental Law”, en *ZaöRV*, n° . 49, 1989, pp. 791 y ss.

⁹ CEPAL Publicación de las Naciones Unidas ISSN 1564-4189 LC/L.3912 - Copyright © Naciones Unidas, octubre de 2014

temas específicos y especializados, y que reportan a las partes, (v) Centro de intercambio de información relevante a la implementación del tratado, (vi) Mecanismo financiero que cubra los costos incrementales asociados a la implementación del instrumento y apoye a la ejecución de proyectos diseñados para fortalecer su implementación.

4. EL DERECHO BLANDO O “SOFT LAW”

El análisis, se realiza desde el plano del Derecho Internacional Ambiental, tomando como regla de aplicación un derecho positivo que regule el desarrollo sostenible de los países, en particular de aquellos con mayor grado de vulnerabilidad, ya que el carácter funcional, contribuye a dar a sus normas una formulación flexible, con predominio de los instrumentos del soft law como característica¹⁰.

Desde el marco de una noción de “soft law”¹¹, el derecho al desarrollo sostenible, a nivel universal, fue reconocido en la Asamblea General de las Naciones Unidas que adoptó, con fecha 4 de diciembre de 1986, la Resolución N° 41/128¹² y contiene la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, en el cual se tuvieron en consideración los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas, en relación a la cooperación internacional referida a la solución de los problemas económicos, sociales-culturales, humanitarios, el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y también las libertades fundamentales, en el que se reconoció que el desarrollo es un proceso global económico, social-cultural y político que tiene como objetivo el bienestar de la sociedad, destacando en su articulado, que el derecho al desarrollo implica el derecho de los pueblos a la libre determinación,

¹⁰ Un ejemplo de este tipo de formulaciones lo constituye los artículos 3 y 4 de la Convención de 1992 sobre el cambio climático, que en los términos de la primera de estas disposiciones se establece que “Las Partes se dejaran guiar...” por diferentes principios generales; y en relación con la segunda, las “Partes adoptaran las medidas necesarias...”, “... teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y de la especificidad de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de su situación”.

¹¹ *Ius et Praxis* ISSN: 0717-2877 revista-praxis@utalca.cl - Universidad de Talca - Chile

¹² UN. Asamblea General 97a. sesión plenaria – 4 de diciembre de 1986.

con sujeción a los Pactos internacionales de los derechos humanos y el ejercicio de su derecho a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Una de las consecuencias del predominio del “*soft law*” en la regulación jurídica internacional en materia de protección ambiental es, para algunos autores, como KISS y SHELTON, “... la importancia de la opinión pública, la cual es responsable en gran parte del origen y del rápido desarrollo del Derecho internacional del medio ambiente¹³”; para VIRALLY¹⁴, este tipo de técnica normativa flexible se contrapone al derecho en sentido estricto, es decir, al “*hard law*” ya que a diferencia de éste “sería menos coactivo para los actores jurídicos porque les dejaría una mayor amplitud de elección de comportamientos”, es decir que “la obligación jurídica, considerada en sí misma, no es susceptible de grados”, “o es una obligación jurídica o no lo es, pero no caben situaciones intermedias” y debe ser considerado como enunciativo de obligaciones jurídicas en sentido técnico-jurídico.

El *soft law*¹⁵, representa para el derecho internacional del medio ambiente, un instrumento o recurso con principios y criterios jurídicos ambientales que, sin ser aún vinculantes u obligatorios, marcan la pauta de la normativa internacional.

Los límites del Derecho Internacional del Medio Ambiente, se refieren en principio: a la soberanía estatal, a la integridad territorial y a la no-injerencia en los asuntos internos de los Estados, dichos principios constituyen la definición de las prerrogativas de los Estados que condicionan la limitación de la adopción de normas jurídicas vinculantes, y se encuentran plasmados en la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, en sus artículos: (i) 2.2: “... Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán

¹³ En KISS, A. CH., SHELTON, D., *International Environmental Law*, op. cit., 2004, p. 21

¹⁴ Vid. VIRALLY, M. C., “Cours général de droit international public”, RCA-DI, t. 183 (1983-V), p. 275.

¹⁵ González Arruti, Carlos Ignacio, “El derecho internacional del medio ambiente y el principio de precaución: una atención a los organismos vivos modificados (OVM)”, en *Dikaion* 24-2 (2015). DOI: 10.5294/dika.2015.24.2.5

de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta...”, (ii) 2.4: “... Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas...” y (iii) 2.7: “... Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta...”

Para el doctor Eduardo Valencia – Ospina¹⁶ el desafío presente, demuestra la tendencia de adaptar instituciones del Derecho Internacional, a través de una evolución dinámica de las necesidades actuales, referidas a la protección del medio ambiente, a la conservación de los recursos naturales en armonía y a la actualización en materia de desarrollos científicos y tecnológicos del siglo XXI.

5. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

- Los Tratados Internacionales
- La Costumbre y los Principios generales del Derecho
- Responsabilidad de los Estados

La ubicación del Derecho Internacional Ambiental en el marco del Derecho Internacional general, queda demostrada en relación a las Fuentes del Derecho Internacional Ambiental¹⁷, es decir los Tratados Internacionales, que como lo afirma el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, (anexo a la Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, junio 26 de 1945), establece: “... (i) La Corte,

¹⁶ Doctor Valencia-Ospina. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

¹⁷ Para un análisis de la evolución de los tratados internacionales en materia ambiental desde una perspectiva histórica, vid. KELLY, M., “Overcoming Obstacles to the Effective Implementation of International Environmental Agreements”, en *Georgetown International Environmental Law Review*, n° . 9, 1997, pp. 448 y ss

cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. (ii) La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio “ex aequo et bono”, si las partes así lo convinieren...”

Naciones Unidas¹⁸, en su A/RES/56/83 - Asamblea General Distr. General 28 de enero de 2002 y en el Documento A/56/10 - Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio al 10 de agosto de 2001)¹⁹ se establecieron los términos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: El Convenio sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960) Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 956, n.º 13706, pág. 288, Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington D.C., 29 de marzo de 1972) *Ibíd.*, vol. 961, n.º 13810, pág. 212, Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993) Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 150. En lo referente a la “Prevención Del Daño Transfronterizo Resultante De Actividades Peligrosas”, el Artículo 7, Evaluación del riesgo establece: “... Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos deberá basarse, en particular, en una evaluación del daño

¹⁸ A/RES/56/83 - Asamblea General Distr. General 28 de enero de 2002 - Quincuagésimo sexto período de sesiones Tema 162 del programa 01 47800 Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83.

¹⁹ https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental...”

En lo relativo a la Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, la prevención de ese daño dimanante de actividades peligrosas es un objetivo en el que se hace mucho hincapié en el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río), y que la CIJ confirmó en su opinión consultiva en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*²⁰, al declarar que ya formaba parte del corpus de normas de derecho internacional.

Para Kant²¹, la violación o el incumplimiento de los tratados internacionales, afecta necesariamente a todos y a cada uno de los Estados de la comunidad internacional, toda vez que cualquiera de estos incumplimientos pone en peligro y amenaza a la libertad y armonía que ha de regir en las relaciones entre los Estados.

Para el autor Cassese²², A., un Estado será compelido a acatar una obligación internacional -de hacer o de no hacer – por vía de un tratado, cuando dicho sujeto del derecho internacional haya aceptado la obligación por medio de una manifestación de libre voluntad y que la misma se ajuste a los parámetros fijados en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969 - artículo 2.1.a) “... se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...”

Los tratados en materia ambiental para autores como Sands²³ Philippe, Birnie, Patricia y Boyle²⁴ A., son la fuente principal de obligaciones

²⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (véase la nota 54 supra), págs. 241 y 242, párr. 29; véase también A/51/218, anexo

²¹ Vid. KANT, I., *The Philosophy of Law*, Edimburgo, 1887, pág. 223.

²² CASSESE, Antonio, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 200, p. 170.

²³ Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, 2003.

²⁴ *International Law and the Environment*, Oxford University Press, Nueva York 2002, p. 13.

y derechos con relación a la protección del medio ambiente, se ajustan a las normas del Derecho Internacional General y le son aplicables las normas de clasificación de los tratados en universales – abiertos para la ratificación de los Estados – en regionales- ceñidos a intereses geográficos de una región y – bilaterales – de regulación ambiental entre dos Estados²⁵.

Ahora bien, la fragmentación normativa en la protección del medio ambiente por la especificidad de la temática (capa de ozono, agua, derecho del mar, diversidad biológica, desertificación, extractivismo, biodiversidad, contaminación, daño ambiental), pone de manifiesto que para el cumplimiento de las obligaciones ambientales, debería privilegiarse el consenso entre los Estados para adopción y cumplimiento de las decisiones²⁶, con el valioso aporte del sector científico/tecnológico/digital para la implementación del sistema probatorio.

La interrelación de los efectos de los tratados internacionales en materia ambiental²⁷, se produce tanto en relación con otros tratados internacionales de protección ambiental, como con otros tratados internacionales no específicamente reguladores de materias ambientales, como por ejemplo, sobre comercio internacional.

²⁵ Díez de Velazco Vallejo. Manual. Instituciones del Derecho Internacional Público.

²⁶ B. Buzan, *Negotiating by Consensus: Developments in Technique at the United Nations Conference at The law of the Sea*, en 75 *American Journal of International Law*, 1981, pp. 324-326.

²⁷ En este sentido, son amplias las referencias doctrinales relativas a las relaciones entre los tratados internacionales de medio ambiente y los acuerdos que integran el sistema multilateral del comercio. A título de ejemplo, CAMERON, J., ROBINSON, J., "The Use of Trade Provisions in International Environmental Law Agreements and their Compatibility with the GATT", en *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2, 1991, pp. 3-30; también el documento WTO, *Trade and Environment in the GATT/WTO. Background Note*, Trade and Environment Division, 1999; GOLDBERG, D., HOUSMAN, R., VAN DYKE, B., ZAELEKE, D. (eds.), *The Use of Trade Measures in Select Multilateral Environmental Agreements*, United Nations Environmental Programme/Center for Environmental Law, 1995; PETERSMAN, E. U., *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, Kluwer, The Hague, 1995; SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del Medio Ambiente. Aspectos jurídicos*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000; y ZAPATERO, P., *Derecho del comercio global*, ed. Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

En el informe del Secretario General -Asamblea General de las Naciones Unidas-²⁸ (realizada el 30 de noviembre de 2018), en su septuagésimo tercer período de sesiones titulado: Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente, en el marco de la Resolución 72/277 de la Asamblea General, titulada “Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente”, surgieron las siguientes premisas: (i) en el derecho internacional del medio ambiente no existe un marco normativo general único que establezca normas y principios que puedan considerarse de aplicación general, aunque esos principios puedan contribuir a unificar el actual enfoque sectorial del derecho internacional del medio ambiente y colmar las lagunas de las normas establecidas en los tratados, (ii), algunos principios del derecho internacional del medio ambiente se encuentran bien reconocidos por su incorporación en los acuerdos ambientales multilaterales relativos a cuestiones específicas y han sido afirmados por varios tribunales y Cortes internacionales, pero otros no gozan de claridad, ni de consenso judicial en lo referente a su aplicabilidad, ni de reconocimiento en los instrumentos jurídicos vinculantes, hecho que repercute en la previsibilidad y aplicación de los regímenes ambientales sectoriales, (iii) el derecho internacional del medio ambiente y su aplicación efectiva podrían reforzarse a través de medidas como la aclaración y el fortalecimiento de los principios que rigen ese ámbito del derecho. Esto podría lograrse con un instrumento internacional exhaustivo y unificador que abarcara todos los principios del derecho ambiental, (iv) deberían aplicarse medidas más eficaces de verificación, examen y presentación de informes, y mecanismos y procedimientos de cumplimiento y aplicación sólidos, que aseguraran que los Estados que necesitasen apoyo dispusiesen de recursos suficientes para poder cumplir sus compromisos de manera eficaz; además, la función de los agentes no estatales debería reforzarse en múltiples niveles.

“... Es indispensable que los Estados y las Naciones Unidas trabajen juntos, para colmar las lagunas del derecho internacional del medio ambiente aprovechando los enfoques creativos que los Estados han adoptado hasta la fecha para proteger el medio ambiente. Debemos aprovechar todos juntos la oportunidad de utilizar el derecho

²⁸ <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/73/419>

internacional del medio ambiente de manera innovadora y dinámica para establecer un régimen de gobernanza sólido y eficaz con miras a proteger mejor el medio ambiente para las generaciones futuras...”

6. LA COSTUMBRE

Como fuente del Derecho Internacional, la Costumbre, se encuentra citada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “... La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar la costumbre como prueba práctica aceptada como derecho...”, es decir como el ejercicio de una práctica común.

La Dra. Zlata Drnas de Clément ²⁹, señala: “... La formación de la costumbre se apoya en dos pilares: a) elemento objetivo (práctica) y b) elemento subjetivo (“opinio iuris sive necessitatis”).

El elemento objetivo de la repetición formativa de la costumbre requiere que ésta sea uniforme, continua, no interrumpida, emanada de actos de autoridad representativa del sujeto que la construye. Constituyen pruebas subsidiarias o elementos confirmativos de la existencia de los actos y la convicción de obligatoriedad con que los mismos fueron realizados, las obras doctrinarias, los documentos de organismos u órganos internacionales, particularmente, ciertos proyectos (vg. Comisión de Derecho Internacional/CDI).

Se ha discutido el valor de las resoluciones de Organizaciones Internacionales en la construcción de la costumbre...”, la parte que invoca la existencia de una costumbre, no necesita probar el derecho sino únicamente los hechos.

Es el tribunal quien pondera la existencia de la “opinio iuris” conformativa de la costumbre. La práctica continua actúa de presunción de

²⁹ Fuentes Del Derecho Internacional Del Medioambiente* Zlata Drnas De Clément - Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina; Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba; Directora del Instituto de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Directora del Anuario Argentino de Derecho Internacional. D (zlata1@fibertel.com.ar).

la misma, lo que ha llevado a algunos autores a considerarla como un pseudo elemento y que lo objetivo y lo subjetivo de los actos se hayan inextricablemente unidos. La Corte Internacional de Justicia, en el fallo de la Caza de la ballena en el Antártico: (Australia c. Japón) – declaración de intervención de N. Zelanda – Providencia de fecha 6 de febrero de 2013, en la que decidió que la declaración de conformidad con el art. 63, párrafo 2 del Estatuto era admisible.

El planteo de N. Zelanda refería a las cuestiones de interpretación que son el objeto del proceso, específicamente en el Artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena: "... No obstante todo lo dispuesto en la presente Convención, cualquier Gobierno Contratante podrá otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial autorizado a dicho nacional a matar, tomar y beneficiar ballenas con finalidades de investigación científica pero con la sujeción a restricciones en cuanto a cantidad u otras condiciones que el Gobierno Contratante crea convenientes, y la muerte, captura y beneficio de ballenas de acuerdo con las disposiciones de ese artículo estarán exentos de los efectos de esta Convención.

Cada Gobierno Contratante dará cuenta de inmediato a la Comisión de todas las autorizaciones de tal naturaleza que haya otorgado. Cada Gobierno Contratante podrá, en cualquier momento, revocar cualquier permiso de tal naturaleza que haya otorgado..."

El Juez Cançado Trindade, en el caso mencionado, añade que la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales a la luz del enfoque sistémico, están contribuyendo a la formación gradual de una opinio iuris communis en esta esfera del Derecho Internacional Contemporáneo, y a pesar de asumir una dimensión considerablemente más amplia que la de ser el elemento subjetivo constitutivo de la costumbre, y a ejercer un papel clave en el surgimiento y la gradual evolución de las normas jurídicas internacionales. Al fin y al cabo, la conciencia jurídica de lo que es necesario (*ius necessarium*) está por encima del 'libre albedrío' de los diversos Estados (*ius voluntarium*), lo cual hace posible la evolución del derecho internacional que rige la conservación y la utilización sostenible de los recursos marinos vivos. En esta esfera, el voluntarismo de los Estados cede ante el *ius necessarium*, muy particularmente en la presente era de tribunales internacionales, entre crecientes esfuerzos por asegurar la largamente

esperada primacía del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*. En última instancia, esto pasa a ser de fundamental importancia para la realización del bien común buscado...”

Para el doctor Julio Barboza³⁰, la costumbre, podría considerarse un tratado tácito, porque efectivamente los Estados que van adhiriéndose lo hacen prestando su consentimiento. Numerosas normas de costumbre internacional han formado parte de los tratados internacionales con fuerza vinculante como es el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyas disposiciones sobre protección y preservación del medio ambiente marino, incluyendo disposiciones de prevención, reducción y control de contaminación del mar.

En la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el caso: (Montego Bay, diciembre 10 de 1982, artículo 139): “Obligación de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y responsabilidad por daños”.

1. Los Estados Partes estarán obligados a velar por que las actividades en la Zona, ya sean realizadas por ellos mismos, por empresas estatales o por personas naturales o jurídicas que posean su nacionalidad o estén bajo su control efectivo o el de sus nacionales, se efectúen de conformidad con esta Parte. La misma obligación incumbirá a las organizaciones internacionales respecto de sus actividades en la Zona.

2. Sin perjuicio de las normas de derecho internacional y del artículo 22 del Anexo III, los daños causados por el incumplimiento por un Estado Parte o una organización internacional de sus obligaciones con arreglo a esta Parte entrañarán responsabilidad; los Estados Partes u organizaciones internacionales que actúen en común serán conjunta y solidariamente responsables. Sin embargo, el Estado Parte no será responsable de los daños causados en caso de incumplimiento de esta Parte por una persona a la que haya patrocinado con arreglo al apartado b) del párrafo 2 del artículo 153 si ha tomado todas las

³⁰ Doctor Julio Barboza: Costumbre especial sería la bilateral, regional o simplemente entre un grupo de Estados aunque carezcan de propinuidad geográfica, por ejemplo, Estados de diferentes continentes ligados por un tratado, algunas de cuyas normas se expanden en costumbres en un grupo mayor de Estados que incluirían a la comunidad pionera de los miembros del tratado. <http://www.cari.org.ar/pdf/contribuciones-di2015.pdf>

medidas necesarias y apropiadas para lograr el cumplimiento efectivo de conformidad con el párrafo 4 del artículo 153 y el párrafo 4 del artículo 4 del Anexo III.

3. Los Estados Partes que sean miembros de organizaciones internacionales adoptarán medidas apropiadas para velar por la aplicación de este artículo respecto de esas organizaciones.

7. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su *artículo 38 consagró como fuente principal del derecho internacional a los principios generales del derecho* “.. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas...”

En este punto podemos mencionar un papel muy importante del principio del derecho internacional ambiental como el de “la buena fé”, mencionado en el fallo de los *Ensayos Nucleares Archipiélago de Mururoa - 1973 (Nueva Zelanda v. Francia)*, en su fallo en el caso relativo a los ensayos nucleares, la Corte, por 9 votos contra 6, declaró que, en adelante, la demanda de Nueva Zelanda carecía de objeto y que, por lo tanto, la Corte no tenía que dictaminar al respecto.

Los Gobiernos de Australia y Francia debían ambos procurar que no se realizara ningún acto que pudiera agravar o ampliar la controversia sometida a la Corte o menoscabar los derechos de la parte contraria a obtener la ejecución del fallo que la Corte pudiera pronunciar en el caso; y, en particular, el Gobierno francés debía abstenerse de realizar ensayos nucleares que provocaran el depósito de precipitación radiactiva en territorio australiano.

Dijo la Corte: “La confianza recíproca es una condición inherente a la comunidad internacional, esencialmente en una época en la que en muchos campos, esa cooperación es cada vez más indispensable: Al igual que el propio principio del Derecho de los Tratados “*Pacta sunt servanda*”, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido a través de una declaración unilateral descansa sobre la buena fe. De ahí que los Estados interesados, puedan tener en cuenta

las declaraciones unilaterales y confiar en ellas, tienen derecho a exigir que la obligación así creada sea respetada.

8. PRINCIPIO GENERAL DE EQUIDAD

Dicho principio general, posee un importante papel en relación a las desigualdades presentes en el sistema de límites internacionales para obtener una distribución equitativa de los recursos³¹, en virtud de lo expresado en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación suscripta en Nueva York el 27 de mayo de 1997, que regula el uso equitativo de los recursos de agua compartidos por dos o más países. Para la doctora Zlata Drnas de Clément, las fuentes³² del Derecho Internacional del Medio Ambiente, son un subsistema jurídico de esa rama (ambiental) del Derecho Internacional Público³³ (Simma, B.- Pulkowski, D.), ya que en el último medio siglo, el alcance del derecho internacional aumentó, debido a que pasó de ser un instrumento dedicado a la reglamentación de la diplomacia formal, a tratar la mayoría de las formas de actividad internacional en las diferentes esferas, desde el comercio hasta la protección del medio ambiente, desde los derechos humanos hasta la cooperación científica y tecnológica.

³¹ Fitz maurice, Malgosia A., óp. Cit., supra nota 14, p. 119.

³² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. "Art. 38: 1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1. a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio 'ex aequo et bono', si las partes así lo convinieren".

³³ Dra. Zlata Drnas de Clément. Abogada, Dra. en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente-Investigadora. Directora de Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Para la autora, Las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, son aplicables en materia ambiental en lo relacionado con la celebración, entrada en vigor de los tratados, observancia, aplicación, interpretación, enmienda, modificación y en lo relacionado con el tema de la nulidad.

Con la creación de nuevos organismos multilaterales, de ámbito regional y universal, en las esferas del comercio, la cultura, la seguridad, el desarrollo, es difícil concebir un campo de actividad social que no esté sujeto a algún tipo de reglamentación jurídica internacional.

Las urgencias del mundo social internacional, adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos.

El ciclo de mayor producción de tratados ambientales es el comprendido entre 1970 y 1989, ya que se firmaron 220 tratados multilaterales (Ramlogan, R. 2001-2002), en el año 2000 se estimaba para la autora, la firma de 179 acuerdos sectoriales en las áreas del derecho marítimo, 62 en relación a las aguas dulces y 47 sobre diversidad biológica.

Ahora bien, conforme lo estableció la Comisión de Naciones Unidas en su 52ª período de sesiones del año 2000, podríamos interpretar según la documentación analizada, que algunos actos regidos por el «derecho internacional general³⁴» se fueron convirtiendo en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo», e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», cada uno de los cuales, poseen sus propios principios e instituciones.

El órgano internacional, expresaba que los nuevos tipos de derecho especializado tratan de responder a nuevas necesidades técnicas

³⁴ En su 52º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo a largo plazo (véase Anuario... 2000, vol. II (segunda parte), párr. 729) después de haber examinado un estudio de viabilidad de G. Hafner («Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», *ibíd.*, anexo, pág. 151).

y funcionales: el «derecho ambiental», es una respuesta a la creciente preocupación por el estado del medio ambiente internacional. El «derecho mercantil» surge como instrumento para responder a las oportunidades creadas por las ventajas comparativas en las relaciones económicas internacionales. El «derecho de los derechos humanos» pretende proteger los intereses de las personas, y el «derecho penal internacional» da expresión jurídica a la «lucha contra la impunidad».

El hecho de que diversos tratados³⁵ se rijan por normas de derecho internacional general y a su vez, ciertas disposiciones de tratados pasen a formar parte del corpus del derecho internacional general es reflejo de la vitalidad y la sinergia del sistema y de la predisposición del derecho mismo a la coherencia.

Para la Doctora Zlata Drnas de Clément³⁶ el Derecho Internacional del Medio Ambiente, designa a una rama especial del Derecho Internacional, en la que se aplican principios de interpretación distintos de los generales, o simplemente a un conjunto de normas convencionales y consuetudinarias relativas al medio ambiente.

La doctora Susana Borràs Pentinat, en su tesis doctoral³⁷, expone que la doctrina internacionalista apoyó la necesidad de desarrollar y aplicar el Derecho Internacional del medio ambiente, con la creación de nuevas instituciones internacionales medioambientales y el fortalecimiento de las instituciones internacionales existentes, como la Comisión de Desarrollo Sostenible, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, o la transformación del Consejo de Administración Fiduciaria en un órgano con competencias en medio ambiente, ya que para la autora, evaluando la necesidad de consolidación del estatuto jurídico de gran parte de los principios y normas generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente, se ha

³⁵ <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>

³⁶ Dra. Zlata Drnas de Clément. Abogada, Dra. en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente-Investigadora. Directora de Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

³⁷ Los Mecanismos de Control de la Aplicación y del cumplimiento de los Tratados Internacionales Multilaterales de Protección del Medio Ambiente. Univesitat Rovira I Virgili

señalado la conveniencia de potenciar las posibilidades que permite el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, por medio de la realización de audiencias sobre el tema ambiental y la elaboración de las opiniones individuales pertinentes, algunos ejemplos mencionados por la autora son a propuesta de creación de una Organización internacional para el medio ambiente, idea aportada por el Informe Brundtland, y la Declaración de La Haya sobre el medio ambiente del 11 de marzo de 1989 (en 28 ILM 1989, 1308), defendida por importantes referentes académicos³⁸.

En los tratados en materia ambiental, generalmente, son adoptados por consenso, la doctora Drnas de Clément, menciona el caso del *Protocolo de Montreal sobre Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono de 1987, que en el artículo 2 (9) (c)* en el que se deja de lado la regla de consenso, cuando el acuerdo no ha sido posible alcanzar, disponiendo la adopción de la enmienda por una mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes que representen al menos el 50% del consumo total por las Partes de las sustancias controladas.

También existen pactos ambientales que fijan órganos rectores con capacidad de adoptar decisiones vinculantes, aun cuando se ha señalado la conveniencia de alcanzar el consenso, en caso de no ser ello posible, se ha contemplado la adopción de decisiones por mayoría simple o calificada, como por ejemplo la *Comisión Internacional de la Pesca de Ballenas de conformidad al art. III de la Convención de 1946*.

Las diferencias entre Estados desarrollados y los en desarrollo pueden hacer que un mismo tratado deba dar lugar a distintos tipos de

³⁸ PALMER, G., "New Ways to Make International Environmental Law", *American Journal of International Law*, 1992, vol. 86, n° . 2, pp. 280-282; ESTY, D. C., "The Case for a Global Environmental Organization", KENEN, P. B. (ed.), *Managing the World Economy: Fifty Years after Bretton Woods*, Washington, D. C., Institute for International Economics, 1994, pp. 287-309; DUNOF, J. L., "From Green to Global: Toward the Transformation of International Environmental Law", en *Harvard Environmental Law Review*, 1995, vol. 19, pp. 268-270; BIERMANN, F., SIMONIS, U. E., *A World Organization for Environment and Development: Functions, Opportunities, Issues, Policy*, Paper n° . 9, Bonn: Development and Peace Foundation, 1998; BIERMANN, F., "The Case for a World Environment Organization", en *Environment*, Heldref Publications, Noviembre, 2000, pp.

exigencia en el cumplimiento de sus normas, a distintos plazos para el logro de los objetivos, a distintas vías de financiación, y en lo referido al desarrollo, presentan cuestiones condicionantes de la protección ambiental en distintos sectores en base a alegaciones de pobreza, crecimiento poblacional, peso de sus deudas externas entre los problemas más acuciantes que no siempre son satisfechas por las contrapartes.

Como ejemplo de un *tratado jurídicamente vinculante*, podemos mencionar a la *Convención sobre Diversidad Biológica, que entrara en vigor en el año 1993, suscripto por 193 Partes*, ha sido considerado el principal instrumento internacional para el desarrollo sostenible y en su preámbulo reconoce que “el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo”, que “es necesario adoptar disposiciones especiales para atender a las necesidades de los países en desarrollo, incluidos el suministro de recursos financieros nuevos y adicionales y el debido acceso a las tecnologías pertinentes”, en los hechos, desde la entrada en vigor de la Convención poco cambio efectivo se ha observado y aspectos sensibles para Estados en desarrollo, como son las patentes de propiedad de recursos y conocimientos de pueblos originarios aún siguen sin precisión satisfactoria.

En el Derecho Internacional del Medio Ambiente es destacable la interconectividad funcional entre los grandes convenios ambientales multilaterales (vg. capa de ozono, cambio climático, biodiversidad, desertificación, humedales,) y el fortalecimiento de sus instrumentos, ya que la optimización del cumplimiento de aquellos se logrará con el funcionamiento coordinado e incluso conjunto, que simplifiquen y descompriman la innecesaria y costosa densidad organizacional.

9. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

La Corte Internacional de Justicia consagra como fuentes auxiliares en el artículo 38: “... La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: *d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas nacionales, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo*

dispuesto en el artículo 59 que establece: “.. la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio...”

La Jurisprudencia tiene un rol destacado en el desarrollo del derecho internacional como por ejemplo el de *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de Naciones Unidas (1949) instrumento que reconoció a las Naciones Unidas su personalidad jurídica, otro caso es el de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (09-12-1948 – Tratado)*, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII). Dicho instrumento clarificó el estatus de las reservas de los tratados. El genocidio es un crimen de derecho internacional, tanto bajo el derecho internacional consuetudinario como bajo el derecho internacional convencional.³⁹

El carácter de infracción del derecho internacional consuetudinario fue reconocido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 y reiterado por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva de 1951 sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En su Resolución 96 (I), la Asamblea General de la ONU declaró que “el genocidio es un crimen de derecho internacional”⁴⁰.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia afirmó que los principios sobre los cuales se basa la Convención son principios

³⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (ratificada por Guatemala el 13 de enero de 1950); la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (artículo I); el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (artículo 4); el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artículo 2) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 6).

⁴⁰ Resolución 96 (I), de 11 de diciembre de 1946. En su redacción completa, el primer párrafo operativo de la resolución la Asamblea General afirma que “el genocidio es un crimen de derecho internacional que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices, deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos raciales o políticos o de cualquier otra naturaleza”. 3 Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de 28 de mayo de 1951, Las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pág. 23.

“reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados aún fuera de todo vínculo convencional.

9.1. Pesquerías Noruegas⁴¹

El fallo de 18 de diciembre de 1951, el caso de las pesquerías fue incoado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Noruega, por un decreto de 12 de julio de 1935, el Gobierno de Noruega había delimitado en la parte septentrional del país (al norte del Círculo Polar Ártico) una zona en la que la pesca estaba reservada a sus nacionales.

En ese momento el Reino Unido solicitó a la Corte que declarara si esa delimitación era o no contraria al derecho internacional, la Corte, concluyó que ni el método de delimitación empleado en el decreto, ni las líneas fijadas en él eran contrarios al derecho internacional; la primera conclusión fue adoptada por 10 votos contra 2, la segunda por 8 votos contra 4. La zona costera en litigio tiene una configuración característica.

A vuelo de pájaro, su longitud pasa de 1.500 kilómetros. Montañosa cortada por fiordos y bahías, sembrada de innumerables islas, islotes y arrecifes (algunos de los cuales forman un archipiélago continuo conocido con el nombre de skjaergaard, “muralla rocosa”), no constituye, como casi en todas las demás partes del mundo, una línea divisoria clara entre la tierra y el agua. El relieve del continente se prolonga en el mar, y lo que constituye realmente la costa noruega es la línea exterior de ese conjunto de formaciones terrestres.

En siglos pasados, los pescadores británicos hacían incursiones en las aguas vecinas a las costas de Noruega. Debido a las quejas del Rey de Noruega, a partir de comienzos del siglo XVII dejaron de hacerlo durante 300 años.

Sin embargo, en 1906 aparecieron de nuevo buques británicos. Se trataba esta vez de palangreros dotados de motores perfeccionados y potentes. La población local se alarmó, y Noruega tomó medidas para precisar los límites dentro de los cuales estaba prohibida a los extranjeros la pesca.

⁴¹ http://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/ST-LEG-SER-F-1_S.pdf.

Se produjeron incidentes cada vez más numerosos y, el 12 de julio de 1935, el Gobierno de Noruega delimitó por decreto la zona de pesca noruega. Los dos Gobiernos habían iniciado negociaciones que continuaron después de la promulgación del decreto, pero sin llegar a un acuerdo. Numerosos palangreros británicos fueron apresados y condenados en 1948 y 1949. Fue entonces cuando el Gobierno del Reino Unido incoó un procedimiento ante la Corte.

Se trata de saber si las líneas fijadas en el decreto de 1935 con objeto de delimitar la zona de pesca noruega fueron trazadas o no conforme al derecho internacional (esas líneas, denominadas “líneas de base”, son aquellas a partir de las cuales se calcula la anchura del mar territorial).

El Reino Unido niega que hayan sido trazadas con arreglo al derecho internacional, invocando principios que considera aplicables al presente caso. Por su parte, Noruega, sin negar que existan normas, sostiene que las indicadas por el Reino Unido no son aplicables, y se atiene a su propio sistema de delimitación, que afirma que se ajusta totalmente al derecho internacional.

Por este fallo por el que se estableció el rol de la objeción constante de prevenir la formación de nueva costumbre internacional en el transcurso del período de consustanciación.

9.2. Proyecto Gabčíkovo Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)

Sentencia del 25 de septiembre de 1997). La Corte dictó su fallo en la causa relativa al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia) el 25 de septiembre de 1997, técnicamente la causa aún está pendiente por el hecho de que, en septiembre de 1998, Eslovaquia presentó en la Secretaría una solicitud de fallo adicional. La causa relativa al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros se planteó a raíz de un proyecto conjunto para construir grandes presas hidroeléctricas en el río Danubio, es decir, un sistema de descarga, acordado entre Hungría y Checoslovaquia en un tratado de 1977.

El proyecto se desarrolló en la primera mitad de la década de 1960, pero después Hungría suspendió y luego abandonó algunas de las obras de construcción. Entretanto, ante el fracaso de las negociaciones,

Checoslovaquia procedió unilateralmente a poner en marcha un plan alternativo provisional, denominado Variante C, que preveía el funcionamiento del tramo de Gabčíkovo sin el tramo de Nagymaros, represando y desviando unilateralmente el Danubio en el territorio de Checoslovaquia¹⁴¹. Hungría respondió rescindiendo el tratado de 1977 mediante una declaración en 1992. La controversia se sometió entonces a la Corte en virtud de un acuerdo especial entre Hungría y Eslovaquia (en su calidad de Estado sucesor de Checoslovaquia con respecto a la controversia sobre el proyecto) en 1993. Se plantearon a la Corte tres cuestiones fundamentales: a) si Hungría tenía derecho a suspender y abandonar las obras de construcción; b) si Checoslovaquia tenía derecho a poner en marcha la Variante C, consistente en la represa del Danubio en el territorio de Checoslovaquia; y c) cuáles serían los efectos jurídicos de la notificación por Hungría de la rescisión del tratado de 1977.

Dentro del plazo fijado por el Presidente de la Corte, que vencía el 7 de diciembre de 1998, Hungría presentó un escrito en el que exponía su posición sobre la solicitud de Eslovaquia, las partes reanudaron las negociaciones sobre la aplicación del fallo de 1997 y han informado a la Corte periódicamente de los avances realizados.

La Corte pareció apoyar en general la afirmación de Eslovaquia de que la evaluación científica de Hungría se basaba en exceso en la incertidumbre y constituía una mera predicción, lo hizo sin ofrecer ninguna explicación sustancial, ya fuera específica o técnica, las partes no nombraron a peritos para que prestaran declaración en el juicio y, pese al carácter muy técnico de las cuestiones en litigio, la Corte tampoco nombró a ningún perito en virtud del Artículo 50, en lo referido a la necesidad ecológica, la *Corte destacó en primer lugar que se trataba de un concepto jurídico, y no científico*, y declaró expresamente que no era necesario decidir cuál de los puntos de vista de las partes estaba científicamente mejor fundado. No obstante, en realidad parece que la Corte sí aceptó las interpretaciones de Eslovaquia sobre la mayoría de las cuestiones técnicas y *dictaminó que las afirmaciones de Hungría eran infundadas, sin explicar cómo se habían evaluado los daños que presuntamente el proyecto podía causar al medio ambiente*.

9.3. Caso de las Plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay, sentencia de 20 de abril de 2010)

Este caso, constituyó, a priori una ocasión única para que el TIJ se pronunciara no sólo sobre cuestiones medioambientales de carácter general, sino también sobre la gestión y utilización conjunta del río que los dos Estados comparten. El 20 de abril de 2010, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a las Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay). La Corte estaba integrada en la forma siguiente: Vicepresidente Tomka, Presidente interino; Magistrados Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda- Amor, Bennouna, Skotnikov, Cañado Trindade, Yusuf, Greenwood; Magistrados ad hoc Torres Bernárdez, Vinuesa; Secretario Couvreur.

El texto del párrafo dispositivo (párr. 282) del fallo es el siguiente: "... La Corte, 1) Por trece votos contra uno, determina que la República Oriental del Uruguay ha incumplido las obligaciones de procedimiento que le incumben en virtud de los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y que la constatación de esa violación por parte de la Corte constituye una satisfacción adecuada; 2) Por once votos contra tres, determina que la República Oriental del Uruguay no ha incumplido las obligaciones de fondo que le incumben en virtud de los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975; y 3) Por unanimidad, rechaza todas las demás conclusiones de las Partes."

10. PRINCIPIO DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL EN RELACIÓN AL DAÑO TRANSFRONTERIZO

El derecho internacional ambiental se ha desarrollado entre dos principios que se encuentran en las antípodas, ya que si bien los Estados tienen derechos soberanos sobre los recursos naturales (principio de soberanía territorial), éstos no deben causar daño al medio ambiente, el argumento que sustenta el análisis es el derecho de los pueblos y naciones a la soberanía de sus recursos naturales y riquezas debe ejercerse en interés del desarrollo y bienestar de los habitantes del Estado (conforme la Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, Resolución AG 1803 (XVII) (14 de diciembre,

1962); véase también la Declaración del Derecho al Desarrollo, Resolución 41/128 (4 de diciembre de 1986) de la Asamblea General).

Los Principios de Derecho Internacional Ambiental que pueden asociarse a la protección del medio ambiente y que tienen un amplio apoyo internacional son los siguientes: 1. Principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional. 2. Principio de acción preventiva. 3. Principio de buena vecindad y cooperación internacional. 4. Principio de derecho sustentable o derecho sostenible. 5. Principio precautorio o de precaución. 6. Principio del que contamina paga o contaminador-pagador. 7. Principio de la responsabilidad común, pero diferenciada.

El principio de soberanía nacional sobre los recursos naturales, ha sido plasmado en diversos acuerdos internacionales:

Unesco - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, 16 de noviembre de 1972, artículo 15, 11 I.L.M. 1358, 1363 [en adelante UNESCO sobre Patrimonio]; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Ambiental: Convención sobre Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, principios 2, 31 ILM 818 [en adelante la Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica]; Convenio sobre la Conservación de la Fauna y la Flora en Estado Natural, del 8 de noviembre de 1933, artículo 9(6), 172 L.N.T.S 241; Convención Internacional para la Conservación de las Tierras Pantanosas de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convenio de Ramsar), 2 de febrero de 1971, artículo 2(3), 996 U.N.T.S. 245 [en adelante el Convenio de Ramsar sobre Pantanos]; Convenio Internacional sobre las Maderas Tropicales, 18 de noviembre de 1983, artículo 1, documento de la ONU TD/TIMBER/11 rev.1 (1984); Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, 22 de marzo de 1989, artículo 12, 28 I.L.M. 649, 668; Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo; Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 9 de mayo de 1992, artículo 14, 31 I.L.M. 849, 867 [en adelante Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático]. 7 Convenio de las Naciones Unidas sobre la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

15 de junio de 1992, principios 2, 31 I.L.M. 876 [en adelante la Declaración de Río].

11. EL CONCEPTO DE DAÑO EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El concepto de daño se encuentra ligado a la obligación de todo Estado de proteger los derechos de los otros Estados, según lo establecido en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano, de fecha 16 de junio de 1972 (en adelante Declaración de Estocolmo). En éste análisis, podemos citar la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente (Lugano, Suiza, junio 21 de 1993, artículos 6, 7, 8, 9, 10), dicho documento contiene disposiciones sobre la responsabilidad por el almacenamiento de sustancias, organismos e instalaciones de desechos, consagrando algunas causales de exoneración como el resarcimiento por los perjuicios causados o la disminución o supresión y en el marco de las actividades espaciales, destacamos la Convención sobre la Responsabilidad Internacional por Daños causados por objetos espaciales del año 1972.

A los fines de poder comprometer la responsabilidad de un Estado y exigirle la reparación por el mismo, es necesario el cumplimiento de tres requisitos: a) la existencia de un daño, b) que el daño fuese a consecuencia de una acción u omisión imputable al Estado y c) que dicha acción estuviera en contravención de una norma internacional.

En los principios 21 y 22 de la Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano (junio 5 al 16 de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1), se encuentra establecido el marco de la responsabilidad por daños contra el medio ambiente de otros Estados, y el deber de cooperación sobre el desarrollo del derecho internacional en lo referido a la responsabilidad e indemnización de las víctimas por contaminación y otros daños ambientales (Principio 22).

Para la doctora Fitzmaurice, Malgosia⁴², (PhD, Varsovia), docente de Derecho Internacional Público en el Departamento de Derecho de

⁴² Malgosia Fitzmaurice Docente de derecho internacional público en el Departamento de Derecho de la Universidad Queen Mary de Londres. Ella se

la Universidad Queen Mary, sostiene que podrían plantearse dos situaciones (a) que los principios consagran la responsabilidad objetiva, sin mencionar explícitamente la culpa o falta de diligencia en las medidas de prevención de los daños ambientales; y por otro lado, (b) se sostiene que estas normas consagran la responsabilidad subjetiva, ya que los Estados tienen el “deber” de actuar diligentemente. Se trata de una discusión sin que aún se haya agotado.

La autora interpreta, que no todas las fallas relacionadas con la protección ambiental son en sí mismas incumplimiento de una obligación de protegerlo o un acto ilegal de Estado, ya que la *responsabilidad internacional solo existirá si se prueba que el Estado se abstuvo de tomar las medidas necesarias*, sosteniendo que podría plantearse que por ausencia de regulación del tema por alguna fuente formal del DIMA, no sería posible imputar responsabilidad absoluta a un Estado por daños al ambiente.

El tema de la “reparación” sobre responsabilidad de los Estados, el doctor Julio Barboza⁴³, explica que la responsabilidad es reparación, o

especializa en el derecho internacional del medio ambiente, los tratados, los pueblos indígenas y el derecho del Ártico y ha publicado numerosos artículos sobre estos temas.

⁴³ En efecto, las consecuencias por violaciones que imponen los artículos de la CDI son todas ellas formas de reparación del daño material o moral: el Artículo 35 se refiere a la restitución, el 36 a la indemnización, y el 37 a la satisfacción. En cuanto al Artículo 30, advirtamos que la verdadera naturaleza de la otra gran consecuencia de la violación –se entiende, de una violación continuada– es la cesación y que ésta no es sino otra forma de reparación, ya que constituye la restitución en las violaciones continuadas y que las seguridades y garantías de no repetición son una simple forma de evitar la repetición del incumplimiento en el futuro. Ver, en este sentido, BARBOZA, JULIO, “Legal Injury, the Tip of the Iceberg in the Law of State Responsibility”, en *International Responsibility today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Edited by Maurizio Ragazzi. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden/Boston. 2005, pp. 7/23. Respecto al carácter punitivo de la satisfacción y de las seguridades y garantías de no repetición, que alientan algunos teóricos del derecho de gentes, parece imposible que haya lugar para resabio retributorio alguno en un texto que los elimina del templo mismo del castigo, que son las contramedidas: véase sino el Artículo 49, que las limita en su objetivo a inducir al Estado responsable a cumplir con las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte. Por lo demás, esta emasculación de las contramedidas despoja

es punición, o son ambas cosas, afirmando que los artículos del texto de la CDI han depurado a la responsabilidad de todo vestigio de elemento punitivo y propiciando sólo la reparación.

En este sentido podemos mencionar el trabajo iniciado por la Comisión por Compensación de las Naciones Unidas de 1991, para la “reparación” por daños ambientales causados por la invasión a Kuwait...

“En su 30° período de sesiones, celebrado del 14 al 16 de diciembre de 1998, el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas nombró al Grupo de Comisionados “F4” para que examinaran las reclamaciones por pérdidas directas relacionadas con daños causados al medio ambiente y el agotamiento de los recursos naturales como consecuencia de la invasión y ocupación de Kuwait por parte de Iraq. La reclamación N° 5000454, se refiere a gastos relacionados con las medidas ya adoptadas o previstas tendientes a limpiar y restaurar el medio ambiente como resultado de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. Kuwait solicita indemnización por los gastos relacionados con las medidas de limpieza y restauración que ya ha adoptado o se propone adoptar para reparar los daños causados por: a) El petróleo derramado por los pozos de petróleo dañados; b) El petróleo derramado desde oleoductos; c) Las trincheras de petróleo y oleoductos construidos por las fuerzas iraquíes; d) Las minas y otros restos de guerra. *Antecedentes del procedimiento.* Informes del artículo 16 9. El Secretario Ejecutivo redacta sendos informes del 10 de julio y 18 de octubre de 2001 que se distribuyeron a los miembros del Consejo de Administración, a los gobiernos que habían presentado reclamaciones a la Comisión y al Gobierno de la República del Iraq (“el Iraq”). De conformidad con el párrafo 3 del artículo 16 de las Normas, algunos gobiernos, entre ellos el del Iraq, presentaron información y sus opiniones en respuesta a estos informes. “La Comisión no es una corte ni un tribunal de arbitraje ante el cual comparecen las partes; es un Órgano político que desempeña una función básicamente de determinación de hechos, que consiste en examinar las reclamaciones, verificar su validez, evaluar las pérdidas, evaluar los pagos y pronunciarse respecto de reclamaciones controvertidas. Solamente este último aspecto

también de punición a las consecuencias de las violaciones graves de obligaciones imperativas del derecho internacional general.

entraña una función cuasi judicial. Dado el carácter de la Comisión, es tanto más importante que se incorpore en el procedimiento en alguna medida el elemento de garantías procesales. Corresponder a los miembros de la Comisión proporcionar ese elemento.” El *párrafo 16 de la Resolución N° 687 (1991) del Consejo de Seguridad* reafirma que el Iraq “es responsable ante los gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeras, con arreglo al derecho internacional, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por el Iraq”.

Según el *párrafo 35 de la decisión 7 del Consejo de Administración*, “los daños directos causados al medio ambiente y el agotamiento de recursos naturales” comprenderán todas las pérdidas o gastos sufridos como consecuencia de: a) “La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertimiento de petróleo en aguas costeras e internacionales; b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente; c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños causados al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente; d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y e) El agotamiento de los recursos naturales o los daños causados a los recursos naturales.”

Resulta deber del reclamante de prevenir y mitigar los daños ambientales: Iraq sostiene que parte de los daños por los que Kuwait pide indemnización *no es resarcible* ya sea porque Kuwait no adoptó medidas para atenuar los daños resultantes de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq o porque los daños se agravaron debido a actos u omisiones de Kuwait después de la invasión y ocupación. Según el Iraq, el hecho de que el reclamante no haya tomado medidas razonables y oportunas para atenuar los daños de la invasión y ocupación de Kuwait equivale a negligencia concurrente y justifica el rechazo de la reclamación de indemnización o una reducción correspondiente de

la indemnización que se otorgue al reclamante. El Iraq también sostiene que los actos del reclamante que causen daños adicionales o agraven los daños resultantes de la invasión y ocupación constituyen un factor interviniente que rompe la cadena de causalidad, de manera que los daños en cuestión no pueden seguir atribuyéndose a la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq.

Para la doctora Borrás, la práctica internacional ha demostrado ser reticente a aceptar un régimen de responsabilidad objetiva⁴⁴, también denominada responsabilidad “por riesgo” o “por daños” porque conecta directamente la responsabilidad internacional del Estado con los daños al medio ambiente. Dicho análisis se sustenta en la existencia de una peligrosidad inherente a ciertas actividades a las que se añade una garantía extraordinaria que asegura la reparación de los daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas por el Derecho internacional, pero ecológicamente peligrosas⁴⁵.

⁴⁴ En este sentido, “Las normas de Derecho Internacional pueden también establecer que quede comprometida la responsabilidad objetiva (“strict”) del Estado sobre la única base de daño o lesión (...). La no-adopción por el Estado de normas y controles apropiados de acuerdos con régimen medioambiental, incluso si en sí misma no constituye violación de una obligación, puede originar su responsabilidad si el daño se produce como una consecuencia, incluyendo el daño causado por operadores bajo su jurisdicción o control”. Vid. IDI, art. 4 de la Resolución adoptada el 4 de septiembre de 1997, Sesión de Estrasburgo, en *Annuaire I.D.I.*, 1997, 67-I, pp. 479

⁴⁵ El incidente del pesquero japonés *Lucky Dragon* en 1954 los Estados Unidos de pagar 2 millones de dólares en concepto de compensación por los daños causados por la radioactividad, derivada de las pruebas nucleares americanas en la zona del Pacífico, a 53 pescadores del barco japonés *Lucky Dragon*, uno de los cuales resultó muerto. En este caso, los Estados Unidos no aceptaron su responsabilidad, pero hicieron una compensación voluntaria o “graciosa”. Vid. *Settlement of Japanese Claims for Personal and Properties Damages Resulting from Nuclear Tests in the Marshall Islands in 1954*, de 4 de enero de 1975, TIAS, n.º 3160. También el accidente del satélite *Cosmos 954* soviético en 1979 que produjo la caída de residuos radiactivos sobre la Tierra, principalmente en Canadá. El Gobierno de la URSS aceptó la reclamación canadiense, basada en la idea de la responsabilidad “absoluta” o “estricta” y pagó 2,5 millones de dólares como indemnización. Vid. NANDA, V., “The Establishment of International Standards for Transnational Environmental Injury”, en *Iowa Law Review*, n.º 60, 1975, pp. 1089-1125 y GOLDIE, L. F. E., “International Principles of Responsibility for Pollution”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, n.º 9, 1970, pp. 283-309.

Su aplicación exige una relación de causalidad material sin que deba mediar culpa o negligencia del Estado autor del daño y por ello, como consecuencia del carácter absoluto de esta responsabilidad se excluye la consideración de eventuales causas de exoneración, de manera que, producido el daño ecológico el Estado tiene la obligación de responder, por lo que la reparación puede ser total

La responsabilidad internacional sólo puede garantizar una indemnización a las víctimas de daños ambientales, sin que esta garantía se extienda a la reparación del bien ambiental jurídicamente protegido. En este sentido, se puede afirmar que el fundamento teórico y jurídico de la responsabilidad no se centra ya solamente en la violación de una obligación internacional, sino también en el establecimiento de una garantía jurídica de reparación de los posibles daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas, pero ecológicamente peligrosas.

12. CONCLUSIONES

El control internacional en el ámbito del Derecho Internacional del Medio Ambiente, se define como el conjunto de mecanismos, integrados por instituciones y procedimientos, que tienen por objeto examinar y solucionar cuestiones relativas al cumplimiento de los tratados internacionales multilaterales de medio ambiente mediante la identificación de las causas del posible incumplimiento, la determinación de las posibles soluciones y la asistencia para facilitar el cumplimiento.

Según Birnie y Boyle, estas deficiencias en el régimen de responsabilidad de los Estados están, además, acompañadas de otros problemas tales como la limitación de que sólo los Estados pueden entablar peticiones a nivel internacional por perjuicios ambientales; el problema para proponer demandas por daños a los llamados “espacios comunes”; la escasa obligatoriedad de la jurisdicción de los tribunales internacionales; la ineficiencia en los medios para distribuir los costos de la contaminación transfronteriza; y el hecho de constituirse como un modelo inadecuado para el refuerzo de los estándares internacionales de protección ambiental, impidiendo el desarrollo de un sistema propio de regulación del tema.

El corpus juris referido a la responsabilidad internacional ambiental, demuestra que su desarrollo ha sido esencialmente reactivo y las normas adoptadas para regular la responsabilidad internacional ambiental fueron el resultado de hechos de magnitud, que han generado un impacto de gran escala en el escenario internacional, lo cual no afecta la existencia de posiciones que abogan por una perspectiva preventiva, esto es, la toma de medidas legales con antelación a la ocurrencia de catástrofes que pueden afectar de manera irreversible el medio ambiente

En la región de América Latina, los ecosistemas que proveían de servicios esenciales a la población, actualmente se encuentran en crisis, en principio debido a factores como el crecimiento demográfico a escala mundial y a la incorporación estratégica de China en el mercado global, hecho generador de una compleja ecuación, el aumento desmedido por parte del mercado, de la demanda de recursos naturales (agua, suelo, bosques) y commodities (materias primas o bienes primarios que han sufrido transformaciones) (Cavallero, 2012; Medeiros Carneiro, 2012).

Las Naciones Unidas, en su Informe sobre Desarrollo Humano 1999, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (P. N.U.D.) expresó: “El reto de la mundialización del nuevo siglo no consiste en detener la expansión de los mercados mundiales.

La tarea reside en hallar las normas e instituciones para una estructura más fuerte –en los planos local, nacional, regional y mundial- a fin de preservar las ventajas de los mercados mundiales y la competencia a escala mundial, pero además para brindar suficiente espacio para que los recursos humanos y ambientales aseguren que la mundialización funcione para la gente, no sólo para las utilidades”.

BIBLIOGRAFÍA

- A/CN.4/710 - Identificación del derecho internacional consuetudinario.
Borràs Pentinat, Susana - ISBN:978-84-691.
Brunnée, J., Common Interest.
Cassese, Antonio International Law, Second Edition, Oxford University.

- Cepal - Comisión Económica para América Latina. Naciones Unidas, octubre de 2014
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
- González Arruti, Carlos Ignacio.
- International Law y the Environment, Oxford University.
- Kiss, A. Ch., Shelton, D. - International Environmental Law.
- Martínez Alier, J. ICTA, Doctor en Economía, Universidad Autónoma de Barcelona
- N.U. Informe del Secretario General de las UN - 208 – Lagunas del DIMA.
- U.N. Asamblea General - A/RES/56/83 - 28 de enero de 2002.
- U.N. - Asamblea General 97a. sesión plenaria – 4 de diciembre de 1986.
- Universidad de Talca – Chile.
- Zlata Drnas De Clément - Fuentes Del Derecho Internacional Del Medioambiente.

MALAPPORTIONMENT EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

“ENCUENTRO VECINAL CÓRDOBA C/CÁMARA DE DIPUTADOS Y OTROS”

SOFÍA MOLA¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 | Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 141-154

Recibido: 10/3/2021 - Aceptado: 13/4/2021

Resumen: De acuerdo con nuestra Ley Suprema, el Poder Legislativo nacional está formado por “un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires” (Art. 44). Los diputados deberían ser elegidos proporcionalmente teniendo en cuenta el número de habitantes de cada provincia de acuerdo con el último censo. Sin embargo, la composición actual de la Cámara de Diputados es totalmente anacrónica debido a que no se respeta la proporcionalidad que debería existir entre los habitantes de cada distrito y los diputados por ellos electos. Este fenómeno es conocido como *malapportionment* y fue analizado por el legislador provincial Aurelio García Elorrio en el año 2016, cuando promovió acción de amparo en contra del Estado Nacional (Cámara de Diputados) exigiendo se ordenase a la Cámara Baja la sanción de una ley que actualizara el número de diputados electos por provincia de acuerdo con el último censo poblacional (2010).

¹ Abogada por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Doctoranda en Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Avanzados, Universidad Nacional de Córdoba. Fundadora de Incubadora de Políticas Públicas Argentina (INPPAR).



Palabras clave: *Malapportionment*; Cámara de Diputados; Teoría de representación política; Republicanismo

Abstract: In accordance with our National Constitution, the Legislative Power is formed by “a Congress composed of two Chambers, one of Deputies of the Nation and the other of Senators of the provinces and the city of Buenos Aires” (Art. 44). Deputies should be proportionally elected taking into account the number of inhabitants of each province according to the last census. However, the current composition of the Chamber of Deputies is totally anachronic because the proportionality that should exist between the inhabitants of each district and the deputies elected by them is not respected. This phenomenon is known as *malapportionment* and was analyzed by the provincial legislator Aurelio García Elorrio in 2016, when he promoted an action of protection against the National State (Chamber of Deputies) claiming that the Lower Chamber be ordered to pass a law that would update the number of deputies elected by each province according to the last population census (2010).

Keywords: *Malapportionment*; Chamber of Deputies; Theory of political representation; Republicanism

1. CÁMARA DE DIPUTADOS EN ARGENTINA

a. Introducción

De acuerdo con nuestra Ley Suprema, el Poder Legislativo nacional está formado por “un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires” (Art. 44). Esta es una tradicional división del legislativo en nuestro país, tal es así que Alberdi escribió (en el Art. 40 de su proyecto de Constitución de la Confederación Argentina) que “Un Congreso federal compuesto de dos Cámaras, una de senadores de las provincias y otra de diputados de la Nación, será investido del poder legislativo de la Confederación”; y, el Art. 32 de la Constitución de 1853, rezaba: “Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la capital, será investido del Poder Legislativo de la Confederación”.

En cuanto a su conformación, “la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios [...] Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado” (Art. 45, primera y última parte), y “este censo sólo podrá renovarse cada diez años” (Art. 47, última parte).

b. ¿Representantes de quién?

De un juego armónico entre los Arts. 44 y 45, surge un cuestionamiento sobre su representatividad. El primero de ellos menciona que son “diputados de la Nación” y, el segundo, que “son elegidos por el pueblo de las provincias”, por lo que es válido preguntarse a quién representan realmente. Con gran claridad, Alberdi explicó que “debiendo su elección al pueblo de toda la República, representa a éste, sin consideración de localidades, como si todas las provincias formasen un solo Estado argentino” (1974, p. 156); y esta postura se trasladó al Art. 61 de su proyecto: “La Cámara de Diputados representa la Nación en globo y sus miembros son elegidos por el pueblo de las provincias, que se considera a ese fin como distritos electorales de un solo Estado. Cada diputado representa a la Nación, no al pueblo que lo elige”.

En el mismo orden de ideas, Joaquín V. González ha sostenido que “la de Diputados representa a la Nación en la totalidad de los individuos que forman el pueblo, sin más relación con la entidad de las Provincias a que pertenecen, que la residencia en ellas, y la necesidad de dividir el territorio a los efectos de la práctica del sufragio”; y, por si quedasen dudas, añadió: “La Cámara de Diputados representa la totalidad del pueblo de la Nación, individualmente sumado el de todas las Provincias y la Capital reunidas ‘es la verdadera asamblea del pueblo’” (1983, p. 330).

Este es también el posicionamiento que ha esgrimido la Cámara Nacional Electoral (CNE) en el fallo que se analiza en el presente

trabajo: “la Cámara de Diputados representa los intereses del pueblo de la Nación, a través de una distribución proporcional de sus integrantes [...] es la rama del Congreso que los constituyentes organizaron para que fuese ‘el mapa político del país’ o el ‘espejo de la Nación,’ donde se reflejan todos los matices de la opinión pública, con la variedad heterogénea que la caracteriza”.

Sin embargo, a esta aparente claridad en la interpretación de los mandatos se le critica que, como a la Cámara se le otorga “la representación formal de toda la Nación” pero son electos según la división distrital del país, “indefectiblemente la representación de cada uno de sus integrantes va mutando desde el pueblo de la Nación hacia el del distrito que lo votó, y dentro de él habrán de pesar más siempre los vínculos representativos con el partido o bloque al que pertenece que con el electorado nacional en general” (Pérez Corti, 2016, p. 167). En igual sentido, Altavilla ha sostenido que “mediante la elección por distritos [...] terminan convirtiéndose a los diputados que por constitución son *nacionales* en representantes del pueblo de cada provincia o estado [...] pues ellos se deben a sus votantes, es a ellos a quienes deben responder y es por ellos que son elegidos” (p. 4).

c. Composición

Como ya se expuso, la Constitución Nacional establece que los miembros de la Cámara de Diputados son elegidos proporcionalmente teniendo en cuenta el número de habitantes de cada provincia de acuerdo con el último censo. Si bien el Art. 43 establece una base, fue modificado por el Art. 3 (primera parte) de la Ley N° 22 847 (12/7/1983): “El número de diputados nacionales a elegir será de uno por cada 161 000 habitantes o fracción no menor de 80 500. A dicha representación se agregará, por cada distrito la cantidad de tres (3) diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de cinco (5) diputados ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976”. En la actualidad, y con la última modificación de 1992 -añadidura de representantes para Tierra del Fuego-, la Cámara Baja cuenta con 257 diputados, electos por distritos de la siguiente manera:

TABLA N.º 1. Cantidad de Diputados electos por provincia

DISTRITO	CANTIDAD DE DIPUTADOS ACTUALMENTE	CANTIDAD DE DIPUTADOS QUE DEBERÍA HABER ²
Buenos Aires	70	97
Catamarca	5	2
Chaco	7	7
Chubut	5	3
Ciudad de Buenos Aires	25	18
Córdoba	18	21
Corrientes	7	6
Entre Ríos	9	8
Formosa	5	3
Jujuy	6	4
La Pampa	5	2
La Rioja	5	2
Mendoza	10	11
Misiones	7	7
Neuquén	7	3
Río Negro	5	4
Salta	7	8
San Juan	6	4
San Luis	5	3
Santa Cruz	5	2
Santa Fe	19	20
Santiago del Estero	7	5
Tierra del Fuego	5	1
Tucumán	9	9

² Conforme al cuadro en el Anexo 1 del texto de Altavilla. Vale la consideración de que, en este caso, el autor lo realizó conforme el censo del 2010 y sin consideración del piso mínimo.

De esta forma se advierte que la composición actual de la Cámara Baja es totalmente anacrónica debido a que no se respeta la proporcionalidad que debería existir entre los habitantes de cada distrito y los diputados por ellos electos. Este fenómeno es conocido como *malapportionment* y será desarrollado a continuación.

2. MALAPPORTIONMENT EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS

“Encontramos un importantísimo sesgo de sobrerrepresentación para las provincias menos pobladas y un sesgo de subrepresentación para las más pobladas” (Altavilla, s/d, p. 12)

De acuerdo con lo postulado por Samuels y Snyder en su estudio (2001), el *malapportionment* es la discrepancia entre el reparto de las bancas legislativas y de la población votante en las distintas unidades geográficas (p. 652)³; es decir, un sistema *malapportioned* es aquel en el cual los votos de algunos ciudadanos tienen mayor peso que el de otro, rompiendo con el principio de “un hombre-un voto” (p. 654). Por el contrario, el *apportionment* “entiende al reparto de escaños en cada distrito de un sistema electoral de acuerdo con su población” (Cosano, 2009, p. 169). Si bien el *malapportionment* es un vicio de la democracia porque se manipula el peso relativo del voto de los electores, el estudio comenta que, en el mundo, solamente cinco de todos los sistemas de las Cámaras Bajas son perfectamente *apportioned*: Israel, los Países Bajos, Perú, Namibia y Sierra Leones (Samuels y Snyders, 2001, p. 654).

Las implicancias del *malapportionment* son:

* Relevancia normativa: “proviene de la subversión del principio democrático de ‘un hombre, un voto,’ condición necesaria, según Dahl (1980:2), para la existencia de un gobierno democrático” (Cosano, 2009, pp. 166-167). Es decir que el voto de algunos ciudadanos valdría más que el de otros “sin justificación electoral, política o institucional alguna” (Pérez Corti, 2016, p. 168).

³ Las traducciones de las citas de la obra son realizadas por la autora de este texto.

* Importancia política práctica: “altera los incentivos de los partidos, dado el coste desigual de un escaño entre los diferentes distritos” (Cosano, 2009, p. 167). Pérez Corti (2016) lo explica sosteniendo que la desproporcionalidad podría inducir -directa o indirectamente- a un esquema de alianzas y acuerdos político-electorales destinados a conformar coaliciones territoriales que favorezcan la composición legislativa de la Cámara de Diputados en atención a las mayorías que requiera el Poder Ejecutivo de turno” (p. 168).

El inconveniente de tan marcado nivel de *malapportionment* radica en que el voto de los electores es dispar y, por lo tanto, su injerencia en la toma de decisiones para la elección de representantes no es equivalente. Ahora bien, ¿encuentra alguna justificación racional? Cosano sostiene que “cuando el *malapportionment* aparece en la cámara baja, la subversión de la igualdad en el valor del sufragio se puede justificar como una discriminación positiva a favor de determinados distritos” (2009, p. 170).

Samuels y Snyder (2001) investigaron el índice de *malapportionment* en varios países del mundo, principalmente comparando entre las dos cámaras. La Cámara de Diputados de Argentina se encuentra en el puesto 12, con 0,1405, entre Chile y Gambia (p. 661):

TABLA N.º 2. Índice de *malapportionment* en la Cámara de Diputados

Rank.	Country	MAL _{LC}	Rank.	Country	MAL _{LC}
1	Tanzania	0.2619	11	Chile	0.1509
2	Korea	0.2075	12	Argentina	0.1405
3	Ecuador	0.2040	13	Gambia	0.1395
4	Kenya	0.1946	14	Colombia	0.1324
5	Ghana	0.1782	15	Andorra	0.1307
6	Zambia	0.1725	16	Spain	0.0963
7	Iceland	0.1684	17	Brazil	0.0913
8	Bolivia	0.1677	18	Georgia	0.0896
9	Malawi	0.1659	19	Turkey	0.0859
10	St. Lucia	0.1622	20	Seychelles	0.0808

Por si este escenario no fuese lo suficientemente desalentador, aún peores rankeados nos encontramos en relación con la Cámara de Senadores, encabezando el cuadro (p. 662):

TABLA N.º 3. Índice de *malapportionment* en la Cámara de Senadores

Rank.	Country	MAL _{LC}	Federal	Rank.	Country	MAL _{LC}	Federal
1	Argentina	0.4852	Yes	14	S. Africa	0.2261	Yes
2	Brasil	0.4039	Yes	15	Poland	0.2029	
3	Bolivia	0.3805		16	Japan	0.1224	
4	Dominican Rep.	0.3787		17	India	0.0747	Yes
5	USA	0.3642	Yes	18	Romania	0.0592	
6	Switzerland	0.3448	Yes	19	Austria	0.0301	Yes
7	Russia	0.3346	Yes	20	Italy	0.0292	
8	Venezuela	0.3265	Yes	21	Czech Rep.	0.0257	
9	Chile	0.3106		22	Colombia	0.0000	
10	Australia	0.2962	Yes	23	Paraguay	0.0000	
11	Spain	0.2853	Yes	24	Uruguay	0.0000	
12	Germany	0.2440	Yes	25	Netherlands	0.0000	
13	Mexico	0.2300	Yes				

Para realizar un análisis más pormenorizado de la cuestión, Cosano (2009) observa el malapportionment acaecido en los 16 países más desproporcionados en la cámara baja -donde lamentablemente también nos encontramos- y modifica levemente la fórmula utilizada en el estudio anterior al agregar el índice de Gini (p. 185):

TABLA N.º 4. Relación entre índice de *Malapportionment* en Cámara de Diputados e Índice Gini

	<i>Malapportionment</i> en la Cámara Baja	Índice de Gini
Corea del Sur	0,21	0,32
Ecuador	0,2	0,44
Kenia	0,19	0,43

	<i>Malapportionment</i> en la Cámara Baja	Índice de Gini
Ghana	0,18	0,41
Zambia	0,17	0,53
Bolivia	0,17	0,45
Malawi	0,17	0,5
Chile	0,15	0,54
Argentina	0,14	0,48
Gambia	0,14	0,48
Colombia	0,13	0,58
España	0,1	0,35
Brasil	0,09	0,59
Georgia	0,09	0,37
Turquía	0,09	0,4
R. Dominicana	0,08	0,47

Para una mayor comprensión de estos índices, podría decirse que “un conjunto de 19 provincias que representan el 33,3% de la población total del país y el 16,30% del PBG nacional, prácticamente quedan equiparadas a las provincias más pobladas, que representan el 83,70% del PBG y el 66,70% de la población total del país. Así, el conjunto de provincias chicas representa el 45% de la Cámara Baja (115 diputados) y las cinco provincias grandes el 55% (con 142)” (Altavilla, s/d, p. 13).

El *malapportionment* puede darse por varios motivos. Así tenemos que, si es de origen, podría ser por manipulación de las elites; si es sobreviniente, por falta de actualización de la base de habitantes o de los ciudadanos luego de cada censo; por falencias en las leyes electorales. Si bien es cierto que “en materia electoral, la perfección de un sistema consiste precisamente en su imperfección; en la necesidad de su renovación periódica, de romper los falsos armazones, enderezar los procedimientos, garantizar los caminos, salvar imprevisiones, mejorar siempre con sano y firme criterio (Badeni, 1976, p. 15) lo cierto es que el mayor inconveniente del *malapportionment* en la Cámara de Diputados en Argentina no es (solamente) un defecto legislativo, sino

la inconstitucional omisión de dar cumplimiento al mandato constitucional del Art. 45 y a la Ley N° 22.847.

A continuación, se analizará el fallo de la Cámara Nacional Electoral (5/7/2018) en la causa “Encuentro Vecinal Córdoba c/Cámara de Diputados y otros s/amparo – Álvaro Zamora Consigli y Aurelio Francisco García Elorrio” (Expte. N° CNE 8912/2012/1/CA2), en donde se dirime la cuestión de la composición de la Cámara de Diputados y la necesidad de actualizar el número de representantes que por distrito corresponde ser electo.

3. ANÁLISIS DE FALLO “ENCUENTRO VECINAL CÓRDOBA C/CÁMARA DE DIPUTADOS Y OTROS”

En el año 2016, el legislador provincial Aurelio García Elorrio promovió acción de amparo en contra del Estado Nacional (Cámara de Diputados) exigiendo se ordenase a la Cámara Baja la sanción de una ley que actualizara el número de diputados por provincia de acuerdo con el último censo poblacional (2010). Para ello, se basó tanto en el Art. 45 de la Constitución Nacional como en la Ley N° 22.847, argumentando que, al darles cumplimiento, el Estado incurría en una inconstitucionalidad por omisión.

El Juez de primera instancia rechazó el pedido sosteniendo que la Constitución Nacional “no se presenta como un mandato abierto a cumplir”, sino que otorga una atribución al Congreso de la Nación, el cual podrá actuar luego de hacer un análisis de mérito, oportunidad y conveniencia. Es decir, entendió que el Art. 45 de la Ley Suprema establece una facultad discrecional a favor del Poder Legislativo. El amparista apeló esta resolución y se expidió sobre la naturaleza de la prescripción constitucional. Argumentó que una cosa es la obligación del Congreso de “fijar la representatividad con relación a la cantidad de habitantes de cada provincia luego de cada censo con un criterio equitativo y razonable” y otra es la de “aumentar la base de habitantes por diputado”, expresando que la segunda cláusula es una facultad discrecional para el Legislativo, mientras que la primera es un mandato.

Así el estado de cosas, se fija el *quid* de la cuestión: “determinar si -tal como sostiene la demandada- el artículo 45 de la Constitución

Nacional concede al Congreso de la Nación un poder amplio, dentro de su atribución genérica de legislar, para decidir si resulta pertinente actualizar la base de representación de la Cámara de Diputados, o si -como entiende el apelante- aquella disposición constituye un mandato directo al Congreso, que le impone una concreta acción de actuar". Si bien ello podría parecer una cuestión meramente legislativa o formalista, la importancia de resolver esta contienda radica en que "cuanto más exacta sea la relación entre la población de la República y el número de sus diputados, más fielmente se respetará el sabio plan de organización del Poder Legislativo adoptado por la Constitución argentina"⁴.

Adentrándonos en el análisis del asunto, la Cámara Nacional Electoral despliega teorías y referentes sobre la historia de la forma representativa del gobierno y las funciones que en nuestro país desempeña la Cámara de Diputados. A los fines de este trabajo, incumbe de gran manera el desarrollo que comienza en la página 19, bajo el acápite de geometría electoral. Citando al Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, la CNE entendió que la geometría pasiva es la relación entre el número de diputados y la cantidad de habitantes a los cuales ellos representan se da "cuando la desigualdad es resultado del mantenimiento durante un largo período de una repartición territorial inalterada de escaños".

Respecto a la naturaleza de la manda del Art. 45 de la Constitución Nacional, el Tribunal estableció una clasificación de las facultades del Poder Legislativo que se tratan en la causa. Entendió, por un lado, que la decisión de sancionar leyes es una facultad discrecional del Poder Legislativo y que queda librada al análisis del mérito, oportunidad y conveniencia que el cuerpo realice; mientras que, por el otro, "El uso del término 'fijará' [del Art. 45 de la CN] indica una concreta obligación del actuar del Congreso, que pesa como un mandato distinto de la obligación genérica de legislar". Así, se opone a la decisión de primera instancia y da razón al apelante, realizando varias citas de autoridad que refuerzan esta postura (Joaquín V. González, Bidart Campos, Pablo Tonelli).

⁴ La CNE cita a Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", Tomo 9, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, p. 205.

Al analizar la composición de la Cámara de Diputados, referenció que la base poblacional que nos rige en la actualidad fue actualizada por última vez en 1983, por lo que no estaría reflejadas “las variaciones demográficas acaecidas en el país durante casi 40 años”, por lo que se convertiría en “totalmente anacrónica”. Es decir, la CNE reconoció la inconstitucionalidad de la omisión en la cual incurrió el Legislativo al no modificar la composición cada diez años, luego de cada uno de los censos.

La gravedad institucional y democrática de esta omisión radica en que “la desactualización tiene como consecuencia práctica que el voto de un ciudadano en algunas zonas tiene un valor inferior al de otro en otras zonas en las que cada representante es elegido por un número mucho menor de ciudadano”⁵, rompiendo con el principio de un hombre-un voto. Se observa que, sin mención expresa, pero describiendo el fenómeno, la CNE entendió que esta inacción ha producido un *malapportionment* en la Cámara de Diputados, y que este vicio debía ser resuelto.

Por los motivos expuestos, la Cámara Nacional Electoral resolvió revocar la sentencia apelada del Juez de Primera Instancia y “poner en conocimiento de la presente al Congreso de la Nación, a fin de que, en ejercicio de sus atribuciones, extreme los recaudos para ejecutar el mandato que establece el artículo 45 de la Constitución Nacional”.

Resulta insoslayable destacar en estas instancias el blindaje expuesto por la Cámara ante potenciales ataques a su accionar por extralimitarse en sus funciones, en el gran debate sobre cuál debe ser el rol de los jueces y cuán activistas deberían ser. Por ello sostuvo que “esta decisión, vale señalarlo, no supone una intromisión en la esfera legislativa, sino que constituye el ejercicio de una competencia propia del Tribunal -en su función de juzgar- dirigido a la coordinación y complementación del accionar de los poderes del Estado, en resguardo del juego armónico del sistema constitucional”. Y agregó que “la elección de tal o cual base para la distribución de los cargos a elegir es una decisión que incumbe, efectivamente, al Poder Legislativo y no al Judicial”.

⁵ La CNE cita a Vanossi, Jorge R., Teoría Constitucional, Tomo II, Tercera Edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, p. 1050.

4. REFLEXIONES FINALES

La actualización del número de diputados (y aun más de senadores, pero sería objeto de estudio en otra investigación) elegidos por provincia es una materia pendiente que posee gran trascendencia política, democrática, institucional y federal. Lo que esto evidencia es, primordialmente, la continuada desobediencia del Poder Legislativo por omitir dar cumplimiento a la manda constitucional del Art. 45 que los obliga a actualizar la base de representación de la Cámara de Diputados conforme se realicen los censos. Este desconocimiento a lo ordenado ha generado que las provincias se encuentren representadas de manera irregular en el Congreso, que los votos de los electores tengan distinto peso o porcentaje de incidencia en la elección de los diputados y que haya intereses de determinadas regiones que cobren mayor fuerza tras un análisis de costo-beneficio realizado por los candidatos y sus partidos políticos.

Con la prudencia de lo resuelto por la Cámara Nacional Electoral, lo que se exige al Poder Legislativo es -como mínimo- que se sancione una ley que actualice el número de habitantes por provincia de acuerdo con el último censo (2010) y que determine cuál será el criterio a seguir para tender a un mayor *apportionment* en la Cámara de Diputados.

Por todo lo examinado, podría concluirse sosteniendo que “es necesario evaluar alternativas posibles de corrección de las situaciones descriptas, en procura de definir un criterio mínimo de monotonicidad, resguardando el principio constitucional de proporcionalidad entre población y bancas que la Constitución prescribe en el artículo 45” (Pérez Corti, 2016, p. 168).

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, J. B. (1974). *Bases*. Argentina: Editorial Plus Ultra.
- Altavilla, C. (s/d). Desproporcionalidad territorial en el federalismo argentino. Algunas consideraciones acerca de la (sobre)representación en la Cámara de Diputados de la Nación. *Anuario XVII del CIJS*. Córdoba. Obtenido a través de: <https://derecho.unc.edu.ar/anuarios-del-c-i-j-s/>.

- Badeni, G. (1976). *Comportamiento electoral en la Argentina*. Argentina: Editorial Plus Ultra.
- Cosano, P. S. (2009). La desigualdad y el valor de un voto: el *malapportionment* de las cámaras bajas en perspectiva comparada. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. 143. España. pp. 165-188.
- González, J. V. (1983). *Manual de la Constitución Argentina. 1853/1860*. Argentina: Editorial Estrada.
- Pérez Corti, J. M. (2016). *Derecho electoral argentino: nociones*. 3.^a ed. Argentina: Advocatus.
- Samuels, D.; Snyder, R. (2001). The value of a vote: malapportionment in comparative perspective. *B.J.Pol.S.* 31. Reino Unido: Cambridge University Press.

LAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO¹
Universidad de Buenos Aires; Universidad Austral;
ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 155-237

Resumen: Los artículos 1764 a 1766 del CCC y la Ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado son un punto de inflexión para el derecho público argentino. Marcan el tránsito de un régimen de base jurisprudencial, esencialmente disperso y variable, a un esquema sistemático de ordenación de carácter legal. Ello descarta definitivamente la declamada posibilidad de privatizar del derecho público. El plexo legal vigente, sin embargo, no es un punto de partida. Sus bases fueron labradas por la jurisprudencia del alto tribunal durante las tres últimas décadas de gobiernos *de jure*. Con todo, el sistema normativo vigente tampoco puede ser considerado un punto de llegada ni de ruptura. Es un eslabón, una pieza —necesaria, aunque incompleta— en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho. En este artículo se exponen las bases dogmáticas y jurisprudenciales que informan a la LRE.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La Ley 26.944 de Responsabilidad Patrimonial del Estado (en adelante, LRE) es un *punto de inflexión* para el derecho público argentino.

¹ Abogado. Magister en Derecho administrativo con diploma de honor. Director académico de la Maestría en Abogacía del Estado (ECAE-Untref).



Por un lado, marca el tránsito de un régimen de base jurisprudencial a un esquema sistemático de ordenación sustantivo de carácter predominantemente *legal*.

Por otro, de modo expreso concibe el instituto como una materia de *derecho público* y, en tanto tal, asume que las respuestas a los problemas que plantea la responsabilidad extracontractual del Estado incumben de modo primordial al derecho administrativo.

En este ámbito, la voluntad general -formalizada a través del plexo normativo que conforman los artículos 1764 a 1766 del Código Civil y Comercial (Ley 26.994, en adelante, CCC) y la Ley 26.944 (LRE)-recorrió un camino que rechaza, de plano, la declamada posibilidad de privatizar esta parcela del derecho público².

1.2. El plexo legal vigente, regulatorio de la responsabilidad patrimonial del Estado, ***no es un punto de partida***.

Sus ideas rectoras, esto es, el carácter *objetivo, directo, autónomo y local* del derecho de la responsabilidad estatal —juntamente con sus típicos factores de atribución, la *falta de servicio* y el *sacrificio especial* en aras del interés público—, fueron labradas por la jurisprudencia y la doctrina científica, nacional y provincial, durante las últimas décadas de gobiernos de *jure*.

El régimen jurídico de la responsabilidad del estado, conformado por la Ley 26.944 y los artículos 1764 a 1766 CCC, es una de las tantas

² Aunque parezca paradójico, la privatización del derecho público es auspiciada también por algunos sectores de la doctrina administrativista. Así, en un trabajo del prof. Tawil (diario La Ley de 21-10-2015), se señala que ora porque la Ley 26.944 sea derogada, o porque se la declare inconstitucional o porque una reforma legislativa restablezca las previsiones normativas originariamente propuestas por la Comisión 191/11, “de acá a unos años nuestro sistema de responsabilidad estatal se asemejará en importante medida al contemplado en el Título V, Capítulo I del Código Civil y Comercial del que la Ley 26.944 ha intentado apartarlo”. Por las razones que exponemos en el texto, no coincidimos con ese pronóstico; antes bien pensamos que la concretización de los valores y principios del Estado constitucional social de derecho habrá de mejorar esta parcela del derecho administrativo.

Cabe puntualizar que la reciente Ley 6325, de responsabilidad del Estado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —juntamente con las leyes provinciales que se han sancionado desde 2014 a la fecha- van en un sentido exactamente contrario al predicado por este sector de la doctrina.

respuestas posibles que la discrecionalidad legislativa pudo brindar a las múltiples cuestiones generadas por el proceso de transformación y unificación del derecho privado que finalmente desembocó, en 2014, en la sanción de la Ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación).

1.3. El sistema normativo vigente *tampoco es un punto de llegada, ni de ruptura*.

La LRE es un eslabón, una pieza, necesaria aunque incompleta en el tránsito del derecho administrativo del Estado formal de derecho al del Estado constitucional social de derecho.

En este sentido los desarrollos jurisprudenciales de los próximos lustros irán modelando y armonizando el régimen legal de la responsabilidad patrimonial del Estado según los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república.

En este sentido, la prestigiosa judicatura especializada en materia administrativa sabrá conformar necesarios *puntos de equilibrio* entre el derecho a no ser dañado, el deber jurídico de reparación patrimonial del legitimado pasivo *directo* (el Estado) y las razonables y concretas posibilidades del legitimado pasivo *indirecto* (la comunidad, que es quien, en definitiva, soporta la carga del responder) en el marco de la situación de emergencia que afecta a nuestro país.

1.4. Ciertamente, la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión compleja. Encierra una gran cantidad de problemas, que exceden la variable normativa.

Una observación macroscópica, global y sistémica de la responsabilidad estatal exige enlazar el mundo jurídico normativo con otras diferentes áreas del conocimiento, como v. gr., el sistema de derechos humanos, la ética, la política, la economía³, las finanzas, la filosofía, la sociología, entre otras.

Un enfoque centrado de manera exclusiva y excluyente en lo *normativo* es, desde una perspectiva científica, una técnica insuficiente y, por ello, defectuosa.

³ Así, por ejemplo, no se puede desconocer que la Ley 26.944 debía guardar compatibilidad con otras producciones legislativas anteriores del Congreso como, v. gr., la Ley 26.896, BO 22/10/13, que prorrogó la vigencia de la Ley 25.561, de emergencia pública en materia económica.

En efecto: el esquema *normativo* de ordenación de la responsabilidad es apenas una de las parcelas de nuestra unidad de observación.

En esta materia, como en otras del derecho público (no penal), la formulación de juicios de aprobación o desaprobación deben, invariablemente, estar precedidos de interconexiones con diferentes áreas del saber. En el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado la dimensión normativa es solamente un fragmento, una parcela, de la complejidad.

En general, no ha sido el enfoque integrador, global y de conjunto, consustanciado con el principio de *reserva de lo posible*, el método lógico (metodología) que se ha utilizado para estudiar la Ley 26.944 (LRE) y los artículos 1764 a 1766, del CCC.

Aún así, desde la unidimensional visión normativa, el examen de la LRE se ha realizado desde dos grandes campos: el derecho privado y el derecho público. En este último ámbito, es dable verificar que los estudiosos han encarado la LRE y los artículos 1764 a 1766 del CCC desde el derecho constitucional y desde el derecho administrativo.

No hay duda de que todos los aportes realizados desde la doctrina expresan una idea de justicia.

Sin embargo, no desconocemos que en el debate de las ideas, muchas veces apasionado, se filtran circunstanciales *intereses* —económicos, políticos, profesionales, ideológicos, académicos, amén de vanidades— que, ajenos al principio de reserva de lo posible y solapados bajo una supuesta inspiración científica, fuerzan sus aportes doctrinales según el modo y la intensidad con que aquellos intereses se pueden ver comprometidos.

Seguidamente examinaremos las características principales de la Ley 26.944, reguladora de la responsabilidad patrimonial del Estado.

2. EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS PROBLEMAS CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS

2.1. Los problemas clásicos

El derecho de la responsabilidad del Estado plantea problemas diversos. Algunos de ellos son clásicos, en tanto se anudan con la concreta efectividad de los principios basales del Estado legal de derecho.

Otros, en cambio, son más recientes. Emergen como producto del tránsito del Estado formal de derecho al Estado constitucional social de derecho (o Estado de los derechos fundamentales).

El catálogo de asuntos tradicionales —además del fundamento que sustenta al instituto—⁴ es variado y complejo.

Así, desde esta atalaya cabe interrogarnos sobre las siguientes cuestiones:

(i) *Cuál es la función de la responsabilidad del Estado.*

En este punto se debate si la responsabilidad estatal opera como garantía patrimonial; como dispositivo técnico de control —esto es, de sanción- o como un instrumento de solidaridad social, de distribución de recursos o directamente de seguridad social.

También nos preguntamos si la técnica conocida como prevención del daño —llamada a evitar la producción de un daño previsible- puede ser considerada una de las funciones de la responsabilidad del Estado. De ser así ¿cuál sería su alcance, su radio de aplicación?

(ii) *Qué reglas y principios deben regir la responsabilidad del Estado, en ejercicio de funciones públicas.*

⁴ Abandonada por completo la teoría de la inmunidad soberana como sustento de la infalibilidad estatal y, por ende, de su irresponsabilidad, la doctrina administrativa no exhibe uniformidad a la hora de exponer el fundamento de la responsabilidad del Estado. Así, no son pocos los que proclaman que el fundamento de la responsabilidad estatal reside en la justicia y en la equidad. Otros, en sustento de aquélla, proponen los principios de solidaridad, legalidad o, lisa y llanamente, la idea de bien común. Dentro de este catálogo hay quienes explican este instituto a través de la teoría del sacrificio especial, la expropiación, el enriquecimiento sin causa, el derecho de propiedad y la igualdad ante las cargas públicas.

Más allá de la inexcusable parcela de verdad que encierra cada una de las tesis enunciadas, pensamos que el cimiento sobre el que se apoya la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho se focaliza, de manera primordial, en el principio de dignidad humana. En efecto: el principio de dignidad humana, y la inescindible nota de alteridad jurídica que él acarrea, justifica incluir a la responsabilidad estatal dentro del elenco de principios basilares del Estado constitucional social de derecho contemporáneo. Este fundamento tiene consecuencias prácticas insoslayables, toda vez que proyecta la función preventiva de la responsabilidad estatal con relación a la evitación del daño sobre derechos fundamentales indisponibles.

Este es el problema central que enfrentó el legislador argentino con la sanción del Código civil y Comercial, en 2014.

Más allá del fundamento constitucional que brindan los artículos 17, 16, 19 y 75.22, de la Constitución Nacional, en este punto se plantea si la materia concierne al derecho público (derecho administrativo); o si, en paridad con los particulares, el responder patrimonial del Estado –en ejercicio de potestades públicas- se lo debe examinar y juzgar de acuerdo con las normas de derecho privado, en el marco de la unidad del derecho de daños o de la teoría general del derecho de daños.

(iii) *Autoridad competente*

Frente al supuesto de que se considere que estamos en presencia de una materia de derecho público se presenta un nuevo problema: ***quién es la autoridad competente para regular la responsabilidad del Estado.***

Desde el principio cardinal de separación de poderes y de acuerdo con la técnica de descentralización del poder territorial consagrada en la Constitución (forma de Estado federal) nos preguntamos a qué la autoridad pública le incumbe establecer el régimen jurídico de la responsabilidad estatal.

Concretamente: ¿qué poder del Estado tiene atribuciones para reglamentar la responsabilidad del Estado?

¿La debe regular el máximo tribunal, a través de sentencias y acordadas?

¿O la susodicha facultad concierne al Poder Legislativo?

En este último supuesto, quién es la autoridad legislativa competente: ¿el Congreso de la Nación? o ¿las legislaturas provinciales?

(iv) *Régimen único o múltiple*

Anudada a la cuestión precedente, cabe inquirir si el régimen jurídico de la responsabilidad estatal debe ser único y uniforme para toda nación y las provincias o si, en cambio, puede (o debe) ser plural, múltiple, según la forma de Estado federal.

(v) *Método de interpretación*

Si se aceptara que la responsabilidad patrimonial del Estado es un asunto que atañe de manera predominante al derecho administrativo

cabe interrogarnos acerca de cómo y hasta dónde se *proyecta el régimen jurídico de la responsabilidad civil* –artículos 1708 y siguientes del CCC- sobre la responsabilidad estatal. Concretamente, en supuestos lagunosos: ¿se aplican las normas del derecho privado? Y, si la respuesta fuere afirmativa, la aplicación de normas del responder civil ¿Es directa? ¿Es subsidiaria o supletoria? ¿Es analógica?⁵.

(vi) *La responsabilidad del Estado en relación con sus órganos.*

Con respecto a sus órganos cabe interrogarnos si la responsabilidad del Estado opera de manera indirecta, subsidiaria, o, si en cambio, ella actúa de modo principal o directo.

(vii) *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva?*

Por cierto, uno de los problemas centrales que plantea nuestra unidad de estudio se afina en saber si la responsabilidad del Estado reposa en la idea de reproche subjetivo, esto es en la idea de culpa del agente o del funcionario (responsabilidad subjetiva) o, si la construcción orgánica del régimen jurídico del responder estatal se edifica a partir de las prestación de la función pública, con prescindencia del reproche subjetivo (responsabilidad objetiva);

(viii) *Responsabilidad del Estado por actividad ilegítima ¿y también legítima?*

Otra cuestión relevante reside en determinar si el hecho generador que hace nacer la responsabilidad patrimonial del Estado se focaliza exclusivamente en la actuación irregular de sus órganos y entes, o si, a diferencia de lo que ocurre, de ordinario, en la responsabilidad civil⁶, cabe que el Estado, en ejercicio de potestades públicas, responda también por la actividad formal o material, legítima de aquéllos.

⁵ Cabe recordar que, con posterioridad a la Ley 26.944, se sancionó la Ley 27.328 reguladora de los contratos PPP. El art. 9 inciso p de la Ley 27.328 establece que la LRE, 26.944, no será de aplicación directa, supletoria o analógica a la extinción por razones de interés público.

⁶ No podemos ignorar que en el derecho privado existen situaciones de responsabilidad por actividad lícita, como las previstas en los artículos 1977 (instalaciones provisionales indispensables sobre inmueble lindero) o 1718, inc. 3° (estado de necesidad), entre otros. Sin embargo, estos supuestos son ajenos a

(ix) *Responsabilidad por actividad legítima. Alcance de la reparación*

En caso de aceptarse la responsabilidad por actividad legítima del Estado en ejercicio de potestades públicas, corresponderá discernir el alcance de la reparación, esto es, si la extensión del resarcimiento por actividad legítima debe tener, o no, el mismo alcance del previsto para la responsabilidad por actuación irregular.

(x) *¿Responsabilidad por omisiones legítimas?*

El reconocimiento de responsabilidad estatal nacida de fuente legítima acarrea una nueva cuestión: ¿es predicable, en el régimen vigente, la responsabilidad por omisión o inactividad *legítima* del Estado? En la jurisprudencia nacional ¿existen precedentes que respalden este supuesto ?

(xi) *Requisitos del supuesto de hecho que origina la responsabilidad extracontractual del Estado.*

¿Cuáles son los requisitos que estructuran el supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad extracontractual del Estado? ¿Son propios de la responsabilidad del Estado? ¿O son los mismos que gobiernan a la responsabilidad civil? ¿Son total o parcialmente diferentes?

(xii) *Factor de atribución y relación de causalidad*

En relación con los requisitos de procedencia de la pretensión resarcitoria corresponde indagar:

a. Cuáles son los *factores de atribución* de la responsabilidad estatal. ¿Son idénticos a los que rigen en la responsabilidad civil? ¿Son específicos de la responsabilidad estatal? Frente al caso que exista disimilitud entre los factores de atribución de la responsabilidad civil y del Estado ¿cabe la aplicación analógica de factores atribución de la responsabilidad civil a la responsabilidad estatal? ¿cuándo será posible la extensión analógica? ¿Con qué modulaciones y alcance?

la idea de interés público, como lo es, en cambio, la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

b. Qué función cumple la *relación de causalidad* en la responsabilidad del estado; qué criterios gobiernan la atribución de consecuencias, la *prueba*; cómo se estructura el régimen de la *co-causación*; de las *concausas* y de las *eximentes* por ruptura del nexo causal.

(xiii) *Causalidad y factor de atribución*

El derecho de la responsabilidad del Estado plantea el problema sobre si existe algún tipo de interrelación entre el factor de atribución y la relación de causalidad; y, si esta interconexión, gravita al momento de fijar el alcance de las *consecuencias dañosas resarcibles*.

(xiv) *Daño*

En lo que concierne al daño se presente el problema de establecer si se lo debe entender como menoscabo de un bien jurídico o si en cambio se lo debe asociar a la idea lesión sobre un derecho o interés no reprobado por la ley.

Frente a la orfandad normativa, los interrogantes precedentes recibieron la respuesta, no siempre homogénea, de la jurisprudencia. A la vez, la doctrina autoral contribuyó y favoreció a la sistematización de la multiplicidad de sentencias dictadas en torno a la responsabilidad del Estado.

En efecto: frente a la carencia de un régimen normativo específico, la CSJN asumió una doble y delicada tarea: dirimir con fuerza de verdad legal los casos concretos de responsabilidad patrimonial del Estado sometidos a su conocimiento y decisión, y, simultáneamente, tallar -de manera general y con vocación de perdurabilidad- las bases, requisitos y estándares de la responsabilidad estatal según los principios consagrados, primordialmente, en los arts. 16, 17 y 19 CN.

Bajo el régimen jurisprudencial vigente hasta 2014, la cartografía del derecho de la responsabilidad del Estado exhibió criterios consolidados (como, v. gr., el carácter objetivo y directo de la responsabilidad estatal).

Sin embargo, también mostró posiciones que distaban de ser pacíficas. Así, los recaudos que habilitan la *falta de servicio por omisión*; el criterio para determinar la *relación de causalidad*, tanto en la

responsabilidad estatal nacida de la actividad ilegítima como lícita; la *extensión del resarcimiento*, en los supuestos de responsabilidad de fuente legítima, el carácter actual o no del daño, entre otras, eran cuestiones que recibieron un trato cambiante, flexible, sobre todo a través de los obiter que, en algunas oportunidades, habrían de convertirse más tarde en holding.

A pesar de ello, el precedente jurisprudencial adquirió, en la práctica, gravitación materialmente legislativa. De ese modo, hasta la feliz reacción legislativa de 2014, los poderes públicos toleraron que sutilmente se modificara la atribución constitucional de competencias, en menoscabo de la voluntad general.

2.2. Los problemas contemporáneos. El desafío de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Estado constitucional social de derecho

A los problemas anteriores, que hemos denominado *clásicos*, se le añaden nuevos problemas, que nacen del tránsito del Estado formal y democrático al Estado constitucional social de derecho.

Entre los nuevos problemas, hay dos que deben ser atendidos de manera prioritaria, sin perder de vista el estándar de *reserva de lo posible*.

El primer problema atañe a la neutralidad del esquema de ordenación del responder estatal. ¿Corresponde mantener un sistema básicamente neutral e indiferente con respecto a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego? Concretamente: en este punto cabe interrogarnos acerca de si es posible establecer modulaciones en el régimen general de la responsabilidad cuando el hecho generador imputable al órgano o ente estatal interfiera lesivamente sobre *derechos fundamentales indisponibles de la persona humana*.

La segunda cuestión, en cambio, nos inquiera sobre la posibilidad de desarrollar técnicas preventivas del daño sobre derechos indisponibles. El problema nos plantea la posibilidad de aplicar, por vía analógica, la acción de prevención regulada en los artículos 1710 y siguientes, del CCC.

Vayamos por partes.

2.2.1. El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho adviene como un esquema sistemático de ordenación y armonización de potestades y garantías afincado en los principios, valores

y reglas que emanan de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

Este modelo, sin ambigüedades ni concesiones, asume que las bases formales y materiales del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos son las bases que sustentan el derecho administrativo argentino actual.

Es así pues que con arreglo a esta impronta el *derecho administrativo* adquiere la condición de *derecho constitucional y convencional en concreta y continua realización*.

Bajo la matriz del Estado constitucional social de derecho, el derecho administrativo se preocupa por la observancia de las formas esenciales y sustanciales y de manera preferencial asume el compromiso de brindar efectividad a la *juridicidad material que emana de la Constitución, sobre todo, en lo que atañe al respeto y protección de los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*.

El derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho hunde sus raíces en la *supremacía de la Constitución Nacional convencionalizada* en 1994 y en su *fuerza normativa* (el documento constitucional es norma jurídica, no mero programa). En este marco, como lo ha subrayado la Corte federal, los derechos no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

En lo que atañe a las relaciones jus administrativas, esta matriz predica que la Administración debe subordinar toda su actividad formal y material al principio de juridicidad. Cabe subrayar que, en el Estado constitucional social de derecho el principio de juridicidad –al que está sometida la Administración– se abastece de una multiplicidad de hontanares: la Constitución Nacional; los *principios preestatales* que ella reconoce y despliega; los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional, los tratados, las leyes, los reglamentos, sin olvidar, claro está, la imprescindible guía que brindan las interpretaciones de la CADH por parte de la CorteIDH⁷.

⁷ En “Rodríguez Pereyra”, considerando 11º, de 27.11.2012, la Corte federal enfatizó, con sustento en el precedente Mazzeo (Fallos 330:3248) que “la

En esta matriz anida la idea de una juridicidad material, por los valores, que no solo limita los poderes de la Administración pública y se abre a la sociedad civil a través de la transparencia de los procedimientos, sino que, comprometido con la nota de alteridad, a la vez ordena o encarga el desarrollo de actividad positiva tendente a crear las condiciones de igualdad real que le aseguren a todos los miembros de la comunidad el acceso a los bienes necesarios para satisfacer el mínimo existencial, indisponible, que les corresponde por el solo hecho de ser persona humana.

En este modelo la observancia del principio de juridicidad –dentro del cual la Administración debe servir inmediatamente a los intereses generales - está indisolublemente asociada a la idea de previsibilidad y *seguridad jurídica*⁸ y naturalmente a la *expectativa de certeza jurídica*⁹.

interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

⁸ La Corte federal, en “Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo”, de 4 de septiembre de 2018, voto de la mayoría, ha dicho que “el principio de juridicidad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional sirve como medida de todos los derechos y deberes, de las acciones y de las omisiones”. Y agrega: “la precisión y actuación real de las reglas preestablecidas genera un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea *previsible*”. Finalmente concluye en que el artículo 19 de la Constitución Nacional “exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razonablemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige”.

⁹ Al respecto Aarnio puntualiza que la expectativa de certeza jurídica significa que todo ciudadano tiene el derecho esperar protección jurídica; con otras palabras: el tribunal u otro órgano adjudicativo (agregamos nosotros, la administración) tiene la obligación de dar una respuesta cuando el ciudadano pide protección jurídica. Este es el derecho jurídico básico de todo ciudadano en sociedad. Subraya el autor que la expectativa de certeza jurídica cubre dos elementos sustanciales: a) que se evite la arbitrariedad y b) que la decisión

En el Estado constitucional contemporáneo o Estado de los derechos fundamentales, los fines de interés general que la Administración está llamada a servir con objetividad y calidad se anudan con el principio “*jurídico*” fundamental de dignidad. En este sentido todas las autoridades públicas, cualesquiera sea el tipo de función que desarrollen, tienen el *compromiso jurídico fundamental* de respetar y garantizar la dignidad de la persona humana.

En efecto.

Dignidad de la persona humana, derechos humanos fundamentales y principio pro persona, componen la **tríada basal material** que gobierna el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

La *tríada basal material* del Estado constitucional contemporáneo - junto con uno de sus corolarios, *el principio de interdicción de la insensibilidad* (frente a cualquier violación, lesión o intervención de los derechos humanos)- inaugura *vínculos “jurídicos” obligatorios*.

La vocación de efectividad de esos vínculos jurídicos fundamentales - incardinados en el esquema sistemático de ordenación de los derechos humanos establecido en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional - hace nacer nuevos puntos de articulación, conciliación y armonía entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares.

Ciertamente, estos nacientes puntos de equilibrio y armonización también lo son *de ruptura con el derecho administrativo labrado en periodos de interrupción del orden constitucional*

Ciertamente, la aludida tríada basal material que emerge del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional- al tiempo que renueva la savia (interés general) que recorre la función administrativa inmuniza el derecho administrativo del Estado constitucional social de derecho frente a los embates del derecho administrativo abiertamente adscrito al ideal autoritario y a los intereses sectoriales afectantes del bien común.

sea sustancialmente correcta, en concordancia con el derecho válido (enfatisa que no es suficiente que la decisión previsible, debe ser sustancialmente correcta) (conf. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, ed. Palestra, Lima, 2016, pp. 29/30).

En definitiva: en el Estado constitucional social de derecho el derecho administrativo está llamado a resolver las debilidades del derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho.

En ese orden esta matriz anuda y asume compromisos vigorosos:

(i) con la *supremacía de la Constitución convencionalizada* y su *fuerza normativa*;

(ii) con el principio de *dignidad de la persona humana*;

(iii) con los *derechos humanos* que le son inherentes y el *principio pro persona*, en su doble formulación¹⁰;

(iv) con la vocación de *efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos por el bloque de constitucionalidad;

(v) con el *principio democrático* (art. 36 de la CN);

(vi) con los principios basilares que gobiernan el estatuto del poder, la *separación de poderes y control recíproco*, como garantía de libertad de las personas;

(vii) con las reglas actuales de *control de constitucionalidad*;

(viii) con el *corpus iuris interamericano*;

(ix) con el *control judicial difuso de convencionalidad*;

(x) con el *control administrativo de convencionalidad*, según la jurisprudencia de la CorteIDH¹¹;

¹⁰ En Fallos 336:672 (“Asociación Trabajadores del Estado”, considerando 11º, último párrafo, de 2013), el alto Tribunal subrayó que el principio *pro homine* o *pro persona* exhibe dos manifestaciones principales. “Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías... Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas ... Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (idem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten”.

¹¹ Sentencias recientes de la CorteIDH reafirman la doctrina consagrada en “Gelman” (2011) y “García Ibarra”, entre otras. Así, el tribunal interamericano sostuvo que “*el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención*, los cuales

(xi) con la *armonización de las potestades públicas con los derechos humanos*;

(xii) con su corolario, el principio material de *justa administración*.

2.2.2. Desde este vértice, extramuros de toda neutralidad e indiferencia a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, el régimen legal vigente de la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser interpretado según los principios que conforman la *tríada basal material* de la juridicidad del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

Desde este miraje, cuando el hecho generador produzca consecuencias lesivas sobre derechos fundamentales indisponibles, corresponderá que cada segmento del esquema de ordenación del responder estatal (requisitos, eximentes, extensión del resarcimiento, admisibilidad de la pretensión indemnizatoria) sea armonizado con los valores y principios que sustentan la aludida tríada: *dignidad de la persona humana, derechos humanos y principio pro persona*.

En este marco, los problemas contemporáneos de la responsabilidad del Estado se focalizan en precisar si el derecho de la responsabilidad del Estado debe ser neutral o indiferente a la valiosidad de la relación de disponibilidad en juego o, en cambio, si es posible reconocer modulaciones en el esquema del responder estatal cuando el hecho generador imputable a un órgano o ente estatal produzca interfiera lesivamente sobre derechos fundamentales indisponibles.

Al respecto, nos adelantamos a señalar que, en el Estado constitucional contemporáneo, el principio de dignidad humana (principio preestatal expresamente reconocido en el art. 75, inc. 22 CN) se erige en el estándar básico de interpretación de todo el sistema legal (nacional y provincial) y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado. De suyo, en ese marco, los principios constitucionales son, naturalmente, los principios del derecho administrativo.

deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados (CorteIDH “Petro Urrego”, sent. de 8 de julio de 2020, párrafo 107; “Urrutia Laubreaux”, de 27 de agosto de 2020, párr. 93).

De allí que, por ejemplo, en los excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera comprometer la integridad de **derechos fundamentales indisponibles**, inherentes al principio de dignidad humana —me refiero a los derechos esenciales de la persona física, art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)—, el art. 4° de la Ley 26.944, en el que se establecen los requisitos del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal por actividad legítima, como también el art. 5°, en cuanto fija el alcance del resarcimiento de los daños nacidos de fuente extracontractual lícita, deberán ser interpretados según los estándares consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En el Estado constitucional social de derecho, la centralidad que adquiere la persona nos lleva a considerar que todo daño sobre **derechos fundamentales indisponibles**, que la persona física (art. 1.2 CADH) no tiene obligación soportar (sea de fuente ilegítima o legítima) obliga al **íntegro restablecimiento de la dignidad lesionada**, lo cual comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona. A tal efecto, deviene decisivo, por ejemplo, proveer a la plena rehabilitación de la persona y a la reconstrucción de su proyecto de vida, amén, claro está, del equivalente indemnizatorio que fuera pertinente. En tal sentido el art. 5 de la Ley 6325 de la CABA estableció que cuando se afecte la vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas y en caso de estar reunidos los requisitos de responsabilidad por actividad lícita, el juez puede fijar prudencialmente los rubros indemnizatorios correspondientes al lucro cesante, debiendo explicitar las concretas razones que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne dicho rubro.

Otro de los problemas contemporáneos nos inquiere sobre la posibilidad de trasladar la tutela inhibitoria (acción preventiva) al derecho de la responsabilidad del Estado. Ello, claro está, con arreglo a las modulaciones que impone la interpretación analógica. En este punto no resulta irrazonable predicar, con miras a *preservar “in natura” un derecho esencial indisponible*, que, además de su tradicional función reparadora, el derecho de la responsabilidad estatal está llamado

a cumplir, también, una función preventiva o de evitación de daños que pudieran tener origen en la actividad ilegítima de órganos o entes públicos.

2.2.3. La Ley 26.944, de Responsabilidad del Estado (LRE), juntamente con las normas pertinentes del Código Civil y Comercial (arts. 1764 a 1766 CCyC) consagran un elenco mínimo de reglas, abstractas y generales, a partir de las cuales es posible extraer respuestas concretas a los problemas clásicos del derecho de la responsabilidad del Estado. A la vez, sobre este tangible *corpus* normativo habrán de operar los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república, a partir de los cuales se podrán encontrar respuestas plausibles a los problemas contemporáneos que detallamos en el párrafo anterior.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA LEGAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En el plano normativo, es evidente que el examen y valoración de la Ley 26.944 —esto es, la ley-marco de responsabilidad estatal actualmente vigente— debe realizarse en su contexto, esto es, en paralelo con el proceso de discusión del Anteproyecto y Proyecto de Código Civil y Comercial.

Una apreciación inicial permite comprobar que la sanción de una ley de responsabilidad del Estado no parecía ser, de antemano, una prioridad en la agenda del derecho público argentino.

El debate en torno a la necesidad concreta de regular por vía legislativa la responsabilidad del Estado comienza en marzo de 2012 con la presentación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Juristas creada por el decreto 191/2011.

En su redacción original el Anteproyecto de la Comisión —integrada por insignes profesores de derecho privado— insertó a la responsabilidad del Estado y del funcionario en la Sección 9ª, del Capítulo 1º, del Título V, del Libro Tercero. El Anteproyecto contemplaba la responsabilidad de los poderes públicos —y del funcionario— dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil. En ese esquema, en tanto supuesto especial de responsabilidad civil, a la responsabilidad del Estado le habría de ser aplicable **directamente** el régimen general

de derecho privado consagrado en el Capítulo 1, del Título V, del Libro Tercero del nuevo Código.

Y allí nace una disyuntiva con indudable proyección práctica: ¿era competente la Comisión creada por el Decreto 191/2011 —dotada de facultades para proponer un anteproyecto de Código que unificara el derecho privado— para incursionar en una cuestión de derecho público, como es la responsabilidad del Estado? ¿Debía el Código Civil y Comercial —llamado a unificar el derecho privado— reglamentar un instituto de derecho administrativo, como es la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos y de sus entes?

En la respuesta a ese problema medular se jugaba una parte importante del ser o no ser del derecho administrativo argentino, puesto que, más allá de las interconexiones y recíprocas influencias entre el derecho privado y el público, era evidente que la regulación de la responsabilidad estatal desde el derecho privado —tal como lo propiciaba el Anteproyecto de 2012 en los arts. 1764 a 1766— desafiaba tanto el carácter local —esto es, las competencias provinciales no delegadas— como la autonomía científica del derecho administrativo.

Incurriríamos en un error de apreciación si escindiéramos el estudio de la Ley 26.944 de las circunstancias jurídicas, sociales, económicas, políticas e históricas que llevaron al Congreso a aprobar el régimen legal de la responsabilidad estatal a través de un cuerpo normativo diferente del nuevo Código. No cabe duda de que, en esa oportunidad, el legislador tuvo presente que la adscripción de la responsabilidad del Estado como un supuesto especial de responsabilidad civil —tal como lo propiciaban originalmente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial— ignoraba el federalismo como forma de Estado (arts. 1°, 5°, 121, 122, 129 y concs. CN) y, también, un siglo y medio de construcciones jurídicas autónomas labradas desde el derecho administrativo de nuestro país.

Basta, pues, recordar que ya en 1869 Vélez Sarsfield discernía perfectamente los ámbitos de incumbencia del derecho privado y del derecho administrativo. En tal sentido, el art. 2611 CC¹², y la nota al

¹² El art. 2611 CC establece: “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”. En la nota

art. 31¹³, conjuntamente con la jurisprudencia labrada por el Alto Tribunal en torno a ellos¹⁴, permiten comprobar el miraje desde donde se debía examinar y regular la responsabilidad del Estado.

Las características que distinguen al sistema legal vigente son:

3.1. El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un sistema legal-marco que reconoce y a la vez reglamenta la responsabilidad del Estado en ejercicio de funciones públicas.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho iberoamericano comparado¹⁵, la Constitución Nacional de la República Argentina, reformada

al pie, el codificador enfatizaba que las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público son extrañas al derecho civil.

¹³ La nota al art. 31 puntualiza específicamente que el Código Civil trata sobre cuestiones de derecho privado (“Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado, la capacidad artificial de la persona de existencia ideal, solo se aplica a las relaciones de derecho privado y no a las de derecho público”).

¹⁴ Ver, por todos, CSJN, Fallos: 328:2654, voto de la Dra. Highton.

¹⁵ En España, el art. 106, inc. 2) de la Constitución, establece que: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

El art. 37, párr. 6, de la Constitución de la República Federativa del Brasil, dispone: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

En Colombia, el art. 90 de la Constitución Política de Colombia prescribe que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

En México, el art. 113, inc. 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa **irregular** cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

en 1994, no contiene una cláusula general que establezca, de manera expresa, el derecho a la indemnización de los daños provocados por la actuación o inactividad de las autoridades públicas.

Existen, en cambio, normas específicas. Así, además del art. 17 CN, que reconoce la garantía patrimonial frente a la expropiación por causa de utilidad pública¹⁶, el art. 15 establece que una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar la declaración constitucional mediante la cual los esclavos quedaban libres desde la jura de la Constitución.

A su vez, el art. 63.1 CADH, que tiene jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22 CN), prescribe que cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Y agrega: “[d]ispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Esta norma, por la que se establece el alcance de las competencias de la Corte IDH, se refiere a la reparación de las consecuencias dañosas inferidas a los derechos esenciales del hombre, esto es, a los derechos que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Aunque resulte redundante, vale recordar que el ámbito de protección de la CADH alcanza a los derechos y libertades reconocidos en ella en relación a toda **persona**. Al respecto, el art. 1.2 CADH prescribe que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”¹⁷.

En Chile, el art. 38, párr. 2, de la Constitución de ese país establece: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

En Uruguay, el art. 24 de la Constitución consagra la responsabilidad estatal del siguiente modo: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”.

¹⁶ En lo pertinente, el art. 17 CN establece que “... [l]a expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...”.

¹⁷ En efecto: la titularidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos corresponde a *seres humanos*. En tal

Tampoco existía, hasta la sanción de la Ley 26.944, una regulación legal orgánica de la responsabilidad del Estado.

Salvo alguna norma aislada, como el art. 130 de la Ley 24.156¹⁸, lo concreto es que hasta el año 2014 el derecho de la responsabilidad estatal se sustentó, básicamente, en los precedentes labrados por la Corte Suprema de la Nación (en adelante, CSJN).

En tal sentido, con arreglo a los aportes científicos prejurisprudenciales¹⁹, la doctrina del Alto Tribunal se sustentó, primordialmente, en

sentido el Preámbulo de la Convención Americana da cuenta que el núcleo de la CADH se centra la protección y titularidad de los derechos del ser humano. En ese orden la Corte IDH enfatiza que el objeto y fin de la CADH es la *protección de los derechos fundamentales de los seres humanos* (OC-22/16 párrafo 42). Desde esta interpretación del art.1.2 de la CADH cabe concluir que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales.

Sin embargo, a partir de una interpretación evolutiva de la Convención, la CorteIDH sostiene que las *comunidades indígenas* son titulares de derechos protegidos por el sistema interamericano y pueden presentarse ante este en defensa de sus derechos y los de sus miembros.

A la vez, acerca de las *organizaciones sindicales* la CorteIDH entiende que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones están habilitadas para presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos.

En lo que atañe al ejercicio de los derechos de las personas naturales a través de personas jurídicas la CorteIDH entiende que en determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de personas jurídicas puede acudir al Sistema para hacer valer sus derechos fundamentales. Tal lo ocurrido en el caso “Ivcher Bronstein” (Sentencia de 6 de febrero de 2001), en el que se diferencian los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, o “Grainier” (sentencia de 22 de junio de 2015), caso en el cual el tribunal interamericano sostuvo que las restricciones a la libertad de expresión se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan.

Hasta el momento, la Corte sólo ha conocido casos en que el ejercicio del derecho fue realizado a través de personas jurídicas respecto al derecho a la propiedad y al derecho a la libertad de expresión.

¹⁸ Art. 130. - “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”.

¹⁹ En esta materia los aportes realizados por el Prof. Juan Carlos Cassagne hace ya más de treinta años (“En torno al fundamento de la responsabilidad

el art. 1112 CC²⁰, norma que, en su contexto y gramaticalidad, está destinada a regular la falta personal de funcionario.

Con la reciente sanción de las leyes 26.944 y 26.994 se produce un cambio de sustancial relevancia.

En primer lugar, a través de un cuerpo normativo con rango de ley, se reconoce de manera expresa, general y abstracta el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños que genere el Estado mediante su actuación —activa o pasiva; formal o material— ilegítima, como también por su actividad lícita, siempre que se compruebe un sacrificio especial en aras del interés público.

El reconocimiento legal de esta **garantía patrimonial** queda explicitado en el art. 1º, párr. 1º, de la Ley 26.944. Allí se establece que la referida ley “rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”.

Ese reconocimiento también opera por conducto de los arts. 1764 y 1765 CCyC (Ley 26.994). Este último prescribe que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

A diferencia de épocas pretéritas, el régimen vigente de la responsabilidad estatal emana hoy del órgano que representan la voluntad general, el Congreso de la Nación. Es así pues que las normas referidas son la reglamentación legal de la garantía patrimonial frente a los daños que produzca el Estado en ejercicio de funciones públicas.

En definitiva:

del Estado”, ED 99-937, y “La responsabilidad extracontractual del estado en el campo del derecho administrativo”, ED 100-986) son un punto de referencia obligada para quienes estudian este tema.

²⁰ Art. 1112.- “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”. Se refiere al Título IX, “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”) de la Sección Segunda (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones) del Libro II (de los derechos personales en las relaciones civiles) del Código Civil de Vélez Sarsfield.

(i) El plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y 26.994 (arts. 1764 y 1765) instituye un **sistema legal-marco** de responsabilidad del Estado.

(ii) Coetáneamente, y como correlato de lo anterior, con la sanción de la Ley 26.944 **se abandona el régimen jurisprudencial** —esencialmente variable— construido en torno a una norma insertada en el Código de Vélez (el célebre art. 1112 CC) que regula la responsabilidad extracontractual, de naturaleza cuasi delictual, del agente o funcionario.

(iii) La Ley 26.944 (LRE) juntamente con los arts. 1764 a 1766 del CCyC, configuran la reglamentación legislativa de la garantía patrimonial sustantiva reconocida en los arts. 16, 17, 19 y 75, inc. 22 CN, en cuanto atañe al daño producido por el obrar de los órganos estatales en ejercicio de funciones públicas.

Anticipamos desde ahora que las llaves maestras para interpretar adecuadamente el sistema legal vigente a partir de 2014 son la analogía y el principio de dignidad humana.

3.2. La responsabilidad del Estado, en el régimen legal vigente, cumple una función de garantía.

La responsabilidad patrimonial del Estado es un principio material ínsito en el Estado constitucional social de derecho.

En su función reparadora, tiende de manera primordial a restablecer, ex post, el equilibrio perdido entre el Estado y el particular a causa de la lesión jurídica inferida a los derechos o bienes de las personas por los órganos o entes estatales en ejercicio de funciones públicas.

En esa dirección, el carácter decididamente **objetivo** en el cual se enrola el régimen legal vigente (arts. 1º, 3º y 4º, de Ley 26.944), en el que la idea de culpa queda ostensiblemente enervada, permite aseverar que la responsabilidad patrimonial del Estado cumple, primordialmente, una función de **garantía**.

En efecto, más que instrumento de control llamado a sancionar una actividad estatal, el núcleo teleológico predominante que inspira el sistema creado por la Ley 26.944 (LRE) reside en asegurar la reparación de una lesión cierta —que la persona no tenga la obligación de soportar— real, mensurable en dinero, que resulte imputable a la inactividad o a la actuación —activa o pasiva; formal o material— de

un órgano estatal en ejercicio de funciones públicas, encuadrable en alguno de los factores objetivos de atribución previstos legalmente.

Esa función predominante de garantía que tiene asignada el derecho de la responsabilidad del Estado, a nuestro juicio se potencia y complementa con la aplicación, por vía **analógica**, de las técnicas de prevención del daño consagradas en el CCyC.

A diferencia de lo que ocurre con las sanciones pecuniarias disuasivas, que como bien sabemos de manera alguna se confunden con las sanciones conminatorias o astreintes, la LRE no prohibió la postulación de pretensiones preventivas frente al Estado. Si bien las normas del nuevo Código no resultan aplicables de manera directa o subsidiaria —arts. 1º, párr. 3, LRE y 1764 CCyC— nada impide su aplicación analógica. De allí pues que este dispositivo sustantivo, consagrado en el art. 1711²¹ CCyC y concordantes —denominado también tutela inhibitoria— está llamado a **evitar la producción de un daño previsible**, originado por la actividad estatal ilegítima, con la menor restricción de derechos. Su prudente utilización —con las modulaciones que impone la analogía— en la medida que no interfiera, ni frustre, la satisfacciones de los bienes jurídicos que protege el interés público ni el desarrollo de la autotutela declarativa, puede traer fecundos resultados en el ámbito del derecho público, sobre todo en aquello cuanto concierne a la evitación de daños sobre los derechos esenciales indisponibles. A tal efecto, consideramos que el catálogo de situaciones y derechos enumerados en el art. 2.2 de la Ley 26.854²² asoma como un primer radio de desarrollo de este dispositivo en el ámbito del derecho administrativo, a los efectos de procurar la protección *in natura* del derecho. En este ámbito la acción de prevención más evitar el ilícito formal evita su materialización, esto es, la efectiva

²¹ Art. 1711.- “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”

²² La Ley 26.854 brinda un tratamiento diferenciado cuando “se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y también un derecho de naturaleza ambiental.

consumación del daño o la puesta en práctica de la conducta generadora de daño.

De consiguiente, la garantía patrimonial, de talante resarcitorio o reparador, expresamente reconocida en la LRE se complementa, por vía analógica, con la garantía de prevención del daño de origen antijurídico²³.

En suma:

i. Según se desprende de la Ley 26.944, el derecho de la responsabilidad del Estado en la Argentina, en su variable reparadora, se exhibe como una *garantía patrimonial* de las personas frente al Estado;

ii. Sin embargo, la responsabilidad estatal *no tiene por finalidad hacer del Estado un asegurador universal y anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio*. Como lo señala el fuero especializado en materia administrativa, **la responsabilidad del Estado no es una especie de seguro público general**²⁴.

iii. A la vez, el derecho de la responsabilidad del Estado, en su hora actual, no desdeña a *tutela inhibitoria del daño previsible originado por la actuación antijurídica de un órgano estatal*. En ese entendimiento la acción de prevención contemplada en los arts. 1711²⁵ CCyC y ss., solo por vía analógica, tiene un horizonte de proyección muy concreto

²³ En el derecho administrativo, la configuración del supuesto de hecho que da lugar a esta acción requiere, primeramente, verificar la existencia de mandatos jurídicos expresos y determinados de actuación, cuyo total o parcial incumplimiento (antijuridicidad), producirá, previsiblemente, el daño que esta acción está llamada a evitar. Por cierto, es necesario demostrar la existencia de una adecuada relación causal. A los fines de establecer quién es el obligado, se deberán examinar las incumbencias materiales, territoriales, de grado y de tiempo del órgano o del ente estatal a que se le imputa el hecho que se pretende prevenir.

Por cierto, a diferencia de las medidas cautelares, la técnica de prevención aludida no requiere acreditar el peligro irreparable **en la demora**. Ello es así debido a que el objeto de la pretensión preventiva es evitar la producción –o agravamiento– de un daño derivado de una conducta u omisión antijurídica (conf. art. 1711), mas no asegurar el objeto del proceso (art. 3.1, Ley 26.854 de medidas cautelares).

²⁴ CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 22/03/2012, considerando VII.

²⁵ Ver nota 11.

en cuestiones que atañen a la protección de derechos fundamentales indisponibles.

3.3. La responsabilidad patrimonial del Estado está gobernada por normas y principios de derecho administrativo. De allí que su regulación no es única: será nacional o local, según corresponda (art. 1° de la Ley 26.944 y 1765 CCyC).

El derecho de la responsabilidad del Estado, en la Argentina, exhibe dos notas singulares: **autonomía** (científica, jurídica y ahora legislativa)²⁶ con respecto a la responsabilidad civil, de un lado; y **carácter local**²⁷ (o nacional, según corresponda), de otro.

Ambas características aparecen consagradas en el CCyC y en la Ley 26.944. Ellas fueron expresamente afirmadas en distintos pronunciamientos de la CSJN, sobre todo, durante los dos últimos lustros²⁸. Va de suyo, pues, que las normas aprobadas por el legislador

²⁶ La responsabilidad patrimonial del Estado —como también la de los funcionarios y agentes públicos— fue considerada una materia propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular. Ambas cuestiones resultan extrañas al Código Civil puesto que sus normas han sido diseñadas para regular las relaciones de derecho privado. Esa finalidad legislativa aparece con nitidez en la nota al art. 31 CC y en el propio art. 2611 y su nota.

²⁷ Este rasgo distintivo de la responsabilidad estatal tiene fundamento constitucional en el federalismo (art. 121 y ss. CN): la responsabilidad del Estado tiene carácter esencialmente local (o nacional, según corresponda). En tanto cuestión propia del derecho público, en general, y del derecho administrativo, en particular, la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que las provincias no le han delegado a la Nación. En ese entendimiento, lo entes autónomos —como las provincias y la CABA— conservan para sí las facultades de autorregulación y autonormación de la responsabilidad estatal. De allí que si se proclamara que el Código Civil debe regular la responsabilidad del Estado, esa posición sería doblemente inconstitucional puesto que el Estado nacional, además de carecer de competencia constitucional para incursionar en una materia local no delegada, avanzaría con una suerte de intervención federal sobre las provincias o la CABA (art. 75.31 CN) sin que estén reunidas las condiciones constitucionales que la autorizan (art. 6° CN).

²⁸ CSJN, “Basigaluz Sáez” Fallos: 332:548 (2009); “Barreto”, Fallos: 329:759, Considerandos 10 a 12; “Schiavone”, Fallos: 331:2534 (donde se señala que la responsabilidad extracontractual por falta de servicio se rige por el derecho público provincial), y también en “Contreras”, de 18/04/2006; “Zulema Galfetti de Chalbaud”, 09/05/2006; y “Mendoza”, 20/06/2006.

—arts. 1764 a 1766 CCyC y arts. 1° y 11 LRE— prosiguen la línea trazada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal.

En efecto. El art. 1765 CCyC establece que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

En congruencia con esa previsión normativa, el art. 1764 CCyC establece que las disposiciones del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero, relativas a la responsabilidad civil, “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En línea con los arts. 1765 y 1764 CCyC, el art. 1°, párr. 3, de la Ley 26.944 prescribe: “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. A la vez, el art. 11 LRE invita “a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

En congruencia con los artículos 11 de la Ley 26.944 y 1764 CCyC, distintas provincias han sancionado sus propias leyes de responsabilidad del Estado: Santa Cruz, la Ley 3396 (2014), Chubut la Ley I-560 (2015) y Santiago del Estado, Ley 7179 (2015). En otras, es un tema que está en plena discusión.

Vale recordar que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC fueron introducidos al Proyecto de Código Civil por el Poder Ejecutivo²⁹.

²⁹ Las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, más que una opción jurídica posible, era un deber tendente a preservar la vigencia de la juridicidad. Tal como fueron concebidos originariamente los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto, ellos exhibían un doble orden de ilegitimidad: de un lado, violaban el federalismo (art. 121 y ss. CN); de otro, al propiciar la regulación de un tema de derecho público —como es la responsabilidad del Estado— en un Código de derecho privado —tal como aparecía en los arts. 1764 a 1766, según la redacción original— el Anteproyecto exhibía un exceso en el ejercicio de la competencia atribuida por parte del órgano redactor. Vale recordar que la finalidad de interés público que justificó la creación de esa Comisión fue la de elaborar de un anteproyecto de Código que unificara el derecho “privado” (civil y comercial). Con miras a esa finalidad (unificar el “derecho privado”) se asignaron atribuciones. De allí, pues, que la Comisión Redactora, creada por el decreto 191/2011, carecía de competencia expresa, implícita o inherente —entendidas estas dos últimas según el estándar teleológico de la especialidad— para regular una materia que, de manera indiscutible —pues así lo ha

Ellos sustituyeron las previsiones normativas propiciadas por la Comisión Redactora en la que se regulaba la responsabilidad del Estado (y de los funcionarios) dentro de los supuestos especiales de responsabilidad civil.

Por cierto, durante esta etapa jurisprudencial algunos sectores del pensamiento jurídico argentino, sin discernir suficientemente las diferencias entre el derecho público y el privado, rechazaron con énfasis toda posibilidad de que la responsabilidad patrimonial del Estado (nacida de la actividad, ilegítima o legítima, de los poderes públicos originada en el ejercicio de las funciones administrativa, legislativa o judicial) fuera regulada autónomamente por normas propias del derecho público.

Los argumentos que dieron sustento a esta posición elusiva de los presupuestos que gobiernan la responsabilidad estatal, fueron múltiples y heterogéneos. Así, se sostuvo que no existen diferencias ontológicas entre las responsabilidades pública y privada; que las normas y principios de la responsabilidad extracontractual del Estado forma parte integrante de la teoría general del derecho de daños; que referirnos a una responsabilidad pública distinta de la del derecho privado aparece a contramano de una fuerte tendencia, en el derecho comparado, que aproxima el derecho público al privado; que en la actualidad la tendencia es “privatizar el derecho público”; que, en esta materia, la normativa aplicable debe buscarse en el derecho privado, en el Código Civil y Comercial, y no por la vía de la analogía. Estas posiciones críticas adquirieron mayor virulencia cuando se sustituyó de la propuesta original de la Comisión Redactora por los actuales arts. 1764, 1765 y 1766 CCyC.

Un importante sector de la doctrina civilista —que, en su mayoría, había colaborado en la elaboración del Anteproyecto de Código— objetó el cambio de paradigma³⁰.

considera propia la doctrina del Alto Tribunal— pertenece al derecho administrativo y a las autoridades nacionales o locales, según corresponda.

³⁰ Así, se sostuvo que las modificaciones introducidas al Proyecto de la Comisión Redactora implican bastardear el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; que las normas de derecho administrativo nacional o local no tienen aptitud ni comprensión para regular aceptablemente el derecho de daños;

En línea con la jurisprudencia labrada por la CSJN en los últimos lustros, el plexo normativo vigente caracteriza a la responsabilidad del Estado como una materia que concierne al derecho administrativo³¹. En ese entendimiento, expresamente el art. 1765 CCyC dispone que las normas y principios de esta disciplina —el derecho administrativo— gobiernan el responder estatal. No quedan dudas que el legislador enfatizó la autonomía científico-jurídica del derecho de la responsabilidad con respecto al derecho privado.

Es evidente que en esta materia ha tenido influencia el desarrollo exhibido por el derecho francés a partir de la decisión del Tribunal de Conflictos francés, en 1873, en el célebre *arret* “Blanco”.

En este pronunciamiento —que tenía en miras deslindar competencias entre la justicia ordinaria y el Consejo de Estado—, el Tribunal

que solo el derecho privado podrá brindar una adecuada reparación en justicia del daño que ha sufrido un particular; que solamente existe un sistema, el Código Civil; que no existe el pretendido sistema autónomo atinente al ámbito administrativo.

Se dijo además que la normativa proyectada por el PEN —los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC— no solo emplaza la responsabilidad del Estado en el terreno del derecho público nacional o provincial, sino que va mucho más lejos: veda lisa y llanamente la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil en esta materia; que eso no tiene precedentes en el derecho argentino y que deviene “claramente inconstitucional”. Se manifestó, además, que las normas proyectadas son una solución escandalosa que traspasa las posiciones más radicales que, sobre el tema, han exigido algunos sectores del derecho administrativo; que se quiere cerrar todo punto de contacto entre las normas del Código Civil con la responsabilidad del Estado.

Se destacó también que no solo es cuestión de resguardar la **unidad del derecho de daños**: se trata de evitar el fraccionamiento de la responsabilidad según la persona que los vulnere. También se sostuvo desde una vertiente política con proyección jurídica que los actuales arts. 1764 a 1766 CCyC abren la tentación de sancionar normas de irresponsabilidad e impunidad por parte de los propios Estados provinciales.

³¹ Ya los jueces de la primera Corte Suprema del gobierno de jure que se inició en 1983 sostuvieron al respecto: “... corresponde dejar sentado que la responsabilidad estatal por los efectos dañosos de su accionar dentro de la esfera de la función administrativa... se rige por principios propios del derecho público, los que difieren de las reglas que en materia de responsabilidad se aplican a las relaciones privada”, Fallos: 306:1409, voto en disidencia de los Dres. Caballero y Fayt.

de Conflictos puntualiza que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en un servicio público no puede estar regida por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Y más adelante añade: la responsabilidad (del Estado) tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y los derechos de los particulares³².

Tres grandes ideas rectoras emanan de esta célebre decisión:

(i) la responsabilidad del Estado no puede estar regida por el Código Civil, esto es, por las normas que regulan las relaciones entre los particulares.

(ii) la responsabilidad del Estado tiene sus reglas especiales (diferentes de las que rigen las relaciones de particular a particular);

(iii) esas reglas especiales varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar las potestades estatales con los derechos y garantías de los particulares.

Sin mucho esfuerzo se advierte que las ideas rectoras que emanan del *arret* “Blanco” guardan congruencia con la nota del 31 y el art. 2611 CC, redactado por Vélez Sarsfield en 1869. Y es lógico que así sea. La influencia del pensamiento francés se proyectó no solo en el Código Civil sino también en el derecho administrativo.

Más allá de ello, es oportuno tener que el eje rector de la doctrina desplegada en el *arret* Blanco se proyecta actualmente en el derecho privado francés. Así, la doctrina civilista francesa contemporánea destaca que la responsabilidad civil es muy distinta de la responsabilidad administrativa, puesto que posee reglas específicas aunque tiene unidad de inspiración con la civil, de la cual utiliza ciertas nociones³³.

A la vez, como derivación secuencial de lo anterior, se establece que la competencia para su regulación es local o nacional, según corresponda a la responsabilidad de las autoridades públicas provinciales —o

³² TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE FRANCIA, “Blanco”, 08/02/1873, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, 1ª ed., Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2000, p. 1 y ss.

³³ LE TOURNAEU, PHILIPPE, *La responsabilidad civil*, Bogotá, Legis, 2008, p. 22.

de la CABA— o al Estado nacional. El legislador nacional, al discernir correctamente el ámbito de atribuciones nacional y provincial, ha garantizado adecuadamente la forma de estado federal que consagra nuestra Ley Suprema (arts. 1º, 121, 122, 129 CN y concs.).

Vale puntualizar que, de haberse mantenido la redacción original del Anteproyecto, todas las provincias argentinas, incluso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habrían estado procesalmente legitimadas para postular pretensiones declarativas de inconstitucionalidad contra el Estado nacional con fundamento en los propios fallos de la CSJN, como “Barreto”³⁴ o “Basigaluz Sáez”³⁵, entre otros. Ello así pues, con arreglo a la doctrina de estos precedentes, los arts. 1764 a 1766 del Anteproyecto elaborado originalmente por la Comisión, habrían conducido a una indebida y manifiesta interferencia de una autoridad pública nacional (el Congreso) sobre materia de **derecho público local** reservada a las autonomías provinciales. La incompetencia habría sido absoluta por cuanto el Congreso habría ejercido facultades que la propia Ley Fundamental le reserva a las provincias o a la CABA.

En definitiva, tanto el nuevo Código (arts. 1764 y 1765 CCyC) como la Ley 26.944 asumen que la responsabilidad patrimonial del Estado es una materia que incumbe al “derecho administrativo”. Por ende, en tanto es un asunto que atañe al derecho público, la competencia regulatoria de los poderes nacionales encuentra su límite constitucional en las “autonomías provinciales” —o de la CABA— (arts. 121, 129 CN y concs.).

3.4. La Ley 26.944, juntamente con los arts. 1764 a 1766 CCyC, es un esquema sistemático de ordenación sustantivo que reglamenta legislativamente una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado.

La regulación legal de la responsabilidad estatal tiene el explícito propósito de brindar una respuesta equilibrada a las consecuencias no deseadas del desarrollo de las funciones estatales, llamadas a satisfacer el bien común.

³⁴ CSJN, “Barreto”, 2006, Fallos: 329:759.

³⁵ CSJN, Fallos: 332:548 (2009).

En ese marco, la reciente Ley 26.944 traduce la configuración normativa de una las variables del derecho constitucional a no ser dañado (art. 19 CN).

Va de suyo que el mentado cuerpo normativo, conocido como Ley de Responsabilidad del Estado, reglamenta la obligación de reparar el menoscabo patrimonial producido por la actuación de los órganos y entes en ejercicio de funciones públicas que violaron el principio general, consagrado en el art. 19 CN, que prohíbe perjudicar o dañar los derechos de terceros.

El régimen regulatorio de la responsabilidad estatal vigente desde 2014 es producto de la **voluntad general**. Está formalizado a través de una **ley**. La ley, a su vez, fue sancionada **previa deliberación** de los representantes del pueblo de la nación y de las provincias elegidos por la voluntad popular. La nueva ley, al igual que el CCyC, cumplió regularmente el **proceso legislativo** de formación y sanción de las leyes previsto por la Constitución.

De consiguiente, aunque resulte redundante señalarlo, la LRE —como el CCyC— es un producto del órgano constitucional competente para ejercer el poder legislativo, el **Congreso de la Nación**.

Entre las diferentes alternativas de política legislativa que se pudieron adoptar en esta materia, el Congreso consideró como opción apropiada la de sistematizar el derecho a la reparación de los daños resarcibles producidos por la actividad u omisión de las autoridades públicas mediante criterios propios de derecho público, de acuerdo con las tendencias jurisprudenciales, en muchos casos, ya consolidadas. En las situaciones en las que las doctrinas jurisprudencial y científica no eran pacíficas, el Congreso ejerció plenamente la libertad de configuración normativa procurando armonizar, en el devenir histórico presente, los derechos e intereses de los particulares con los bienes jurídicos que tutela el interés general.

Ciertamente, la Ley 26.944 contempla el caso de lesiones inferidas sin justificación jurídica. Es la variable del responder estatal que nace de la actuación estatal —activa o pasiva— irregular (art. 3°).

La ley también considera aquel otro supuesto en el que, estando justificada la conducta que origina el daño, el particular no tenga la obligación de soportar la consecuente lesión que la conducta estatal

lícita produce sobre su patrimonio o su persona. Es la responsabilidad estatal generada por la actuación legítima del Estado (art. 4°).

En puridad, la Ley 26.944 consagra un sistema de responsabilidad extracontractual de derecho público abastecido por dos subsistemas claramente individualizados. La singular especificidad que exhiben los factores de atribución reconocidos en la ley (la falta de servicio, para el supuesto de la denominada responsabilidad por actividad estatal ilegítima —art. 3, inc. d— y el sacrificio especial, en los casos de responsabilidad por actuación lícita del Estado —art. 4, inc. e—) muestra que las construcciones propias del derecho administrativo guardan prevalencia sobre las concepciones civilistas.

Frente al vacío legislativo preexistente, uno de los fines de la ley ha sido consagrar un esquema básico y equilibrado de ordenación jurídica tendente a brindar previsibilidad a los particulares y al propio Estado.

La ley ha fijado con precisión cuáles son los elementos del supuesto de hecho que da origen al deber jurídico de indemnizar. También ha establecido la extensión de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación. En este punto es menester tener en cuenta, como lo exponemos más adelante, que la relación de causalidad (arts. 3°, inc. c, y 4°, inc. c, LRE) se erige en una de las piezas centrales del sistema pues, además de vincular los elementos del supuesto de hecho que da origen a la obligación de indemnizar, fija el alcance de las consecuencias dañosas susceptibles de reparación en clara interconexión con el factor de atribución aplicable en cada caso.

3.5. En el sistema legal vigente, las normas de derecho privado reguladoras de la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica.

El art. 1764 CCyC establece que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil “no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

En el mismo sentido, el art. 1°, párr. 3, de la Ley 26.944, determina que “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

Ahora bien, los límites que el nuevo Código y la Ley 26.944 le impone a la aplicación del derecho privado, no impide en modo alguno que,

frente a situaciones no previstas específicamente por la LRE —como sucede, *v. gr.* con las normas relativas al alcance de la indemnización que nace de la responsabilidad estatal por falta de servicio—, se proceda a integrar el ordenamiento lagunoso a través de la interpretación analógica del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial.

Sobre esta cuestión, en los Fundamentos del Proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado, expresamente se señala que si bien las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, “[e]llo no obsta a que, de corresponder, se realicen adaptaciones, por vía analógica, impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (Fallos: 190:142; 310:1578; 321: 174, entre otros)”.

En relación con esta técnica hermenéutica, Reiriz puntualiza que cuando se aplica una norma del derecho civil se la integra con los principios y normas del derecho administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar³⁶.

El Prof. Comadira, por su lado, explica que la analogía supone carencia histórica de normas, y que la elaboración y adaptación en ella implicadas derivan no solo de esa carencia sino, además, de la necesidad de respetar en la tarea integradora las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado. Puntualiza que la analogía de derecho es una tarea compleja por cuanto no solo se trata de elaborar la norma sino, además, de hacerlo en función de la especificidad del sistema integrado. La aplicación subsidiaria, en cambio, excluye la elaboración o adaptación por cuanto es simplemente la aplicación directa de un sistema a otro³⁷.

Vale recordar que en “Ganadera Los Lagos”³⁸, la ausencia de normas específicas de derecho público llevó al Tribunal a aplicar,

³⁶ REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “Responsabilidad del Estado”, en *El derecho administrativo argentino, hoy*, 1996, Bs. As., Ed. Ciencias de la Administración, 1997, p. 225.

³⁷ COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo*, Bs. As., La Ley, 2003, pp. 14/15, nota 32.

³⁸ CSJN, Fallos: 190:142.

analógicamente, normas del derecho civil —régimen de las nulidades del acto jurídico— al derecho administrativo —sistema de invalidez de los actos administrativos— mediante una tarea previa de adaptación de aquellas en función de las normas, principios y fines del derecho público.

En definitiva, frente a la ausencia de previsiones normativas específicas de derecho administrativo, ninguna norma de la LRE ni del nuevo Código impide la aplicación **analógica** de las normas de derecho privado.

Para proceder a la aplicación analógica de las previsiones normativas reguladoras de la responsabilidad civil, es necesario discernir qué es aquello que la LRE **permite, habilita, ordena o prohíbe** (*v. gr.*, la improcedencia de hacer nacer una responsabilidad estatal por actividad lícita del Poder Judicial; hacer lugar a una pretensión resarcitoria nacida de un acto nulo sin que se hubiera demandado y obtenido la nulidad de ese acto; ordenar sanciones pecuniarias disuasivas).

En definitiva, el sistema legal actualmente vigente permite sostener que:

(i) las normas del CCyC no son aplicables de manera directa ni subsidiaria a la responsabilidad del Estado (arts. 1° LRE y 1764 CCyC);

(ii) en supuestos lagunosos, esto es en situaciones que no estén reguladas por la Ley 26.944, corresponde, en primer lugar, recurrir a las leyes análogas (conforme art. 2° CCyC)³⁹ de derecho administrativo;

(iii) frente a la ausencia de una solución normativa singularizada en la LRE como en otras normas de derecho administrativo, se podrá emplear, solo por vía **analógica** (conforme arts. 1°, LRE, y 1764, CCyC), a las normas del derecho privado;

(iv) las normas civiles se deberán adaptar al régimen legal vigente (a la Ley 26.944) y a los principios que lo sustenta;

(v) la aplicación de la norma de derecho privado debe hacerse en función de la especificidad del sistema integrado (Ley 26.944), lo cual conlleva una cuidadosa elaboración que no desvirtúe ni desnaturalice los ejes rectores y fines que inspiran el esquema sistemático de ordenación consagrado por el legislador;

³⁹ Art. 2°.- “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas...”

(vi) la analogía resulta improcedente cuando: a) la propia Ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe, como ocurre, *v. gr.*, con las sanciones pecuniarias disuasivas (art. 1° LRE) o en los supuestos de actividad legítima del Poder Judicial (art. 5° LRE), entre otros supuestos.

3.6. La responsabilidad del Estado se sustenta en factores de atribución objetivos.

Siguiendo la tendencia jurisprudencial que gobernó esta materia durante más de tres décadas, la LRE establece, en el art. 1°, que la responsabilidad del Estado es **objetiva**⁴⁰, lo cual significa que no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio⁴¹.

Consiguientemente, en el régimen legal vigente, si bien es una carga procesal de quien postula la pretensión indemnizatoria acreditar que la actividad o abstención es imputable a un órgano estatal, no resulta en cambio necesario individualizar al autor del daño ni demostrar que incurrió en culpa o dolo. De allí que, a los fines de la configuración de supuesto de hecho previsto en los arts. 3° y 4° LRE, el reproche subjetivo deviene irrelevante.

Así, en los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad estatal ilegítima, la impronta esencialmente **objetiva**⁴² adoptada en los arts. 1° y 3°, inc. d) LRE, en tanto garantía a favor del particular, está llamada a enjuiciar concretamente la prestación del servicio, el desarrollo legalmente adecuado de la función estatal, más que la conducta de los agentes. En ese sentido, el Alto Tribunal sostiene que “quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe

⁴⁰ El art. 1722 CCyC, sancionado en 2014, establece que el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”. Y agrega: [e]n tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

⁴¹ Conf. CNCAF, Sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020 y sus citas: Fallos 329:2737; 330:563 y 3447; 331:1690; 341:1555.

⁴² Según el art. 1722 del Proyecto del CCyC, el factor de atribución es objetivo “cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”.

individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular...⁴³.

En otros casos, en cambio, el factor objetivo de atribución requiere acreditar la concreta presencia de un esfuerzo desigual, desproporcionado, ante las cargas públicas.

Distinto es la responsabilidad personal del funcionario. En este supuesto, el factor de atribución es subjetivo.

3.7. En el régimen legal vigente, la responsabilidad del Estado opera de manera “directa”, no subsidiaria.

El art. 1° LRE establece que la responsabilidad del Estado es **directa**. De consiguiente, la Administración no responde en subsidio por sus agentes y funcionarios. Ellos no son ni representantes ni mandatarios del Estado. Son sus órganos⁴⁴, esto es, el Estado mismo. Por lo tanto, para que se configure el supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, no es necesario que se identifique ni que, de manera previa, se le reclame a un agente por la lesión resarcible.

Al respecto, el Alto Tribunal sostiene que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este (esto es, del Estado), el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas⁴⁵.

⁴³ CSJN, “Cohen”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

⁴⁴ Los funcionarios y agentes, actuando en el ejercicio de la función, son órganos del Estado. Por ende, lo que ellos realizan se considera que lo hace el Estado mismo y se le imputan a él. Al respecto, la CSJN destaca que “todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para “querer” en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia (CSJN, Fallos: 327:5571; 331:2257)”, en CSJN, “Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/ Amparo (daño ambiental)”, 11/12/2015.

⁴⁵ CSJN, Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; CSJN, “Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 12/06/2007, Fallos: 330:2748, causa S.2790.XXXVIII; “Reynot Blanco c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Daños y perjuicios”, 2008, Fallos: 331:1690.

Como señalamos, en el régimen legal vigente, el Estado no responde de manera indirecta, en subsidio, de sus agentes o funcionarios. De suyo, la configuración del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad remite a la actividad, activa o pasiva, de la Administración, de sus órganos, sin que se requiera individualizar concretamente el funcionario o agente autor de la conducta productora de daño.

El carácter **directo** de la responsabilidad estatal torna improcedente la responsabilidad del Estado por la actuación de contratistas y concesionarios de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6°). Ni unos ni otros son órganos o entes estatales.

En el esquema legal, para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, resulta indispensable que el hecho generador del daño indemnizable resulte imputable materialmente a un ente u órgano estatal (art. 3, inc. b, y 4, inc. b, LRE). Entre los concesionarios y contratistas y el Estado no existe relación orgánica⁴⁶ que permita atribuir la conducta de aquellos a este. No existe responsabilidad directa ni subsidiaria del Estado por las actuaciones u omisiones propias del concesionario⁴⁷. Este actúa a costa y riesgo⁴⁸.

⁴⁶ Señala Julio R. Comadira que la atribuibilidad de una conducta al Estado se basa en la **relación orgánica**, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquel y no representantes ni mandatarios. Desde esa perspectiva afirma que la persona física que expresa la voluntad del Estado **subsume su voluntad psicológica en la orgánica** de modo que al actuar **por y para** la organización, en la cual se incrusta, permite que esta, por su intermedio, actúe ella misma de modo directo. El órgano imputa, así, su actuación al Estado. Concluye finalmente que los daños causados por los concesionarios o los licenciarios de servicios, en tanto no son órganos del Estado, no se pueden en principio, imputar al Estado, en COMADIRA, JULIO R., *Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2003, p. 374.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed. argentina anotada [de la novena edición], Bs. As., La Ley, 2006, pp. 392/393) puntualizan: “[e]l dato de la integración en la organización administrativa es, en efecto, básico, tanto positiva como negativamente. Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los notarios). En lo que a los concesionarios se refiere, hay

En Francia, cuando el Estado le delega a otra persona (privada o pública) la prestación del servicio público, es esta quien responde frente a usuarios o terceros por los daños causados en la ejecución del servicio⁴⁹. Según puntualiza la doctrina especializada, esta solución es general y se proyecta para todas las hipótesis en que un servicio público se confía a un sujeto de derecho distinto de su titular⁵⁰.

Sin embargo, existen excepciones. En lo que atañe al contratista o concesionario, el art. 6° LRE no exonera al órgano o ente estatal competente de los daños cuyo hecho generador resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control (art. 3 inc. d, Ley 26.944). Esta situación le es imputable de manera directa al órgano⁵¹. Tampoco el Estado se exime de responsabilidad si

que observar que, aunque la responsabilidad se califique en estos casos como administrativa y se reconozca a la Administración la competencia para resolver sobre su procedencia según las reglas básicas aplicables a esta, los daños producidos a terceros en el ámbito del servicio concedido no se imputan a la Administración concedente, sino a ellos mismos...”

⁴⁸ En “Bianchi”, la CSJN consideró que se debía rechazar la demanda entablada contra una provincia, en su carácter de concedente de una ruta bajo el sistema de peaje por cuanto la situación de la provincia demandada se distingue claramente de la del concesionario vial, desde que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio, en CSJN, “Bianchi”, 07/11/2006, Fallos: 329:4944, Considerando 2°, apartado B.

En los autos “PMR c/ Metrovías SA s/ Daños y perjuicios”, del 24/02/2012, la Sala H de la Cámara Nacional Civil analizó el reclamo de daños por el delito sufrido por la actora luego de descender de una formación de la línea “E” de subtes. La Cámara sostuvo que el concesionario actúa por cuenta propia, y su accionar debe ser atribuido a su propia responsabilidad, sin obligar al concedente.

⁴⁹ PAILLET, MICHEL, *La responsabilidad administrativa* [título original: *La responsabilité administrative*], Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 130.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Conf. CNCAF, Sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía- Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, de 5.11.2020. Dijo la alzada: “... la responsabilidad de los entes reguladores puede configurarse tanto por los daños provocados derechamente por ellos cuanto por los daños ocasionados por una empresa concesionaria debido a la falta de vigilancia que aquéllos deberían ejercer”. Más adelante se señala: “el Estado puede ser condenado a responder

los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación o regulación del servicio⁵². Ciertamente, los fundamentos de una y otra situación son diferentes. En la primera, la falta de control —como falta de servicio— se habrá de configurar si se presenta una abstención (omisión) derivada de la inobservancia de un mandato normativo, expreso y determinado. En la segunda situación la responsabilidad nace por aplicación de la teoría de la causalidad adecuada (de aplicarse la teoría de la causalidad próxima, que no fue la adoptada por el legislador en el art. 3°, inc. c, de la Ley 26.944, la responsabilidad recaería en el concesionario).

3.8. El derecho a la reparación de los daños jurídicos nace siempre que se alegue y pruebe que el hecho generador se subsume en alguno de los factores de atribución previstos en la ley: falta de servicio o sacrificio especial.

La LRE consagra dos subsistemas de responsabilidad: uno por actividad y omisión ilegítima (art. 3°); otro por actividad lícita (art. 4°). El elemento primordial del primer subsistema reside en el factor de atribución **falta de servicio** (art. 3, inc. d); en el segundo, la nota caracterizadora se aloja en factor de atribución, también objetivo, **sacrificio especial** (art. 4°, inc. d).

3.8.1. Falta de servicio

3.8.1.1 La falta de servicio en la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima

Tanto en el régimen jurisprudencial como en el sistema legal vigente, la falta de servicio se presenta como un requisito indispensable del supuesto de hecho que origina la obligación de indemnizar por actividad ilegítima. Como destaca acertadamente Perrino, el legislador

patrimonialmente si los daños sufridos por terceros, en el marco de la concesión, son consecuencias directas del ejercicio irregular del poder de control sobre el servicio y siempre que la conducta estatal sea jurídicamente relevante en la producción del evento dañoso”.

⁵² Así lo prescribe el art. 2° de la Ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz (Ley Provincial de Adhesión a la Ley Nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal).

ubica a la “falta de servicio” como el centro de la responsabilidad por actividad estatal ilegítima⁵³.

En efecto, la CSJN, con anterioridad a la sanción de la Ley 26.944, sostuvo⁵⁴ que la procedencia del reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita debe reunir los siguientes requisitos: que el Estado haya incurrido en una falta de servicio (art. 1112 CC) o ejecución irregular del servicio⁵⁵, por acción u omisión; que la actora haya sufrido un daño cierto⁵⁶, aunque también en algunos fallos se exigió que el perjuicio fuera actual⁵⁷; y que exista una relación de causalidad (en algunos supuestos se exige que sea directa)⁵⁸ entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue⁵⁹.

En esta sentido la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en un fallo reciente, enfatiza que según la invariable doctrina de la CSJN de los últimos treinta años “la configuración de la responsabilidad estatal está inescindiblemente vinculada con la comprobación de una “falta de servicio”, de un daño cierto, de una relación de causalidad entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya

⁵³ Perrino, Pablo E., “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes publicos”, LL diario del 31-3-2015.

⁵⁴ CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios”, 2011, Fallos: 334: 376, Considerando 3°; “Zonas Francas Santa Cruz c/ EN”, 2009, Fallos: 332: 1367, Considerando 6°; “Ramos”, Fallos: 328:2547, Considerando 7°.

⁵⁵ CSJN, “Reynot”, 12/08/2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6°.

⁵⁶ CSJN, “Periopontis SA c/ E.N. M° de Economía s/ Daños y perjuicios”, 04/10/2011, Considerando 4°.

⁵⁷ CSJN, “Morrow de Albanesi”, 17/08/2010, Fallos: 333:1404, Considerando 7°.

⁵⁸ CSJN, “Periopontis SA...”, fallo cit., Considerando 4°.

⁵⁹ La CSJN, en Fallos: 328:2509, le asigna al nexo de causalidad el carácter de “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”. También se ha señalado que aquélla es una **condición** indispensable para que pueda atribuirse hacer nacer el deber de resarcir, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Transporte Río de la Plata c/ EN”, 01/06/2000. Como indicamos en el texto, la relación de causalidad es un elemento indispensable, esencial, del supuesto de hecho que lleva a la indemnizabilidad.

reparación se persigue, y de la posibilidad de imputar jurídicamente el daño al órgano estatal”⁶⁰.

Por su parte, el art. 3° de la Ley 26.944 establece que los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: daño cierto, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Como dijimos, el núcleo de este primer subsistema reside en el factor de atribución falta de servicio.

Según se desprende del texto legal, la falta de servicio está directamente identificada con el irregular cumplimiento de la función pública asignada a un órgano o ente estatal⁶¹.

El fuero especializado en materia administrativa subraya, en línea con la doctrina al alto Tribunal, que la idea objetiva de la falta de servicio traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, *por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*⁶².

⁶⁰ Cám. Nac. Cont.- Adm. Fed., sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020, y sus citas: Fallos 306:2030; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973; 324:1243 y 3699; 327:1780; 330:563; 331:1690; 334:376; 341:1555; y causa CSJ 001568/2016/RH00117/03/2020 “Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 17 de marzo de 2020).

⁶¹ CSJN, Fallos: 331:1690, Considerando 6°. Al respecto, el Tribunal señala: “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (CSJN, Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

⁶² Cám. Nac. Cont.- Adm. Fed., sala I, “C. C. y otro c/ EN- M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/ daños y perjuicios”, cons. XXXVII, de 5.11.2020, y sus citas.

Este factor de atribución es una construcción propia del derecho público⁶³, ajena al derecho privado. La Ley 26.944 lo asocia a la anti-juridicidad objetiva. Ello se desprende del propio art. 3º, inc. d) de la referida ley.

La ley vigente es precisa en su conceptualización. Al referirse a la falta de servicio no emplea el sintagma “funcionamiento defectuoso del servicio” ni tampoco hace referencia a la ambigua, poco luminosa y bastante subjetiva⁶⁴, noción de anormalidad.

El art. 3º, inc. d) LRE conceptualiza la falta de servicio como “una actuación u omisión irregular de parte del Estado”. Asimismo, en ese mismo inciso también emplea el sintagma “inobservancia de un deber normativo”.

En estas condiciones la falta de servicio —en los categóricos términos utilizados por el art. 3º, inc. d) LRE— está ligada, de modo general, a la presencia de una conducta antijurídica⁶⁵, a la falta de legitimidad de la conducta estatal⁶⁶, a una irregularidad en el ejercicio de la función estatal, a la falta de una regular prestación⁶⁷, a la violación frente a las obligaciones del servicio regular⁶⁸.

⁶³ El Prof. Juan C. Cassagne (“Reflexiones sobre los factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración”, LL 2005-D-1268) señala que en el derecho público las soluciones reparatorias se deben fundar en criterios objetivos vinculados con el funcionamiento defectuoso de los servicios públicos (en sentido lato). Desde ese miraje enfatiza, a nuestro juicio con acierto, que la teoría del riesgo tiene un campo de aplicación excepcional en el derecho administrativo, no en forma directa sino por analogía. Por su parte el Prof. Perrino (op. cit.), desde una posición pragmática, cuestiona a la LRE en cuanto no ha contemplado el riesgo de las cosas o de la actividad riesgosa. Frente a lo que entiende es un “defecto” del régimen legal vigente, este autor considera propicia acudir a la legislación civil mediante la técnica de la interpretación analógica.

⁶⁴ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁵ CSJN, “R., G. y otros c/ Banco Central de la República Argentina s/ Indemnización de daños y perjuicios”, 15/07/2014.

⁶⁶ CSJN, “Cohen Eliazar”, 2006, Fallos: 329:2088, Considerando 10.

⁶⁷ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSES s/ Daños y perjuicios”, 08/10/2013. En este caso se examinaba si existió incumplimiento en el deber de seguridad por parte del Estado.

⁶⁸ *Ibid.*

De consiguiente, para determinar si efectivamente se configura la falta de servicio se debe examinar el sistema normativo dentro del cual se encauza la actividad a la que se le imputa el daño y, desde allí, realizar un juicio de comparación entre la concreta actuación o abstención —a la que se le asigna aptitud generadora del daño— y el régimen jurídico específico (*v. gr.*, Constitución, tratado, ley y reglamento) que rigen la función estatal.

Para comprobar si concurre este requisito indispensable del supuesto de hecho que da origen al deber de reparar es necesario, en primer lugar, realizar un juicio de comparación entre la actuación y el sistema normativo rige esa actividad. En segundo término se debe verificar, *in concreto*, si se han observado, total o parcialmente, los deberes y obligaciones establecidos por la norma aplicable⁶⁹; finalmente se habrá de constatar si en el ejercicio de la función existió incumplimiento del régimen jurídico que rigen la actividad. A tal efecto se deberá considerar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo dentro del cual se encauza la actuación estatal enjuiciada.

Ciertamente, no se puede determinar si la actuación, activa o pasiva, o abstención es ilegítima si previamente no se examina la totalidad del ordenamiento jurídico dentro del que se inserta la actividad estatal a la que se le imputa el daño. Ello es así pues, como enseña la doctrina, el factor de atribución falta de servicio opera como dispositivo de reenvío⁷⁰.

⁶⁹ Con anterioridad a la sanción de la Ley 26.944, la doctrina del fuero especializado en materia administrativa, en línea con la doctrina del Alto Tribunal, señalaba que es necesario para configurar la falta de servicio por acción u omisión “que haya un incumplimiento por parte de los órganos y funcionarios públicos a una obligación legal expresa o implícita, es decir, que de actuar el Estado o sus agentes de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico, se evitaría ocasionar daños a las personas” (cfr. CNCAF, sala 1ª, *in re* “De Llantada, Mirta Lilian c/ Estado Nacional —M° Justicia y DDHH— Inspección General de Justicia s/ Proceso de conocimiento”, 06/07/2010, y, en este sentido, Fallos: 329:2737; 330:3447; 333:2426; entre otros).

⁷⁰ Al referirse al art. 1112 CC, en torno al cual la CSJN elaboró la doctrina de la idea objetiva de falta de servicio, la Prof. Reiriz puntualiza que aquella es una norma incompleta, más bien una norma de reenvío “porque para determinar si la conducta u omisión del funcionario público puede equipararse al hecho ilícito, habrá que analizar las leyes que rigen el servicio o función pública en

La falta de servicio, está asociada al irregular ejercicio de la función estatal; es una figura **poliédrica**, en tanto y en cuanto exhibe diversas caras y formulaciones. Se puede manifestar a través de una actuación, ora material, ora formal. En este último supuesto, la actuación formal puede ser activa o pasiva. Unas y otras pueden dañar derechos o intereses disponibles (esencialmente patrimoniales) o indisponibles (como la vida, la salud y todo aquel otro que ponga en juego, de manera directa, el principio de dignidad). Así la falta de servicio por actuación formal activa se presenta cuando la autoridad pública emite un acto administrativo que revoca, de manera ilegítima, otro acto anterior por el cual se autorizó la realización de una actividad comercial o industrial; en cambio existe falta de servicio nacida de una actuación formal pasiva, cuando, *v. gr.*, se emite un acto administrativo que deniega aquello que, jurídicamente, corresponde otorgar. Este último supuesto de falta de servicio por actuación formal pasiva no se confunde con la omisión. Ello es así pues en esta (omisión) existe abstención de hacer aquello que está jurídicamente preestablecido. En la actuación formal pasiva, en cambio, hay declaración, existe un proceso intelectual previo, pero el contenido del acto es indebidamente denegatorio.

La falta de servicio por omisión —esto es, la abstención de actuar— también puede ser material —*v. gr.*, inobservancia de un deber jurídico determinado a cargo del Estado basado en una concreta obligación preexistente de proveer a la seguridad— o formal —*v. gr.*, no pronunciarse, previa solicitud de pronto despacho, en tiempo útil—.

Vale recordar que la indemnización de los daños lleva implícita la realidad de los perjuicios y que, para su fijación judicial, se requiere la comprobación suficiente de tal realidad⁷¹.

La jurisprudencia presenta a este factor de atribución como falta de prestación del servicio⁷², como ejecución irregular de la

que se encuentra encuadrado tal agente (por ejemplo las leyes de los Registros de Propiedad Inmueble, las leyes orgánicas de la Policía, las leyes orgánicas del Poder Judicial o el Reglamento de la Justicia, y tantas otras)", en REIRIZ, M. GRACIELA, *op. cit.*, p. 227.

⁷¹ CSJN, "Periopontis SA...", fallo cit.

⁷² CSJN, "Migoya", 20/12/2011, Fallos: 334:1821. En este caso, frente a los desmanes del público asistente a evento deportivo, la conducta reprochable

función⁷³ o del servicio⁷⁴, o como inobservancia de actuar tempestivamente⁷⁵. En otras ocasiones se muestra como una abstención frente a un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente⁷⁶.

En la doctrina francesa es clásica la clasificación de Duez. Este autor considera tres casos típicos de falta del servicio: el servicio ha funcionado mal; el servicio no ha funcionado; el servicio ha funcionado tardíamente. Esta taxonomía ha sido criticada por Paillet puesto que, el primer rubro, resulta en “extremo amplio” y los otros dos son estrechos y muy próximos⁷⁷.

La carga de la prueba del factor de atribución pone en cabeza de quien postula la pretensión resarcitoria la carga procesal de “describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo...”⁷⁸. El alto Tribunal sostiene que para considerar responsables al Estado nacional o sus organismos por falta de servicio no basta con enumerar una serie de actos o conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su

a los órganos de la policía de seguridad consistió en no haberse ajustado a las directivas impartidas por los superiores que ordenaban el repliegue y haberse involucrado en una riña descontrolada con la concurrencia que se tradujo en la lesión de numerosos espectadores ajenos a cualquier actitud provocadora o violenta.

⁷³ CSJN, “Reynot Blanco”, del 12/08/2008, Fallos: 331:169. En este caso se hizo lugar a la pretensión indemnizatoria por responsabilidad estatal contra una provincia al haberse verificado un cumplimiento irregular de su función registral, es decir, se incurrió en el ejercicio defectuoso de las funciones encomendadas al registro.

⁷⁴ CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748. En este caso la irregular ejecución del servicio consistió en no cumplir con el deber de custodia de documento nacional de identidad, tal como establecía el convenio entre la Nación y una provincia.

⁷⁵ CSJN, “Mezzadra”, 08/11/2011, Fallos: 334:1302. En este caso el Tribunal consideró que existe falta de servicio por cuanto el poder judicial empleó un plazo excesivo o irrazonable para dirimir un proceso judicial.

⁷⁶ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

⁷⁷ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, pp. 150/154.

⁷⁸ CSJN, “Hisisa Argentina s/ Daños y perjuicios”, 12/08/08, Fallos: 331:1730, Considerando 6°.

legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama⁷⁹.

La falta de servicio requiere dar cumplimiento a la carga de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, se debe describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo⁸⁰. Es evidente que la procedencia de la pretensión resarcitoria requiere individualizar del modo “más claro” y “concreto” la “actividad” que “específicamente” se reputa como “irregular”⁸¹.

Los tribunales especializados destacan, en línea con la jurisprudencia de la Corte, que en aquellos supuestos en que la responsabilidad estatal pretende fundarse en la falta de servicio, el actor debe “probar del modo más concreto posible el ejercicio irregular de la función”⁸².

Va de suyo que no alcanza con demostrar la configuración de falta de servicio. El art. 3º, inc. a) LRE, consagra como primer recaudo indispensable, al daño, esto es, a la lesión no justificada sobre un interés jurídicamente protegido. La norma establece que debe existir un “daño” “cierto” “debidamente acreditado por quien lo invoca”, que, a la vez, resulte “mensurable en dinero”.

De consiguiente, quedan fuera del radio de la indemnizabilidad los daños meramente eventuales o conjeturales⁸³. Es que, como enfatiza el Alto Tribunal, la indemnización no puede representar un enriquecimiento sin causa para quien invoca ser damnificado⁸⁴.

⁷⁹ CSJN, “Friar”, Fallos: 329:3966.

⁸⁰ CSJN, “López Casanegra”, 15/08/2006, Fallos: 329:3168. El resaltado me pertenece.

⁸¹ Fallos 317:1233 (Román).

⁸² CNAC. CONT. ADM. FED., Sala III, “Brusa, Laura V. c/ Estado Nacional - Prefectura Naval Argentina”, 20/04/2014, y sus citas de CSJN, Fallos: 317:1233; 318:77; 319:2824; 321:1776; 323:3973, 329: 3168 y 3966; 331:1730, entre otros); CNAC. CONT. ADM. FED, Sala I, “Zainbrana María Arellano”, 19/05/1998; y Sala II, “Mucciolo, Rubén Alberto”, 20/05/2008.

⁸³ CSJN, “Serradilla”, Fallos: 330:2748.

⁸⁴ CSJN, Fallos: 307:169, y sus citas.

3.8.1.2 *La falta de servicio en la responsabilidad del Estado por omisión*

En lo que atañe a la falta de servicio nacida de la inactividad estatal, el art 3°, inc. d), *in fine*, LRE establece que la omisión “solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

Desde una perspectiva jurídica, la falta de servicio por omisión asume como presupuesto que el órgano o ente estatal ha dejado de hacer o de ejecutar algo.

Sin embargo, no basta acreditar que se ha dejado de actuar. Es necesario demostrar que esa abstención de hacer, ese haber dejado de hacer algo, configura un incumplimiento, total o parcial, de un mandato normativo.

En efecto, en esta variable de la responsabilidad estatal se requiere demostrar que existe una abstención de realizar una actividad —formal o material— establecida por una norma u otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria. Ciertamente, en algunos supuestos, esa abstención se podrá presentar mediante la realización de una conducta diferente a la debida, pudiendo dar lugar, en este supuesto, a una abstención solo parcial.

Para que se configure la falta de servicio por omisión, se requiere algo más que una abstención o un no hacer. Es necesario que la actuación estatal que se le imputa al órgano no haber realizado sea de observancia obligatoria (y posible, jurídica y materialmente) por estar prescrita en un precepto normativo válido (juridicidad) que concierne al ámbito de incumbencias funcionales del órgano en razón de la materia, territorio, tiempo y el grado (competencia).

En ese entendimiento el art. 3°, inc. d) LRE, prevé que la falta de servicio por omisión se configura “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

La formulación del precepto legal guarda congruencia con la doctrina del Alto Tribunal, labrada en 2013, en la que se subordinó la procedencia de la pretensión indemnizatoria por omisión ilegítima del Estado a la existencia de un “deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente”⁸⁵.

⁸⁵ CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía...”, fallo cit.

Con posterioridad, en un supuesto donde se discutía la omisión antijurídica en el ejercicio del poder de policía, el Tribunal, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que la responsabilidad del Estado en tales casos exige verificar que el Estado incurra en falta de servicio; que el actor haya sufrido un daño cierto y que exista una relación de causalidad directa entre la conducta u omisión estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue, y a continuación expresó: “sólo le puede haber responsabilidad al organismo oficial si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de Fallos: 329: 2088 y 332: 2328)”⁸⁶.

Es menester realizar una aclaración: la correcta hermenéutica del art. 3, inc. d, *in fine*, LRE, permite verificar que esa previsión normativa, cuando se refiere al deber normativo de actuación expreso y determinado, no alude al principio de competencia -por cuyo conducto se establece a quién le incumbe, según la parcela de poder atribuida por la Constitución, las leyes y los reglamentos que se dicten en consecuencia, realizar una determinada acción o conducta, formal o material), sino a una de las variables del principio de juridicidad entendido como presupuesto, cierto y determinado, de actuación.

En efecto: cuando el art. 3°, inc. d) remite al “deber normativo de actuación”, alude al principio de juridicidad, en su condición de encargo jurídico de actuación. En modo alguno se podrá examinar esa previsión normativa desde los estándares que fijan el alcance de la competencia. “Deber normativo de actuación”, como reza el art. 3°, inc. d) se refiere a mandato legal (juridicidad). La competencia, en cambio, indica esfera de incumbencia o atribuciones del órgano según la fijan la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia (art. 3° de la Ley Nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo —LNPA—). En tal sentido, estimamos que no resulta adecuado intentar extraer del principio de especialidad un deber o manda jurídica. Ello es así pues el principio de la especialidad es una técnica para determinar el alcance de la competencia material del órgano. En tal sentido, a los fines de la

⁸⁶ CSJN, “Albo, Modesta del Valle y otros c/ Giménez Viajes SRL y otros s/ daños y perjuicios”, DE 6-11-2018.

interpretación del art. 3, inc. d) consideramos desacertado fundir el principio de juridicidad con el de competencia.

Claro está, así como la irregularidad requiere demostrar que existe una abstención del órgano o ente frente a un mandato normativo determinado —con lo cual se descarta la configuración de la irregularidad cuando el orden normativo faculta al órgano a optar entre actuar o no hacerlo, puesto que no cabe imputar falta de servicio frente a una actividad típicamente discrecional—⁸⁷ no lo es menos que al referirse a mandato normativo “expreso”, el art 3º, inc. d) lleva ínsita la observancia del contenido implícito de ese deber de actuación.

Ese contenido implícito, esto es, el efecto jurídico incluido en el mandato de actuación —que insisto, no se confunde con la medida de la potestad, esto es, la competencia— puede emanar de un acto administrativo⁸⁸, de un reglamento, de la ley o de la propia Constitución⁸⁹. Concretamente: el contenido implícito de la norma, o del acto, indica la existencia de un mandato jurídico que está **inescindiblemente incluido** en una norma o acto estatal obligatorio.

El art. 3º, inc. d), *in fine*, es una previsión normativa que desalienta las ingeniosas arquitecturas jurídicas basadas en previsiones normativas genéricas, dotadas de un alto grado de abstracción. A partir de ella, el legislador consideró, de modo prudente, que el instituto de la responsabilidad del Estado no puede ser instrumentalizado para convertir a éste en un asegurador anónimo de frente a cualquier tipo de situación.

Frente al utopismo reparador que pregona un sector doctrinal, la LRE, haciendo **reserva de lo posible** en este momento histórico y

⁸⁷ Ver CSJN, “Juárez, Carlos Arturo y otra c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación) por conducto del Ministerio de Interior de la Nación”, 18/09/2007, Considerando 5º.

⁸⁸ Doctrinalmente se distinguen el contenido natural, el implícito y el eventual. Mientras el primero es aquel que necesariamente forma parte del acto administrativo y lo diferencia con relación a los demás, el segundo concierne a los efectos que si bien no son expresos, están incluidos en el acto. El tercero, el accidental o eventual, atañe a las prestaciones o modalidades que el órgano emisor puede o no incorporar.

⁸⁹ CSJN, “Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN –CSJN– Consejo de la Magistratura – art. 110 s/ Empleo público”, 21/04/2015, Considerandos 19 a 22.

atendiendo las propias advertencias de la jurisprudencia⁹⁰, ha sido cauto y no ha sucumbido a las presiones ejercidas desde diversos ámbitos.

En ese orden, es evidente que el sistema legal refleja la decisión del Congreso de preservar la función genuinamente reparadora de la responsabilidad estatal, evitando convertir al instituto en una suerte de seguro de indemnidad que pudiera ser indebidamente utilizado como mecanismo extractivo de los recursos públicos que tienen destino de bien común.

Vale recordar que, con anterioridad a la Ley 26.944, la jurisprudencia especializada desarrollaba la responsabilidad por omisión en términos similares a los que establece el art.3 inc. d⁹¹.

3.8.2 .Sacrificio especial

El segundo subsistema atañe a la responsabilidad por actividad legítima. En este ámbito el factor de atribución adoptado por la LRE,

⁹⁰ La doctrina jurisprudencial del fuero especializado en derecho público señala que “no es necesario ni justificado convertir el patrimonio público en asegurador universal de todos los daños que los ciudadanos sufran posiblemente en una sociedad compleja, ya que sería como pretender una especie de seguro público general”, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Cervantes S.A. c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, 22/03/2012, Considerando VII.

⁹¹ La doctrina labrada de la CNac. Cont. Adm. Fed. vigente al momento de la sanción de la LRE, es plenamente compatible con el art. 3°, inc. d) *in fine*. Así, asevera el tribunal: “[l]a configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan con una obligación legal expresa o implícita (...) Y resulta imprescindible agregar que, para que se genere la obligación de reparar es necesario que se trate de un deber concreto que no opere en dirección genérica y difusa...”, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “C., M. M. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina”, 21/12/2010. Sobre esa estructura el Tribunal rechazó la demanda iniciada por los familiares de una persona que se suicidó mientras estaba detenida en el calabozo de la comisaría. El Tribunal consideró que el factor de atribución de responsabilidad invocado por la accionante como falta de servicio, concierne al incumplimiento de los deberes de custodia y seguridad específicos respecto de los detenidos, no se encuentra configurado, simple y sencillamente, porque si bien la Policía Federal tiene —entre su deberes— lo atinente a la preservación de la integridad física y psíquica de las personas alojadas en sus establecimientos, en el caso de autos no se había incurrido en la omisión de deberes a cargo de los agentes policiales encargados del control del sector en el que se encontraba la persona que se suicidó.

en claro seguimiento de la jurisprudencia preexistente⁹², es el sacrificio especial.

El art. 4º, inc. e) presenta a este factor de atribución como un padecimiento “diferenciado” en relación con el “que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

La idea de sacrificio especial en aras del interés público remite a la idea de un perjuicio específico, grave y anormal. No cualquier daño es susceptible de reparación por conducto de este instituto. Debe existir actividad válida del Estado, que produzca un perjuicio particular desproporcionado para alcanzar finalidades de **interés general o colectivo**⁹³.

En la LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la indemnizabilidad por la actividad estatal legítima requiere alegar y probar que existe un supuesto de sacrificio desigual. El damnificado debe exhibir, pues, un perjuicio especial, esto es, que su situación recibió un **tratamiento especialmente desfavorable**⁹⁴. El paradigmático *arret* “La Fleurette” (referencia obligada en esta materia) plantea un supuesto típico de sacrificio especial en aras del interés público, que en tanto perjuicio singularizado que rompe la igualdad ante las cargas públicas, debe ser soportado por la comunidad.

En este ámbito, la calificación de **excepcional**⁹⁵ que le brinda el art. 5 a la responsabilidad por actividad estatal legítima, se identifica con la idea de apartamiento de lo que es general, común.

De ordinario, la actividad lícita, esto es, la actividad jurídicamente justificada, no es indemnizable. Este principio, con toda lógica, rige en

⁹² CSJN, “Columbia”, Fallos: 315:1031.

⁹³ CSJN, Fallos: 316:406.

En “Los Pinos”, Fallos: 293:617, la Corte federal señaló que el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad no es propio que sea soportado únicamente por aquella, de lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el artículo 16 de la Constitución.”

⁹⁴ PAILLET, MICHEL, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁵ El art. 5º de la Ley 26.944 establece: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

el derecho privado⁹⁶ y en el público⁹⁷ —en ambos casos, con las modulaciones propias de cada una de esas disciplinas—. Lo que es extraordinario, lo que resulta excepcional, es la dispensa a ese principio.

En el derecho público, la dispensa se produce cuando se verifica un sacrificio especial —tal como lo califica la Ley 26.944—; esto es, cuando se comprueba que una actuación estatal lícita origina a una persona determinada un **padecimiento** —afectación de un derecho adquirido— que resulta **desproporcionado** con respecto al resto de los miembros de la comunidad.

La responsabilidad por la actividad lícita del Estado, enfatiza el Alto Tribunal, “no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad”⁹⁸.

El texto legal está en línea con la doctrina jurisprudencial, expresada apenas un par de meses antes de la sanción de la ley, en cuanto identifica el sacrificio especial con las **consecuencias anormales**, en tanto van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales y “significan para el titular del derecho un verdadero **sacrificio desigual**, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional”⁹⁹.

⁹⁶ El art. 1718 CCyC establece que “[e]stá justificado el hecho que causa un daño: a) en el ejercicio regular de un derecho”.

⁹⁷ Dijo el alto Tribunal: “... en principio, el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente” (Fallos 317:1233, cons. 12).

⁹⁸ CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Públ. s/ Proceso de conocimiento”, 15/05/2014, en JA 2014-III-233.

⁹⁹ CSJN, “Malma Trading SRL c/ Estado Nacional”, 15/05/2014, Considerando 10. El Tribunal destaca, en el Considerando 11, que “es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir —a través de él— finalidades de interés general o colectivo (Fallos: 312: 2266; 316: 397)”. En igual sentido, Fallos 317:1233, cons. 12.

En este mismo precedente, el Tribunal puntualiza que la procedencia de la pretensión de responsabilidad estatal requiere que la actividad del Estado produzca **una lesión a una situación jurídicamente protegida**¹⁰⁰. La ausencia de una lesión sobre un interés jurídicamente protegido determina la improcedencia de la pretensión indemnizatoria por actividad legítima puesto que, en ese supuesto, no se configura un daño resarcible con fundamento en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y de la igualdad ante las cargas públicas¹⁰¹.

El sacrificio especial, consagrado como factor de atribución objetivo de la responsabilidad por actividad legítima del Estado, alude a la idea de especialidad del daño. Se refiere a un padecimiento jurídicamente relevante —en tanto se concretiza en un menoscabo a una situación jurídica protegida— que resulta desigual con respecto al conjunto social.

La Ley asume la doctrina jurisprudencial en cuanto considera al “sacrificio especial” como la carga desproporcionada que excede la cuota normal de sacrificio que impone la vida en comunidad¹⁰².

Al respecto, se señala que en estos casos se deberá indemnizar la afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad.

Por cierto, la correcta ponderación del “sacrificio especial”, como factor de atribución de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado, exige valorar la idoneidad y necesidad del padecimiento singular que sufre el particular de acuerdo con los fines de interés público perseguidos por el acto estatal que lo produce, esto es, con las necesidades sociales que la ley, el acto o el hecho están llamada a satisfacer y con magnitud de los bienes jurídicos comunes que la medida viene a proteger.

La concurrencia de este factor de atribución lleva ínsito un deber implícito de observar los subprincipios de idoneidad y necesidad. Es por ello que el sufrimiento desigual, diferenciado, al que alude el art. 4°, inc. e) LRE debe guardar proporcionalidad (interna) con los objetivos colectivos que el acto estatal pretende alcanzar. Por consiguiente, el

¹⁰⁰ CSJN, “Malma”, 2014, Considerando 11; “Revestek”, 1995, Fallos: 318:1531.

¹⁰¹ CSJN, Fallos: 318:1531.

¹⁰² CSJN, “García”, Fallos: 315:1892.

padecimiento especial que exceda el subprincipio de necesidad, o el de adecuación, quedará situado a extramuros del art. 4º, inc. e) LRE.

Este segundo subsistema no prevé la responsabilidad por omisión lícita. En ese orden, la objeción planteada al texto legal por esa supuesta carencia, con fundamento en el *arret* “Couitéas” (resuelto por el Consejo de Estado francés en 1923), debe ser rechazada de plano.

A nuestro modo de ver, el citado *arret* no configura un supuesto de responsabilidad por omisión lícita. Muy por el contrario, el deber de responder nace frente a un acto (no una omisión) de contenido denegatorio, que es algo diferente.

En efecto, en el invocado *arret* “Couitéas”, el derecho para solicitar una indemnización pecuniaria por quien se ve impedido de expulsar de sus tierras a quienes se consideraban ocupantes legítimos desde tiempos inmemoriales, no tuvo origen en una omisión lícita del gobierno francés —que negó la ayuda militar indispensable para ejecutar una sentencia que ordenaba la expulsión de tribus autóctonas que ocupan un terreno en Túnez—, como alguna doctrina vernácula ha indicado. El derecho a una indemnización, a cargo de la comunidad, fue el producto de un **acto** del gobierno que **denegó** el auxilio de la fuerza armada para expulsar a los ocupantes de parcelas de tierra que eran propiedad del Sr. Couitéas —beneficiario de un fallo favorable que no puede ser ejecutado por la negativa del gobierno en aras del interés general— con el propósito de conservar, de ese modo, el orden y la seguridad públicas en razón de los graves disturbios que ocasionaría la observancia del mandato de la justicia.

3.9. La relación de causalidad, en tanto es un requisito indispensable del supuesto de hecho que genera la obligación indemnizar (arts. 3º, inc. c, y 4º, inc. c, de la Ley 26.944), está llamada a cumplir una doble función.

3.9.1. Concepto y función

El nexo de causalidad es un requisito indispensable¹⁰³ y autónomo del supuesto de hecho que hace nacer la responsabilidad patrimonial

¹⁰³ Así lo señala la CSJN en “Syntex SA c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, 21/11/2000, Fallos: 323:3765, Considerando 6º.

del Estado. Los arts. 3°, inc. c)¹⁰⁴, 4°, inc. c)¹⁰⁵, y 2°¹⁰⁶ de la Ley 26.944, se refieren a él, ora de manera directa, ora de modo indirecto.

3.9.1.1. Un abordaje inicial permite visualizar al nexo de causalidad como un vínculo externo y objetivo entre el daño y el hecho generador, entre el cambio y su causa. Desde esta atalaya la relación de causalidad se presenta como el enlace material, el encadenamiento fáctico particular, entre un hecho antecedente y un suceso consecuente.

Un examen más profundo permite considerar al nexo causal como el elemento que une, liga o vincula la actividad u omisión estatal, subsu- mible en alguno de los factores de atribución previstos por la ley, con el daño jurídico, esto es con las consecuencias que le son legalmente imputables al hecho generador.

En ese entendimiento, creemos que la relación de causalidad como elemento indispensable del supuesto de hecho que da origen a la responsabilidad del Estado, se presenta como el genético vínculo de conectividad que liga un cambio jurídicamente relevante del mundo externo, denominado “daño” (entendido como un menoscabo o lesión a las relaciones de utilidad o disponibilidad que tutela un derecho o interés), con un suceso antecedente (también jurídicamente relevante) denominado “hecho generador” (obrar, simple o complejo, activo o pasivo, material o formal, imputable a un ente u órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas) subsumible en algún “factor de atribución”

La CSJN lo califica al nexo causal como recaudo “**ineludible**” (“Zonas Francas Santa Cruz S.A. c/ EN”, 2009, Fallos: 332:1367, Considerando 6°). En Fallos: 328:2509, se le reconoce la condición de “presupuesto de la pretensión indemnizatoria”.

¹⁰⁴ El art. 3°, inc. c) establece que es **requisito** para que nazca la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima “la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”.

¹⁰⁵ En lo que atañe a la responsabilidad por actividad legítima, el art. 4°, inc. c) LRE prescribe que debe existir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño.

¹⁰⁶ A su vez, el art. 2° LRE establece las causales de exención de responsabilidad. Se contemplan los daños y perjuicios que se deriven del caso fortuito o fuerza mayor; los daños producidos por el hecho de la **víctima** o de un **tercero** por quien el Estado no debe responder.

habilitado por la ley aplicable: falta de servicio (art. 3° inciso d) o “sacrificio especial” (art. 4° inciso c).

Sin embargo, además de amalgamar los elementos estructurales del supuesto de hecho que genera el deber de indemnizar, la relación de causalidad fija -extiende, pero a la vez limita- el alcance de las consecuencias dañosas que, en cada, corresponde imputar al *factum* lesivo a los fines de la reparación.

De consiguiente, en el régimen legal vigente las dos funciones de la relación de causalidad -la que concierne a la determinabilidad del vínculo de conectividad como la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles- dependen de la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

3.9.1.2. Teorías jurídicas que explican la relación de causalidad

Desde el vértice jurídico, la relación de causalidad plantea una cuestión capital: sobre qué bases es posible aseverar que un hecho modificador de la realidad ha sido producido por otro. Doctrinalmente se han postulado distintos criterios para resolver este problema.

1. Así, la teoría de la ***equivalencia de condiciones***¹⁰⁷ o, de la *conditio sine qua non*, sostiene que toda condición que ha contribuido al resultado es la causa de ese resultado.

De este modo se rechazan las diferencias que pudieran existir entre los distintos antecedentes que preceden al resultado, situando a todos ellos en el mismo plano.

La teoría de la equivalencia de condiciones confiere igual relevancia a cualquiera de las múltiples causas que antecedieron al resultado dañoso. De suyo, al ubicar en un mismo plano de importancia a todos los elementos que han concurrido a la producción del daño esta teoría no selecciona ni jerarquiza entre la pluralidad de antecedentes. Considera a todas las condiciones con el mismo valor en la producción del daño.

¹⁰⁷ Esta teoría se la vincula con la noción de causa formulada por el filósofo John Stuart Mill, quien sostenía: “la causa, pues, filosóficamente hablando es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hace que siga el consiguiente...”

Bien se ha señalado esta teoría, inicialmente formulada por Von Buri, renuncia a distinguir entre causas o a privilegiar unas sobre otras¹⁰⁸.

La aplicación de esta teoría al ámbito de la responsabilidad del Estado conduce a que el deber de indemnizar puede imponerse al autor de cualquiera de ella y por lo tanto también a la Administración, que es la que en general por razones de solvencia, habrá de aparecer con mejores posibilidades materiales para responder¹⁰⁹.

Al considerar a cada condición como causante del resultado ello conduciría a una responsabilidad sin límites¹¹⁰. De allí entonces que resulta extraño que a la teoría de la equivalencia de condiciones se la hubiese calificado de extrema, pues otorga una nítida prioridad a la reparación del daño sobre cualquier otra consideración.

2. La teoría de la *causalidad exclusiva* predica, en cambio, que el nacimiento de la responsabilidad depende de que los daños sean producidos por la única intervención del demandado.

La aplicación de esta teoría a la responsabilidad estatal trae como consecuencia que la concurrencia al menos de una causa extraña a la actividad administrativa libera totalmente a la autoridad pública del deber de indemnizar.

3. La *teoría de la causa próxima*, o del último antecedente, sostiene que solo el hecho temporalmente más próximo es el más relevante, y descarta a los más remotos.

Se considera causa al antecedente, que en lo cronológico, se encuentra más próximo al momento del daño¹¹¹. Así, desde esta perspectiva,

¹⁰⁸ Zaffaroni, E. Raúl, *Derecho Penal*, Parte General, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 464.

¹⁰⁹ En el derecho francés, explica Paillet, no puede decirse que el juez administrativo haya hecho realmente suya la teoría de la equivalencia de las condiciones, como lo demuestra, por ejemplo la sentencia Montreer (CE, 21 de marzo de 1969), pues la expedición irregular de una autorización para portar armas no se considera causa de la muerte perpetrada tres años más tarde por su beneficiario, aunque haya podido jugar algún papel en su comisión (Paillet, Michel, *La responsabilidad administrativa*, (Título original: La responsabilité administrative), Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 91.

¹¹⁰ Santos Briz, op. cit. pág. 213.

¹¹¹ Paillet explica que si bien la proximidad temporal puede jugar un papel en la admisión del vínculo de causalidad (cita la decisión del CE, del 29-4-87, en

habrá relación de causa a efecto *si el hecho ha precedido inmediatamente* a la realización del daño.

4. Dentro del elenco de teorías que podemos denominar mixtas, encontramos a la ***teoría de la causa eficiente***.

Esta teoría selecciona la condición que implica una posibilidad máxima o, por lo menos, importante y que, con criterio cuantitativo, ha contribuido en mayor medida a la producción del resultado.

Se busca la eficiencia en la condición que sea más activa. Se dice: si bien todas las condiciones son necesarias, desde el momento en que todas contribuyeron para la producción de daño, media entre ellas una clara diferencia de eficiencia. Con criterio cualitativo se ha denominado causa al antecedente del resultado “que desde el principio está conteniendo el efecto”. Así, gráficamente se explica que la semilla es la causa de que la planta nazca; la humedad, el suelo, son condiciones.

Sin embargo, algunas posiciones identifican la causa eficiente con el hecho decisivo en la producción del daño, en claro acercamiento con la teoría de la causalidad adecuada que veremos seguidamente.

5. Una de las teorías más reconocidas en esta materia es la *de la causalidad adecuada*.

En nuestro medio ella fue inicialmente propiciada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil de 1961 y admitida, si bien tímidamente, en el art. 906 del Código Civil reformado en 1968 mediante el Decreto-ley 17.711/68¹¹².

Banque Poulair de la Région Economique de Strasbourg); en Francia el juez no se detiene forzosamente en el último acontecimiento sobrevenido antes del daño, pues él no impide remontarse más allá de la cadena de las responsabilidades (Paillet, op. cit.).

¹¹² La Cámara Civil de la Capital, sala J, en la causa “Aguilar, Elena B. v. Alvear Palace Hotel y otros”, del 4 de mayo de 2007, dijo: “Nuestro Código Civil adopta el sistema de la causalidad adecuada de conformidad a los arts. 901 a 906, que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de indagar si aquél ha sido suficiente o idóneo para producir las consecuencias, si ocurrido aquél, debe ser previsible, verosímil, normal, que las consecuencias acostumbren a suceder. Por lo tanto, la relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido si es idóneo o no para producir determinadas consecuencias que el actor invoca. La causalidad adecuada no requiere la fatalidad en la imputación de las consecuencias al

El Código Civil y Comercial unificado se enrola en esta posición¹¹³.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “*idoneidad*” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Ella predica que solo se debe responder por aquellas consecuencias que resulten previsibles, que siguen el curso natural y ordinario de las cosas, es decir, por aquellas que corrientemente acaecen según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos.

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad –adoptado según la experiencia de la vida–, normalmente produce u ocasiona el resultado –daño– que debe atribuirse al hecho¹¹⁴. Alguna jurisprudencia sostiene que solo debe calificarse como causa a aquella

hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad. Se requiere un juicio de probabilidad que supere el nivel de lo conjetural...”.

¹¹³ Reza el art. 1726 del Proyecto: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

¹¹⁴ Los inspiradores de esta teoría señalaban que la *relación de causalidad se presenta cuando el daño era previsible por el agente (previsibilidad subjetiva)*, en consideración a los hechos que conocía o podía conocer en el momento de actuar. Sin embargo, desde esta perspectiva, en el plano de la responsabilidad civil, se confunde la causalidad con la culpabilidad.

Ahora bien: frente a la concepción subjetiva de la relación causal adecuada se han expuestos criterios objetivos para evitar la objeción de los que confunden causalidad con culpabilidad.

Así la causalidad adecuada se reduce a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si por el contrario queda fuera de este posible cálculo de probabilidades.

A su vez, el cálculo de probabilidades se efectúa desde el punto de vista de la madurez o facultad de percepción del agente –pronóstico subjetivo– y, para otros, sobre la base de la diligencia de un hombre normal (pronóstico objetivo).

Para unos, el pronóstico debe hacerse en el momento en que el hecho tuvo lugar –pronóstico precedente– y, para otros, después que el daño se ha producido y una vez que sean conocidas las circunstancias determinantes (pronóstico retrospectivo).

que está dotada de la *mayor fuerza productiva*. También se alude a ella mediante el sintagma “*eficacia causal preponderante*”.

Se ha dicho que adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente¹¹⁵.

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que, entre todas las que concurren, *ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado*.

Por aplicación de esta teoría el tribunal aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; verifica su condición de *hecho decisivo*, sin el cual el daño no se hubiera producido, se los declara causa del daño, y descarta los otros hechos que no adquieren categoría de causa.

6. Como complemento de la teoría de la causa idónea o adecuada algunos autores han desarrollado la denominada *teoría del seguimiento* o de la impronta continúa de la manifestación dañosa.

Esta teoría pretende explicar los supuestos que presentan una multiplicidad de hechos antecedentes que no se presentan contemporáneamente sino de modo sucesivo, *originándose daños en cascada*, como el clásico ejemplo de Pothier: donde la venta de un animal enfermo determina su muerte y el contagio de otros animales que igualmente mueren, lo cual impide al comprador cultivar su campo por lo cual no puede pagar a sus acreedores y finalmente se suicida.

Según postula esta doctrina si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende

Como se advierte es posible hallar dos pares de conceptos sobre una misma cuestión: pronóstico subjetivo y objetivo, de un lado; pronóstico precedente y retrospectivo, de otro.

¹¹⁵ Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, sala 3ª, “Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, sentencia del 28 de marzo de 2006.

reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso. Se asciende hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal¹¹⁶.

3.9.2. El nexo de causalidad en la LRE. Precisiones.

Señalamos que una de las funciones del requisito causal es brindar los parámetros objetivos indispensables para establecer qué consecuencias dañosas se deben reparar. Va de suyo pues que el menoscabo patrimonial, el daño, será reparable siempre que se encuentre comprendido dentro del círculo de consecuencias jurídicamente atribuidas, para ese supuesto, al autor de la actuación u omisión imputada.

¹¹⁶ Bustamante Alsina, que ha desarrollado esta teoría en nuestro país, asevera que si los daños se producen en cascada la determinación de la causa eficiente del perjuicio que se pretende reparar conduce a la investigación de cada uno de los eslabones de esa cadena hasta llegar al punto en que uno de aquellos hechos pueda ser considerado causa idónea del resultado dañoso (v. Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad, LL 1991-E-1278).

Dice este autor que cuando el daño es resultado de la concurrencia de varios hechos antecedentes pero contemporáneos la cuestión es relativamente simple pues se trata de atribuirle a uno de esos hechos que se adecuado o idóneo para producir por sí mismo el resultado.

Aquí la cuestión se reduce a la prueba de los hechos y a la determinación técnica de su previsibilidad o evitabilidad del resultado. La teoría de la causalidad adecuada es apta para determinar con certeza cuál ha sido el hecho u omisión que produjo el resultado previsible.

La teoría del seguimiento, o de la impronta continua de la manifestación dañosa, sostiene que debe seguirse sin discontinuidad la marcha del mal y partiendo del daño final es necesario remontar la cadena de las causas explicando cada hecho defectuoso por la defectuosidad del hecho precedente hasta la aparición eventual de una ruptura de la cadena causal.

El seguimiento del resultado dañoso cuyo resarcimiento se trata debe continuarse a través de los diferentes hechos defectuosos de los cuales se derivan otros, hasta hallar en uno de ellos una culpa o factor objetivo de atribución que al aparecer en el proceso causal lo interrumpe para atribuir responsabilidad a un sujeto indirectamente involucrado con el daño el cual, aunque no sea consecuencia inmediata de su hecho, se halla en una relación adecuada de causalidad.

Afirma que esta teoría no excluye la causalidad adecuada pero permite investigar los hechos hasta el punto en que resulta razonable analizar la previsibilidad abstracta de la consecuencia del hecho en que intervino por acción u omisión.

En ese orden, el sistema legal vigente consagra la tesis por la cual el factor de atribución modula el alcance de las consecuencias dañosas atribuibles al hecho generador. La articulación funcional entre ambos elementos —factor de atribución y relación de causalidad— determina, en cada caso, que la cadena de resultancias imputables a la autoridad pública extenderá o reducirá su radio de acuerdo a que el supuesto de hecho que origina la responsabilidad repose en la “falta de servicio” o en el “sacrificio especial”.

Así, mientras en el subsistema de responsabilidad por actividad ilegítima, el art. 3º, inc. c), LRE, establece que debe existir “[r]elación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”, en lo que atañe a la responsabilidad por actividad estatal lícita, el art. 4º, inc. c) exige una “[r]elación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”.

Se advierte así que, para supuestos de responsabilidad por actividad ilegítima, el legislador, de acuerdo con la tendencia jurisprudencial de los últimos lustros, adoptó la teoría de la causalidad adecuada (conforme art. 3º, inc. c, de la Ley 26.944).

Al adoptar la teoría de la adecuación, el legislador desestimó otras teorías como la de la equivalencia de condiciones —denominada de la *conditio sine qua non*—, la teoría de la exclusividad, la de la causa próxima y también la denominada teoría de la causalidad virtual.

La teoría de la causalidad adecuada se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “**idoneidad**” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Le Tourneau enfatiza que hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado¹¹⁷.

La teoría de la causalidad adecuada se diferencia de la equivalencia de las condiciones en que no todas las condiciones para la realización del resultado son equivalentes en general o en abstracto: solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad —adoptado según la experiencia de la vida—, normalmente produce u ocasiona el resultado —daño— que debe atribuirse al hecho. Alguna

¹¹⁷ LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, p. 82

jurisprudencia sostiene que solo debe calificarse como causa a aquella que está dotada de la mayor fuerza productiva. También se alude a ella mediante el sintagma eficacia causal preponderante.

Al respecto, se ha señalado que adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de “causalidad adecuada” implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, la acción antecedente tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente¹¹⁸.

En definitiva, para esta teoría, causa es aquella que entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.

Por aplicación de esta teoría se aísla uno o más hechos determinados dentro del infinito encadenamiento de circunstancias que han posibilitado el daño; se verifica su condición de hecho decisivo, sin el cual el daño no se hubiera producido, se lo declara causa del daño y se descartan los otros hechos que no adquieren categoría de causa.

El examen de la causalidad adecuada opera *a posteriori*. En ese entendimiento, se advierte que la teoría de la causalidad adecuada focaliza su atención en determinar si un hecho específico, examinado retrospectivamente, es objetivamente apto, idóneo, para producir, normalmente, esa consecuencia lesiva.

3.9.3. El criterio adoptado por el art. 3º, inciso c) de la LRE, en cuanto adopta la teoría de la causalidad adecuada, mantiene la tendencia jurisprudencial predominante.

Si bien en algunas oportunidades la CSJN —en su actual integración— afirmó que debe existir una relación de causalidad “directa” entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue¹¹⁹, la doctrina judicial anterior a la LRE- en lo relativo a responsabi-

¹¹⁸ CApel. Civ. y Com. N° 3 LA PLATA, Sala 3, “Sagarduy Alberto Omar c/ Copetro S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 28/03/ 2006.

¹¹⁹ CSJN, “Baeza”, 2011, Fallos: 334:376; “Reynot”, 2008, Fallos: 331:1690, Considerando 6°; “Ramos”, Fallos: 331:1690.

lidad por actividad o inactividad ilegítima del Estado-, se inclinaba, no sin modulaciones, por la causalidad adecuada. En algunas ocasiones, el Alto Tribunal, y sus tribunales inferiores, utilizaron el sintagma “nexo o relación adecuada de causalidad”, sin rodeos¹²⁰. En otros, se utilizó alguno de sus equivalentes funcionales: causa idónea, causa apta, causa relevante, etc.

Así, en “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”¹²¹ —pretensión reparatoria promovida por la esposa de una persona fallecida por la ingesta de un producto denominado propóleo que poseía altas concentraciones de dietilenglicol y que fuera elaborado por un laboratorio privado—, el Alto Tribunal, con remisión a los fundamentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que no se verificaba la adecuada relación causal entre el daño ocasionado y su imputación al Estado por supuesta inobservancia de la policía sanitaria, puesto que el perjuicio resultaba exclusivamente atribuible a la conducta del laboratorio. En esta causa, se rechazó la demanda sustentada en la falta de servicio por omisión. Se sostuvo, en lo que atañe a ese caso, que el poder de policía sanitaria estaba legalmente definido de modo genérico y no se identificaba con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos, derivado de la acción de terceros.

En “Deoca”¹²², la CSJN sostuvo que la entrega en propiedad del sable a un militar retirado como parte de su uniforme no hacía imputable al Estado del hecho dañoso por cuanto dicha entrega no es la **causa adecuada** del delito de homicidio, según el curso natural y ordi-

La locución directa es, en este punto, polisémica. Indica, de un lado, que las consecuencias de un determinado hecho u omisión acaecen en sí mismas, sin otros aditamentos, es decir, los efectos se producen sin que medie otro acto o hecho. Pero también indica que existió efectiva “intervención” estatal dotada de la suficiente idoneidad y preponderancia para producir el daño. Pensamos que este segundo significado es el adecuado. Así, en “Bertinat” (Fallos 323:305) el Tribunal rechazó la demanda de daños contra la autoridad pública por cuanto el accidente provocado en una ruta por un animal suelto es un hecho extraño a su intervención “directa”.

¹²⁰ CSJN, “Syntex S.A. c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ordinario”, Fallos: 323:3765, Considerando 8°.

¹²¹ CSJN, “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

¹²² CSJN, Fallos: 324:1701.

nario de las cosas, asignándole el carácter de consecuencia remota, por la cual el Estado no debe responder¹²³.

En “Kasdorf”¹²⁴, se sostuvo que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de la actividad desplegada por una provincia que obró de manera **idónea** para producirlo (art. 901 CC).

También se aplicó este criterio en “Roque Reymundo e Hijos c/ Pcia. de San Luis”¹²⁵. El desvío hacia un camino que estaba en deficientes condiciones, en abstracto, era normal y ordinariamente **idóneo** para producir accidentes como la destrucción de una carga de cosas frágiles, como vidrios.

En “Cohen”¹²⁶, la CSJN sostuvo que quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, como también su **idoneidad** para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama¹²⁷.

¹²³ Para fundamentar su decisión, la CSJN entendió que: 1) un militar en situación de retiro no guarda la misma relación que uno en actividad: aquellos no desempeñan función estatal alguna; 2) por eso la falta de relación con el Estado no le es imputable al Estado; 3) la propiedad del sable no es del Estado ni de la Armada; era propiedad del propio militar. El Estado no era ni propietario ni guardián; 4) aun cuando fuere propiedad de la Armada, la cuestión encuadraba en el tercer párrafo del art. 1113 porque la comisión de ese hecho dañoso es contra la voluntad expresa o presunta de su dueño; 5) la CSJN sostiene que la entrega del sable por parte del Estado al autor del homicidio no es la causa adecuada del delito, según el curso normal y ordinario; aquella fue una consecuencia remota de dicha entrega.

¹²⁴ CSJN, Fallos: 313:284.

¹²⁵ CSJN, Fallos: 327:2764.

¹²⁶ CSJN, Fallos: 329: 2088.

¹²⁷ Previamente, el Alto Tribunal había señalado que “la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en co-responsable de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto”.

En “Friar”¹²⁸, el Alto Tribunal asevera que la responsabilidad por falta de servicio exige: a) examinar cada uno de los actos y conductas que se le impugnan al Estado Nacional desde el punto de vista de su legitimidad y b) examinar la **aptitud** de cada uno de los actos para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.

En otros supuestos, aun sin mencionar a la teoría de la causalidad adecuada, la CSJN directamente alude a ella al adoptar como estándar “el grado de previsibilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas”¹²⁹ o al nexo de causalidad jurídicamente relevante¹³⁰.

3.9.4. La relación de causalidad en la falta de servicio por omisión

Según el art. 3° inc. d) LRE, la configuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal ilegítima exige acreditar el factor de atribución falta de servicio. Como ya vimos, la LRE conceptualiza la falta de servicio como una actuación u omisión irregular de parte del Estado. A la vez, el supuesto de “omisión irregular” se concretiza mediante “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

A partir de estas formulaciones, se advierte que el nexo de causalidad en la responsabilidad nacida de la falta de servicio por omisión exhibe algunas singularidades¹³¹.

En estos supuestos, para que se configure la relación de causalidad, es menester acreditar que, de haberse cumplido la actuación establecida de manera determinada en la norma, el daño —esto es, la lesión sobre un derecho o interés— no se hubiera producido.

¹²⁸ CSJN, “Friar”, 26/09/2006.

¹²⁹ CSJN, “Mosca”, Fallos: 330:563; “P. de F. c/ Laboratorios Huilén y otros”, 20/10/2009.

¹³⁰ CSJN, “Banco de la Nación Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de”, 2001, Fallos: 324: 1243.

¹³¹ Pablo Perrino puntualiza, con razón, que la acreditación del nexo causal constituye el talón de Aquiles de la responsabilidad por omisión (“La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, LL, diario del 31-3-2015).

En este sentido atañe a quien postula la pretensión resarcitoria precisar qué medida las circunstancias que determinaron el daño pudieron ser evitadas si se hubiese observado el comportamiento apropiado, ya que la responsabilidad solo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias¹³².

Concretamente: concierne a quien postula la pretensión indemnizatoria demostrar, conforme el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) y el art. 1736 CCyC que, previsiblemente, según el curso ordinario y natural de las cosas, mediante la observancia del deber normativo de actuación (expreso —o incluido implícitamente en la misma norma— y determinado), las consecuencias dañosas que se le atribuyen a la inactividad estatal se habrían evitado.

Por cierto, no habrá encadenamiento causal entre el daño y la inactividad que se le imputa al órgano, si el demandado demuestra que aun con el cumplimiento de la conducta debida en los términos del art. 3º, inc. d) LRE el daño igualmente se hubiera producido.

Naturalmente, como **presupuesto** de la falta de servicio por omisión, es necesario que exista la posibilidad material y jurídica de realizar la conducta ordenada por la norma.

En definitiva: la configuración de la relación de causalidad en el supuesto responsabilidad por omisión (art. 3 inc. d, LRE) requiere acreditar: (i) en primer lugar, que el órgano se abstuvo de actuar; (ii) en segundo término, que esa abstención, ese dejar de hacer o de ejecutar algo colisiona y se contrapone al mandato jurídico de actuación preestablecido de modo expreso (o implícitamente incluido dentro de lo expreso) en la norma -constitucional, supranacional, legal o reglamentaria- o en otro acto estatal dotado de fuerza obligatoria frente a terceros; (iii) finalmente que, de haberse realizado la conducta prescrita por la norma, la lesión sobre la relación de utilidad protegida por el derecho o interés no se habría producido.

¹³² Conf. : Fallos 343:184 (“Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, de 17-3-2020) y sus citas: Fallos 319:2511; 335:527.

3.9.5. La relación de causalidad debe exhibir certeza. En este ámbito no tiene cabida la presunción de causalidad

Ni aun postulando la aplicación analógica del CCyC será posible abrirle la puerta a la presunción de causalidad.

En efecto: el art. 1736 CCyC, en línea con la regla que emana del art. 377 CPCCN, es categórico en cuanto establece que la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma.

Por lo demás la jurisprudencia labrada por el Tribunal con anterioridad a la Ley 26.944 es refractaria a la presunción de causalidad¹³³.

En efecto: el régimen jurisprudencial de la responsabilidad estatal vigente hasta 2014, en tanto resulta refractario a la presunción de causalidad¹³⁴, se mantiene en la Ley 26.944. En respaldo de esta posición, la aplicación analógica del art. 1736 del CCyC, juntamente con el art. 377 CPCCN, nos lleva a la misma conclusión.

En este orden, quien demanda la reparación de daños producidos actividad o inactividad ilegítima del Estado no solo tiene la carga de alegar y justificar la causación; tiene también la de aportar pruebas concluyentes que permitan establecer que existe, con suficiente certeza, un vínculo de material de conectividad que anuda la consecuencia dañosa con un hecho generador idóneo, apto, relevante, emanado de un órgano o ente estatal.

¹³³ CSJN; Fallos: 322:3101(Denenberg).

¹³⁴ Así, en “Jabif de Sousa David Néstor c/ Estado Nacional- Ministerio del Interior- Policía Federal Argentina y/o responsable s/ Daños y perjuicios” del 31/07/2012, la sala III de la CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, desestimó la pretensión reparatoria por cuanto el actor no había logrado acreditar la relación causal entre el hecho dañoso y el actuar estatal. Al fundamentar su decisión se señaló que “cada parte debe probar los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende, ya que la actividad probatoria constituye, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés y de esa actividad procesal depende producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, pudiendo el litigante llegar a obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una conducta omisiva (conf. CSJN, Fallos: 318:2555, entre otros). En sentido similar, se ha señalado que “el *onus probandi* deviene imperativo del propio interés del particular interviniente...”

3.9.6. El concurso de causas en la responsabilidad del Estado

Un mismo daño puede ser el efecto resultante de varias causas, ora coetáneas, ora sucesivas. Si la acción de varias personas contribuyen de manera idónea en la producción de un determinado resultado lesivo, existe lo que se denomina “causalidad conjunta o concurrente”. De manera corriente se ha calificado a esta situación como concausa. En verdad estamos frente a un supuesto de *co-causación*.

Como lo enseña la doctrina civilista más autorizada, la co-causación consiste en la actuación concurrente y causalmente relevante de dos o más agentes que coadyuvan con su conducta a la producción del daño. En este supuesto el daño se distribuye entre las diferentes co-causas de acuerdo a la participación causal de estas, no pudiendo los co-causantes oponer defensa causales frente a la víctima ante quienes responderán por el todo sin perjuicio de reclamar lo que hubiera pagado en exceso¹³⁵.

La concausa es una situación bien distinta a la co-causación, por cuanto es una causa independiente que altera el curso causal y que, por ende, no se le puede imputar al demandado el aporte causal de la concausa, el que se deberá desagregar de la imputación causal que se le haga. La concausalidad produce una alteración parcial de la primera causa, y por ende no puede imputarse al dañador la totalidad del daño ya que la concausa no guarda relación causal adecuada con el hecho del dañador¹³⁶. Al respecto López Mesa puntualiza que la concausa, lejos de ser neutra, tiene la funcionalidad de hacer cargar a quien la aporta una parte del daño que sufriera, justamente el segmento atribuido a su aporte concausal.

Si bien la co-causación no parece postulable *ab intio* en el subsistema de responsabilidad por actividad estatal lícita —por cuanto en ese ámbito, el art. 4°, inc. c) LRE exige que la actuación estatal opere como causa “exclusiva” del perjuicio—, aquella es admisible con respecto a los daños originados por la actividad estatal subsumible en el factor de atribución “falta de servicio”.

¹³⁵ LÓPEZ MESA, MARCELO, “Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada”, en *LL*, 2013-D-1167.

¹³⁶ *Ibid.*

La jurisprudencia exhibe casos de causalidad conjunta o concurrente (co-causación) entre la autoridad pública y un particular, y también entre dos órganos estatales¹³⁷.

Así, en “Kasdorf”¹³⁸ la CSJN reconoció que había una concurrencia de factores causales imputables a la Administración y a un tercero. Se sostuvo que la responsabilidad atribuida a la Provincia demandada no excluía la que corresponde al tercero. En este juicio, la actora reclamó el resarcimiento de los daños derivados de la interrupción y retracción de ventas como consecuencia de la muerte de tres niños que se intoxicaron en un hospital de Jujuy por haber ingerido leche de esa marca. La realidad fue que el producto (denominado Bonalac) fue transportado juntamente con insecticida; este se derramó y contaminó la leche. No obstante tener un fuerte olor a insecticida, el personal del hospital preparó y suministró esa leche a los niños¹³⁹.

En “Serradilla” el Alto Tribunal federal consideró probada la existencia de concausas (en puridad, co-causación) derivada de la concurrente falta de servicio por parte del Estado Nacional y de una provincia¹⁴⁰.

¹³⁷ La CNac. Cont. Adm. Fed. sostuvo que el Estado a los efectos indemnizatorios debe responder cuando coparticipa —por su obrar negligente— en la generación de un hecho dañoso, máxime cuando ello ocurre en el marco de su poder de policía y sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta, en CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Transporte Río de la Plata c/ E. N.”, fallo cit.

¹³⁸ CSJN, Fallos: 313:284.

¹³⁹ Dijo la CSJN que el perjuicio es la consecuencia inmediata y necesaria de una actividad de la Provincia de Jujuy que obró de manera **idónea** para producirlo (art. 901 CC). Los dependientes de la Provincia incurrieron en una conducta negligente al no advertir la contaminación notoria del producto. Sin embargo, destacó que la responsabilidad de la provincia no excluye a la que corresponde a la empresa de transporte. La conducta de sus dependientes que se desentendieron de los riesgos que podía ocasionar la entrega del producto en las condiciones en que se efectuó obliga a resarcir un daño que constituye una consecuencia mediante ese hecho y que guarda con esta un adecuado nexo causal (art. 901 CC).

¹⁴⁰ CSJN, “Serradilla, Raúl c/ Pcia de Mendoza y otro”, 12/06/2007. En dicha causa el Máximo Tribunal responsabilizó al Estado Nacional y a la Provincia de Mendoza por la deficiente prestación del servicio a su cargo: no cumplieron adecuadamente el deber de custodia que la ley y el convenio celebrado entre el

Discernir la concausa de la co-causación tiene efectos relevantes. Como dijimos, si se verifica esta última (co-causación), los co-causantes responderán de manera completa frente a la víctima. Es un supuesto de condena *in solidum*¹⁴¹. Cualquiera de los co-causantes debe la reparación plena de las consecuencias que le son atribuidas. Frente a la víctima, la co-causación no opera, ni aun parcialmente, como eximente de responsabilidad. Esto no afecta las relaciones recíprocas entre quienes contribuyeron al daño. De allí que un co-causante podrá accionar por repetición o regreso contra quien también ha sido condenado. Esto no ocurre, en cambio, en los supuestos de concausa.

3.9.7. Factores que suprimen la relación causal. Eximentes de responsabilidad

La estructuración del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal requiere, como requisito negativo de configuración, la ausencia de eximentes contempladas en el art. 2° LRE: hecho de la víctima, hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder y caso fortuito o fuerza mayor.

Ciertamente, si el daño tiene su origen en una causa extraña o ajena al hecho que se le imputa al órgano estatal, como las previstas en el art. 2° LRE, ello traerá como consecuencia la interrupción del vínculo causal —por cuanto la causa material del menoscabo se desplaza hacia otro u otros centros de imputación— y la consecuente imposibilidad

Estado y la provincia celebraron con respecto a la documentación de las personas. En la especie, no se había custodiado el nuevo ejemplar de DNI requerido por el demandante. Tal circunstancia provocó que se abrieran cuentas bancarias a nombre del actor, pero con datos falsificados, que dieron lugar luego al libramiento de cheques sin fondos contra aquellas, lo cual generó que el BCRA inhabilitara al actor para operar en cuenta corriente en todo el país y diera de baja su tarjeta de crédito. Luego de enfatizar que existía una **responsabilidad concurrente** de los entes públicos, con fundamento en la idea objetiva de falta de servicio, la Corte señaló que las circunstancias del caso revelaban una cadena de conductas causales jurídicamente relevante en el resultado fáctico calificado como dañoso.

¹⁴¹ La obligación *in solidum*, puntualiza Le Tourneau, significa que la víctima de un daño causado por varios responsables dispone de tantos recursos cuantos autores del hecho dañino haya. Cada uno de ellos es visto como si hubiera causado la integridad del daño; de donde se deduce que cada uno puede ser asignado por la totalidad (v. LE TOURNEAU, PHILIPPE, *op. cit.*, pp. 86/87).

de satisfacer el requisito previsto en el art. 3°, inc. c) LRE. La existencia de alguno de los tres supuestos de causa ajena, en la medida que esté debidamente demostrada —la prueba de las circunstancias eximentes corresponde a quien la alega (art. 1734 CCyC)— libera al Estado demandado, con las modulaciones que seguidamente examinaremos.

3.9.7.1. Hecho del damnificado

La propia conducta del damnificado se puede convertir en causa exclusiva o no exclusiva del daño. Mientras el primer supuesto exime de responsabilidad al órgano, el segundo la limita.

Para que el hecho de la víctima interrumpa totalmente el nexo causal debe haber sido causa adecuada y exclusiva del daño. Ahora, si la conducta del damnificado tiene solo incidencia parcial en la producción del resultado, por cuanto ella interfiere o actúa de manera independiente al hecho imputable al Estado, habrá pluralidad de agentes causales (concausa) que determinará la reducción del monto indemnizatorio puesto que al órgano imputado solamente debe cargar en proporción a su exclusivo aporte causal.

En el ámbito de la responsabilidad estatal la jurisprudencia anterior a la Ley 26.944 registra distintos pronunciamientos que merecen ser tenidos en cuenta.

Así, en “Gómez”, sentencia del 30/06/1998, la CSJN eximió de responsabilidad a la Administración tras advertir que no hubo relación de causalidad directa e inmediata entre el procedimiento legítimo llevado a cabo por el agente oficial y el daño sufrido por el actor. El daño invocado reconoce como única causa relevante el hecho de la propia víctima, que en lugar de detenerse ante el aviso policial pretendió resistirse provocando el enfrentamiento policial que derivó en un disparo del agente que impactó en la espalda del actor produciéndole una lesión gravísima.

Se observa así un supuesto de eximición total de responsabilidad por acto del damnificado, determinante de una ruptura del nexo causal.

En “Ramos”¹⁴², si bien estaba acreditado el perjuicio —daño psíquico de la demandante por la muerte de su hijo—, el Alto Tribunal

¹⁴² CSJN, Fallos: 328: 2547.

desestimó el reclamo por ese rubro por cuanto el evento no era atribuible a la falta de servicio de la autoridad Administrativa. Se sostuvo que el origen de la muerte era imputable a la imprudencia de la propia víctima que se arrojó al río en un balneario de la provincia de Córdoba en una época en la que no está legalmente previsto la presencia de bañeros (el hecho acaeció en noviembre y la norma obligaba al municipio a proveer bañeros desde diciembre). En este caso estamos frente a la ruptura del nexo causal por el hecho de la víctima.

En su actual composición la CSJN subraya en el caso “Rea”¹⁴³ que la ruptura total del nexo causal entre el hecho generador y el perjuicio por culpa de la víctima debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (conf. Fallos: 332:2633).

3.9.7.2. Hecho de un tercero extraño

El art. 2º, inc. b) de la Ley 26.944 consagra como eximente de responsabilidad el supuesto en que el daño tenga su origen por el hecho de un tercero por quien el Estado no debe responder. El fundamento de esta exención remite a la ausencia de nexo causal.

En efecto. De acuerdo con esta previsión normativa, el Estado demandado se libera demostrando que el daño ha sido provocado de modo único o determinante por un tercero extraño. En tal supuesto la atribución material del menoscabo se desplaza hacia el tercero, que es en definitiva el sujeto en relación con el cual se podrá efectuar la imputación. Sin embargo, en supuestos en que el hecho generador no le es atribuible exclusivamente al tercero extraño, esto es en casos de concurso o concurrencia de causas (co-causación), como ya se señaló, la condena *es in solidum* (v. gr. “Serradilla”; “Kasdorf”), siendo admisible la acción de regreso por lo que el Estado hubiera pagado en exceso de acuerdo a su participación causal.

Es dable tener presente que, a diferencia del art. 1731 CCyC, el art. 2º, inc. b) de la Ley 26.944, al consagrar al hecho de un tercero como causal de exoneración, no exige que aquel reúna los caracteres del acto fortuito.

¹⁴³ Fallos 343:184 (“Rea, Segunda Manuela y otros s/ daños y perjuicios”, de 17 de marzo de 2020).

Cabe recordar que el hecho del tercero no se presume, siendo una carga del demandado demostrar su incidencia en el nexo causal.

3.9.7.3. Caso fortuito

El caso fortuito y la fuerza mayor constituyen factores extraños con aptitud para provocar la interrupción del nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el daño¹⁴⁴. Son un obstáculo para la indemnización del damnificado¹⁴⁵. Se configura cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente. El *casus* determina la ausencia de responsabilidad por defecto del nexo causal.

El art. 1730 CCyC lo regula del siguiente modo: “[s]e considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

La irresistibilidad —esto es, la presencia de un evento insuperable, que no se puede dominar, en el que el agente es juguete de la fatalidad—, puntualiza Le Tourneau, es la más importante de las características de la fuerza mayor. La imprevisibilidad, que es la otra característica del caso fortuito o fuerza mayor —que en el nuevo Código deben ser asumidos como sinónimos (art. 1730, *in fine*)— se consuma cuando no hay ninguna razón particular para pensar que se producirá.

3.9.9. La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado por actividad legítima

El art. 4° de la Ley 26.944 establece los requisitos que estructuran el supuesto de hecho de la responsabilidad estatal por actividad legítima del Estado. Algunos recaudos legales son comunes a la responsabilidad por actividad ilegítima; otros en cambio son propios. Así, se deberá acreditar que existe un daño cierto y actual¹⁴⁶, debidamente acreditado

¹⁴⁴ Ver CSJN, Fallos: 306:1413 y CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, “F., S. O. y otro c/ Estado Nacional”, 29/06/ 2005, Considerando II.

¹⁴⁵ Ver CSJN, “Sanchez Granel”, 20/09/1984, Fallos: 306:1409, Considerando 6°.

¹⁴⁶ CSJN, “Tejeduría Magallanes”, Fallos: 312: 1656, Considerando 11; “Revestek”, 15/08/1995, Considerando 6°.

por quien lo invoca¹⁴⁷ y mensurable en dinero; imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; **relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva**¹⁴⁸ entre la actividad estatal y el daño; ausencia de deber jurídico de soportar el daño¹⁴⁹; sacrificio especial¹⁵⁰ en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido¹⁵¹.

En congruencia con la doctrina jurisprudencial, el art. 5° califica la responsabilidad por actividad lícita como “excepcional”. Esta calificación toma en cuenta, de un lado, la ajenidad que tiene este supuesto, propio del derecho administrativo, con respecto a la doctrina civilista (recuérdese que el supuesto de hecho que genera responsabilidad civil reposa en la antijuridicidad¹⁵², y que fue esa situación la que tuvo en cuenta el dictamen de la Procuración General, cuando señaló en “Motor Once” que la responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, porque ante el Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos)¹⁵³.

¹⁴⁷ Con lo cual queda *ab initio* descartado los daños conjeturales (CSJN, Fallos: 328: 2654).

¹⁴⁸ CSJN, “Ledesma”, 1989, Fallos: 312:2022, Considerando 16; “Revestek”, fallo cit., Considerando 6° (sostuvo el Alto Tribunal: el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal exigía la demostración de la “existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”); “El Jacarandá”, 28/07/2005, Fallos: 328:2654, Considerando 9° *in fine*.

¹⁴⁹ CSJN, “Malma Trading SRL”, 15/05/2014, Considerando 10.

¹⁵⁰ En “Malma Trading SRL”, la CSJN destaca que la procedencia de la indemnización por actividad legítima del Estado requiere de “verdadero sacrificio desigual” para el titular de un derecho (Considerando 10 *in fine*).

¹⁵¹ CSJN, “Revestek”, fallo cit., Considerando 7°. En el Considerando 8°, el Tribunal puntualiza que la lesión a una situación jurídicamente protegida no es sino “un presupuesto del éxito en lo sustancial del reclamo de resarcimiento; dicho en otras palabras, de una condición de la existencia del daño reparable...”.

¹⁵² El art. 1717 CCyC establece: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

¹⁵³ En igual sentido se expidió el Dr. Fayt en el Considerando 18 de su voto en “Juncalán”. Ya en “Cantón” (Fallos: 301:403) la CSJN consideró que ante la falta de normas expresas sobre la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración se debe atender al modo de responder establecido en instituciones análogas (expropiación), “no siendo

Y de otro, la propia situación **anormal** que presenta, aún desde el derecho público, las reparaciones por actividad legítimas¹⁵⁴ puesto que como principio la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada.

La jurisprudencia anterior a la Ley 26.944 enfatizaba las diferencias entre la estructura del supuesto de hecho que lleva la indemnizabilidad por la responsabilidad estatal lícita y el de la derivada de la actuación ilegítima de los poderes públicos. Estas particularidades se proyectaron sobre la configuración de la relación de causalidad como requisito ineludible del supuesto de hecho que genera indemnizabilidad.

Así, en “El Jacarandá SA”, sentencia del 28/07/2005, el voto de la mayoría sostuvo que en el campo de la actividad lícita, es decir, cuando

precedentes las (normas) propias de derecho común relativas a la responsabilidad civil” (ver Considerando 8°).

En “El Jacarandá” (Fallos: 328:2654), la Dra. Highton sostuvo que frente a la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad por actividad lícita del Estado, es adecuado recurrir a los principios de leyes análogas. Señaló que esa analogía debe fundarse en principios de derecho público. Sostuvo que el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la responsabilidad por actividad lícita del Estado, conduce a encontrar la solución en la Ley de Expropiaciones (21.499), es decir, en la norma legal típica que autoriza las intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados, cada vez que el interés público las exija. La posición de jueza Highton de Nolasco, en cuanto considera que, en este supuesto, corresponde rechazar la reparación del lucro cesante, fue reiterada en el considerando 14, de “Malma”, de 15/05/2014.

¹⁵⁴ Sostuvo la CSJN en “Malma”, 15/05/2014, Considerando 10: “es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales —vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales—, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros)”.

se trata de resarcir daños causados por actos inspirados en el interés colectivo, en el interés general, los jueces deben actuar con suma prudencia. A tal efecto se deberá verificar: i) que los daños “efectivamente” se han producido; ii) que ellos sean una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina 310:2824); enfatizándose luego, con arreglo a Fallos 312:2022, considerando 16, “que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue”.

Esos criterios jurisprudenciales, en tanto modulan la configuración del requisito causal según el factor de atribución, han sido asumidos por el art. 4, inc. c) de la Ley 26.944.

3.10. Según la índole del factor de atribución, la LRE establece regímenes diversos en cuanto al alcance de las consecuencias dañosas resarcibles.

La LRE no fija normas relativas al alcance de la reparación de los daños generados por actuaciones u omisiones del Estado subsumibles en el factor de atribución falta de servicio. De consiguiente, en este ámbito de la responsabilidad por actividad ilegítima cabe la aplicación **analógica** de las reglas pertinentes del derecho privado vigentes al momento de resolver.

Ergo, con arreglo a esa técnica de interpretación, se deben adaptar los criterios de reparación civil de daños que se originan en acciones u omisiones que no están justificadas, es decir, que nacen de conductas antijurídicas (art. 1717). En ese entendimiento, la reparación del daño que nace de la actividad ilegítima del Estado dará lugar la reparación plena (art. 1740) de aquellas consecuencias que guarden nexos adecuados de causalidad con el hecho generador del daño (art. 3, inc. c, LRE y art. 1726 CCyC).

Es así que, como regla, corresponderá la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En este orden la doctrina del alto Tribunal puntualiza que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, y tal noción comprende todo perjuicio

susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral¹⁵⁵.

En materia de responsabilidad por actividad legítima, la LRE establece, en cambio, un régimen especial y propio de derecho público que excluye la aplicación del Código Civil.

En primer lugar la LRE dispone que le son atribuibles al Estado aquellas consecuencias que guarden una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño (art. 3 inciso c). A la vez la ley establece que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante (art. 5°).

Tanto en materia de causalidad como en lo relativo a la extensión del resarcimiento, la ley mantiene así una de las líneas jurisprudenciales que gobierna esta materia.

Vale recordar que el art. 1766 del Anteproyecto, propuesto por la Comisión Redactora (Decreto 191/2011), establecía que la responsabilidad derivada de los actos lícitos del Estado “sólo comprende el resarcimiento del daño emergente”¹⁵⁶.

El art. 5° LRE tuvo especialmente en cuenta la posición asumida por la jueza, Dra. Highton, en la causa “El Jacarandá”¹⁵⁷, y “Malma” (2014) como así también la doctrina labrada por el Alto Tribunal en otros precedentes (“Motor Once”, “Cantón”, “Laplacette”, entre otros).

La solución adoptada, en tanto excluye el lucro cesante, mantiene la directriz trazada por la Ley de Expropiaciones (art. 10); a la vez, guarda congruencia con otras previsiones normativas que regulan el responder por la actividad legítima del Estado, como por ejemplo el art. 12, inc. d) del decreto 1023/2001, en materia contractual; el art. 26 de la Ley 25.344 y el art. 11 de la Ley 25.453 y antes también en el art. 5 de la Ley 12.910 y 30, 38 y 54 inc. f de la Ley 13.064 (arts.). Vale recordar,

¹⁵⁵ Fallos: 324:2972; y arg. Fallos: 326:232 .

¹⁵⁶ Y luego agregaba: “pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

¹⁵⁷ CSJN, Fallos: 328:2654.

además, que el art. 18 de la LPA de la CABA establece que la indemnización debida por la Administración en supuestos de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia “sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante”.

Es claro que el esquema causal, previsto en el art. 4°, inciso 3, como la extensión de resarcimiento (art. 5°) quedaron sometidos a lo que la doctrina extranjera denomina “**reserva de lo posible**”. Basta recordar la historia económica de nuestro país durante las últimas décadas para comprender a qué nos referimos. Es evidente que las normas ponderaron no solo la pretensión individual de quien reclama la reparación de una lesión patrimonial derivada de la actuación **lícita** del Estado¹⁵⁸, sino también la situación del Tesoro (la recordada “debilidad presupuestaria del Estado de derecho”, como lo califican los autores alemanes) y la repercusión de este supuesto excepcional de responsabilidad sobre quien es el **legitimado pasivo indirecto**, al que se refiere la CSJN en el fallo “Q”, del 24/04/2012, esto es, el resto de la comunidad que soporta la carga y reclama la satisfacción de otros derechos.

Por cierto, en el ámbito de la responsabilidad por actividad lícita de los poderes del Estado, frente a situaciones particulares el legislador está habilitado para establecer, con la pertinente reserva presupuestaria, que los daños patrimoniales que deriven de la aplicación de sus productos normativos (leyes), satisfagan de modo pleno el daño emergente y el lucro cesante de aquellas consecuencias dañosas que guarden nexo adecuado de causalidad. Ello es así pues, en relación con los actos estatales de naturaleza legislativa, no rige el principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Una situación especial se presenta cuando el perjuicio patrimonial nacido de la actividad lícita, encuadrable en el factor de atribución

¹⁵⁸ La responsabilidad del Estado por sus actos lícitos al tiempo que preserva las garantías constitucionales de la propiedad e igualdad jurídica “[s]ignifica una distribución entre los miembros de la sociedad política ...de los daños que los actos de gobierno legítimos pueden inferir a los particulares siempre que se den los requisitos delineados por este Tribunal” (Fallos 322:2686, voto Moliné O’Connor, Boggiano y López).

sacrificio especial, se conforma de manera exclusiva o principal con el lucro cesante¹⁵⁹. En esta especial circunstancia, el principio general de no admitir el lucro flexibiliza su alcance pues excluir totalmente dicho rubro (lucro cesante) significaría otorgar al actor una indemnización tan ínfima que llevaría al despojo de su derecho de propiedad¹⁶⁰.

Amén de lo anterior, en aquellos excepcionales supuestos en que la actividad lícita del Estado pudiera impactar lesivamente sobre derechos esenciales de las personas físicas, esto es, sobre derechos humanos indisponibles, inherentes al principio de dignidad humana, no cabe duda que el referido art. 5° deberá ser interpretado según los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia labrada al respecto por la Corte IDH. También, en el ámbito de los derechos humanos indisponibles, entendemos que resulta predicable extender, por vía de la analogía, el principio consagrado en el art. 1743 CCyC¹⁶¹, en cuanto considera inválidas las limitaciones a la obligación de indemnizar cuando está en juego la afectación de derechos indisponibles¹⁶². Desde este vértice, y aun cuando esa norma esté destinada a cuestiones convencionales de carácter privado, parece razonable sostener que la indemnización de los daños generados por la actividad lícita del Estado sobre un derecho fundamental indisponible, extramuros del art. 5° LRE, debe ser plena.

Concretamente: exista falta de servicio o sacrificio especial en todos los supuestos en que en que el hecho generador imputable a un órgano o ente del Estado lesione derechos fundamentales indisponibles, la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.

¹⁵⁹ CNCiv, Sala F "Elías, Julio y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", JA 2000-IV-520.

¹⁶⁰ CSJN, Jucalán Forestal, del 23-11-89, LL 1990-II-511, Voto Dr. Bacqué.

¹⁶¹ Art. 1743.- Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles.

¹⁶² Los derechos indisponibles reciben tratamiento diferenciado en los arts. 2.2, 4°, 5° y 13 de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares en los casos en que el Estado es parte.

4. CONCLUSIONES

4.1. A partir de la sanción de las leyes 26.944 (Ley de Responsabilidad del Estado) y 26.994 (CCyC), es dable comprobar que la responsabilidad patrimonial del Estado:

- (i) tiene reconocimiento legislativo expreso;
- (ii) cumple una función de garantía;
- (iii) está gobernada por normas y principios de derecho administrativo;
- (iv) en tanto derecho público local, su regulación es nacional o provincial, según corresponda;
- (v) las normas de derecho privado que rigen la responsabilidad civil no se aplican directa ni subsidiariamente, sino de manera analógica (arts. 1° de la Ley 26.944 y 1765 CCyC);
- (vi) la analogía resulta improcedente a) cuando la propia Ley 26.944 regula directamente los hechos materia del caso; o b) en cuestiones que la propia ley prohíbe.

4.2. La ley 26.944 tiene como finalidad regular una de las variables del derecho constitucional a no ser dañado. A tal efecto el régimen legal vigente brinda respuestas a los problemas tradiciones del derecho de la responsabilidad estatal. En ese sentido sus líneas rectoras determinan que la responsabilidad del Estado:

- (i) es objetiva (arts. 1°, 3° y 4° de la Ley 26.944) y directa (art. 1° y 6°, de la Ley 26.944), no es subsidiaria del agente o funcionario;
- (ii) el derecho a la reparación nace frente a la actividad o inactividad —formal o material— ilegítimas de los órganos o entes estatales (art. 3°, LRE), como también en relación con las actuaciones, formales y materiales, lícitas de aquellos, siempre que se acredite un sacrificio especial en aras del interés público (art. 4°, Ley 26.944);
- (iii) asume como clave de bóveda a los factores de atribución “falta de servicio” (art. 3°, inc. d) y “sacrificio especial” (art. 4°, inc. d);
- (iv) en el esquema sistemático de ordenación vigente la relación de causalidad (artículos 3°, inciso c, y 4°, inciso c) está llamada a cumplir una doble función. De un lado, conecta el hecho generador con el daño

y, a la vez, fija - extiende, pero también limita- el alcance de las consecuencias indemnizables;

(v) De consiguiente, en la Ley 26.944 el régimen jurídico de la relación de causalidad –tanto la que concierne a la determinabilidad del vínculo de conectividad como la relativa al alcance de las consecuencias resarcibles- exhibe modulaciones según la clase o tipo de factor de atribución aplicable.

(vi) Sin embargo, sea que concurra el factor de atribución falta de servicio o sacrificio especial, en todos aquellos supuestos en que el hecho generador produzca una lesión sobre derechos humanos fundamentales indisponibles la reparación se satisface mediante el pleno restablecimiento de la dignidad lesionada.



**COMENTARIO
A JURISPRUDENCIA Y
DICTÁMENES DE LA PTN**

LORENA EVA DASENCHICH

EL CASO “JULIANA” Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

REFLEXIONES EN RELACIÓN A SU RECEPCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

LORENA EVA DASENCHICH¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 241-259

Resumen: El presente trabajo reflexiona, a la luz de antecedentes judiciales extranjeros, como por ejemplo el “caso Juliana”, sobre la posibilidad de recepción del sujeto colectivo y futuro de las próximas generaciones, tanto en el ordenamiento jurídico local, como en los procesos judiciales relativos al cambio climático.

Palabras clave: Equidad intergeneracional; Caso “Juliana”; Cambio climático.

Abstract: The present work reflects, in the light of foreign judicial antecedents, such as the “Juliana case”, on the possibility of reception of the future and collective subject of the next generations, both in the local legal system, and in the climate change judicial processes.

Keywords: Intergenerational equity; “Juliana” case; Climate change.

¹ Abogada (U.N.C.), Notaria (U.N.C.), Maestranda en etapa de elaboración de tesis Maestría en Administración Pública (IIFAP, U.N.C.), Auxiliar Docente de Profesor Ayudante “A” Dedicación Simple en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, U.N.C.). Directora de Jurisdicción de Asuntos Legales, Ministerio de Obras, Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo “Dr. Félix Sarria” (Facultad de Derecho, U.N.C.). Correo electrónico: lorena.dasenchich@unc.edu.ar



1. PALABRAS INTRODUCTORIAS

El presente trabajo se plantea como un humilde y breve ejercicio de reflexión e invitación al debate, sin analizar específicamente las particularidades procesales y jurisprudenciales de nuestro sistema jurídico local, sino tratando de poner en juego novedosas iniciativas socio-jurídicas en materia de cambio climático, instadas por un cierto grupo etario y que se desarrollan en el ámbito internacional, relativas al ejercicio de derechos, construcción de principios jurídicos, ciudadanía y la innovación en cuanto las vías procesales para hacerlo.

Todo ello, en el marco de la denominada posmodernidad o “modernidad líquida” (Bauman,1996), definida por Beck (2002) como una “modernidad reflexiva” o “segunda modernidad” nutrida de la conceptualización que Giddens (1997) realiza del Estado de Bienestar como creación de un espacio público de “imaginarios simbólicos”², con el objetivo de construir una Nación, bajo la idea de un *nosotros*.

En este contexto, entendemos que el actor estatal asume la responsabilidad de crear las condiciones materiales (económicas, de infraestructura y los espacios organizativos en su interior) para el desarrollo gubernativo, un modelo de solidaridad basado en un consenso operativo donde la economía es gobernada por la política (Offe, 1990); es decir, lo que denominamos *bien común*, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, que debe necesariamente incluir al sujeto colectivo y futuro de las próximas generaciones.

“Me han robado mis sueños y mi infancia con sus palabras vacías. Y sin embargo, soy de los afortunados. La gente está sufriendo. La gente se está muriendo. Ecosistemas enteros están colapsando. Estamos en el comienzo de una extinción masiva. Y de lo único que pueden hablar es de dinero y cuentos de hadas de crecimiento económico eterno. ¿Cómo se atreven?. Por más de 30 años, la ciencia ha sido clarísima. ¿Cómo se atreven a seguir mirando hacia otro lado y venir aquí diciendo que están haciendo lo

² Una democracia dialógica, Estado generativo de bienestar positivo y una “lógica de vida”, como formas de política que exceden la representación.

³ OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 y OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

suficiente, cuando la política y las soluciones necesarias aún no están a la vista? Nos están fallando. Pero los jóvenes están empezando a entender su traición. Los ojos de todas las generaciones futuras están sobre ustedes. Y si eligen fallarnos, nunca los perdonaremos.”

Discurso de Greta Thunberg en la cumbre de Acción del clima en las Naciones Unidas, Nueva York, del 23 de septiembre del año 2019.

“21 jóvenes sientan en el banquillo a EE UU por el cambio climático”⁴, “La Juventud contra el Gobierno”, “#youthvgov”, así titulaban los principales medios periodísticos internacionales un fascinante proceso judicial iniciado por 21 jóvenes entre 9 y 18 años que en el año 2015 demandaron al gobierno de los EEUU (“Juliana v. United States” constitutional climate lawsuit Case 6:15-cv-01517-TC Filed 09/10/15) por considerar que con sus acciones, al provocar (o no limitar adecuadamente) el cambio climático deliberadamente, habóam puesto en peligro sus derechos constitucionales a la vida, libertad y propiedad, y habían incumplido su deber de proteger recursos públicos esenciales⁵.

¿Qué se plantea en concreto? En un caso de *justicia intergeneracional*, los demandantes sostienen que como tendrán, en promedio, que convivir con las repercusiones del calentamiento global durante mucho más tiempo que cualquier otro, la incapacidad por parte del gobierno de proteger el medio ambiente (o su capacidad de alterarlo), viola sus derechos constitucionales a igual protección según la ley y el debido proceso. El proceso se desarrolla en la Corte de Distrito de Eugene, Oregón, la primera instancia de la Justicia federal.

¿Latinoamérica es ajena a este tipo de procesos? No. Durante el año 2018, la Corte Suprema de Justicia Colombiana⁶ resolvió el caso

⁴ Guimón, Pablo (2018) “21 jóvenes sientan en el banquillo a EE UU por el cambio climático”. elpaís.com Recuperado de:

⁴https://elpais.com/sociedad/2018/10/21/actualidad/1540142696_429722.html [15/03/2021].

⁵ Según afirma: Juliana v. United States (s.f.) www.youthvgov.org Recuperado de: <https://www.youthvgov.org/our-case> [15/03/2021].

⁶ Como antecedentes directos del citado fallo, en diversas sentencias la Corte Constitucional de Colombia hace referencia a los derechos de las generaciones

instado por 25 niños, adolescentes y jóvenes adultos, entre 7 y 25 años, en relación al “*incremento de la deforestación en el Amazonas*”⁷. Los accionantes se identificaron como “*la generación futura que enfrentará los efectos del cambio climático en el período 2041-2070 y 2071-2100*”.

¿Qué resolvió el máximo órgano judicial de Colombia? Legitimación activa amplia, peligro de daño, incumplimientos internacionales, responsabilidad del Estado y necesidad de políticas públicas participativas. No sólo realizó una interpretación amplia de la legitimación activa, sino que también concluyó que existe real peligro de daño y que el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero provocado por la deforestación de la selva amazónica generaría un incremento en la temperatura del país. Plantea el incumplimiento del Acuerdo de París, y resuelve que el Estado colombiano no ha enfrentado eficientemente la deforestación pese a existir numerosa normatividad y jurisprudencia sobre la materia, y que corresponde a las autoridades “responder eficazmente” al problema advertido. Finalmente, en otras exhortaciones, ordena a las autoridades a que formulen (con la participación de los accionantes, las comunidades afectadas y la población interesada) un plan de acción que contrarreste la deforestación y haga frente a los efectos del cambio climático.

Ahora bien, a modo de ejercicio reflexivo, me gustaría vincular y realizar un paralelismo entre algunos de los principales argumentos esgrimidos en el caso “Juliana” para fundamentar la posición del grupo de jóvenes, y las construcciones legales y jurisprudenciales locales.

2. LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL, LEGÍTIMA EXPECTATIVA, Y LA DOCTRINA DEL FIDEICOMISO PÚBLICO

“Es como si estás en el asiento trasero de un coche con tus hijos. Todos nosotros, y las generaciones futuras,

futuras de manera genérica, a saber, Sentencia T-411/92, Sentencia C-526/94, Sentencia C-649/97, Sentencia C-126/98, Sentencia T-760/07 (Salino, 2014: 88-89).

⁷ El texto completo de la sentencia (SCT4360-2018) está disponible en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>

estamos en ese asiento trasero. Y hay un solo conductor que se llama Donald Trump. Él sabe que está dirigiendo el coche hacia el precipicio climático, y no solo no está frenando, sino que está pisando el acelerador con más fuerza. La pregunta es: ¿quieres que un agente de policía detenga el coche antes de caer por el precipicio?” Profesora Mary Christina Wood, profesora de ley ambiental en la Universidad de Oregon.

“Plaintiffs are an insular minority with no voting rights and little, if any, political power or influence over Defendants and their actions concerning fossil fuels (...).” Punto 294 de la constitutional climate lawsuit presentada por KELSEY CASCADIA ROSE JULIANA y otros.

Los jóvenes que demandaron a la administración del gobierno de los EEUU, plantearon que *“Plaintiffs should be treated as protected classes because the overwhelming majority of harmful effects caused by the acts of Defendants will occur in the future”*⁸. Es decir, esgrimieron la necesidad de una protección especial para el grupo afectado, atento su edad, incapacidad de participar de las elecciones y casi nulo poder político, al no constituirse ni siquiera como una “minoría política” (Amaya:2014).

El referido caso, es un claro ejemplo de *“justicia intergeneracional”*⁹, que excede en demasía el concepto de *“justicia ambiental y climática”*¹⁰,

⁸ Punto 297 de la constitutional climate lawsuit presentada por KELSEY CASCADIA ROSE JULIANA y otros.

⁹ Para desarrollar las distintas teorías sobre justicia intergeneracional 1. Justicia como reciprocidad indirecta, 2. Justicia como ventaja mutua, 3. Teoría de la suficiencia y 4. El igualitarismo Rawlsiano. VER a Gragera Junco, José Manuel “Justificación de las Obligaciones en la justicia intergeneracional” OXÍMORA REVISTA INTERNACIONAL DE ÉTICA Y POLÍTICA NÚM. 12. ENE-JUN 2018. ISSN 2014-7708. PP. 140-159 <http://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/viewFile/20396/22965>

¹⁰ El concepto de justicia climática es una forma de justicia que deriva del movimiento de justicia ambiental nacido en Estados Unidos, con el fin de luchar contra la localización de instalaciones contaminantes, en particular, plantas para el tratamiento de residuos en barrios de minorías raciales o de

y se sustenta en el principio de “*equidad intergeneracional*”, “*solidaridad intergeneracional*”¹¹ o “*justicia entre generaciones*”¹², basado en la

ciudadanos con bajos ingresos económicos. Ambas, tanto en su ámbito interno como externo, surgen como resultado de un fenómeno que atenta contra la vida humana y perpetúa la pobreza: una geopolítica preponderante del abuso sobre la soberanía de los recursos naturales, dentro y fuera de los límites nacionales, que solo beneficia a los países más enriquecidos. OSOFSKY, Hari M., “Learning from Environmental Justice: A New Model for International Environmental Rights”, *Stanford Environmental Law Journal*, vol. 24, 2005, p. 71. De la misma forma que el movimiento por la justicia ambiental, la justicia climática surge a raíz de las principales reivindicaciones de los países y comunidades más pobres afectadas por las consecuencias del calentamiento climático, acrecentadas por una serie de factores como son: la abrumadora evidencia científica de que el cambio climático no sólo está ocurriendo, sino que representa una gran preocupación para la comunidad internacional; al progreso frustrante de las negociaciones climáticas, en el ámbito de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 9 de mayo 1992, UNTS vol. 1771, p. 107.); y las insuficientes e insatisfactorias regulaciones y políticas climáticas estatales. Expresándose en movimientos sociales de base que centran sus reivindicaciones en la realización de tres dimensiones: la distributiva, la procedimental y la restauradora. file:///C:/Users/lore_/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/6729-13546-1-PB%20(1).pdf

¹¹ “Laudato Si”, Carta encíclica del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común, Párrafo 159. “*La noción de bien común incorpora también a las generaciones futuras. Las crisis económicas internacionales han mostrado con crudeza los efectos dañinos que trae aparejado el desconocimiento de un destino común, del cual no pueden ser excluidos quienes vienen detrás de nosotros. Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional. Cuando pensamos en la situación en que se deja el planeta a las generaciones futuras, entramos en otra lógica, la del don gratuito que recibimos y comunicamos. Si la tierra nos es donada, ya no podemos pensar sólo desde un criterio utilitarista de eficiencia y productividad para el beneficio individual. No estamos hablando de una actitud opcional, sino de una cuestión básica de justicia, ya que la tierra que recibimos pertenece también a los que vendrán. Los Obispos de Portugal han exhortado a asumir este deber de justicia: «El ambiente se sitúa en la lógica de la recepción. Es un préstamo que cada generación recibe y debe transmitir a la generación siguiente». Una ecología integral posee esa mirada amplia*”.

¹² La idea de justicia entre generaciones a través de la figura de un fideicomiso planetario por el cual una sociedad debe asumir obligaciones para la conservación de la calidad y diversidad del ambiente. Toda generación tiene derecho a disfrutar de la herencia cultural y natural legada por las generaciones pasadas y

perspectiva del desarrollo sustentable¹³, e implica no sólo determinar las obligaciones y/o responsabilidades respecto a los derechos humanos¹⁴ de las generaciones presentes (justicia intrageneracional) y las futuras (justicia intergeneracional), sino también “*entablar un diálogo ambiental entre poderes y diferentes Estados que permita brindar eficacia a aquellas declaraciones y acuerdos suscritos como consecuencia del trabajo conjunto de las naciones del mundo*”¹⁵. Es decir, la obligación de incluir en nuestros procesos deliberativos los posibles intereses de un sujeto colectivo y futuro, el de las generaciones que no tendrán ninguna trascendencia en nuestras vidas.

Este concepto, incorpora la figura de prevención de daños futuros, en el sentido que las generaciones presentes tienen la obligación de articular un régimen del cambio climático lo suficientemente eficaz para proteger los derechos humanos de las próximas generaciones¹⁶. ¿Cuál es el planteo central? la prevención del daño, que establece el mandato de evitar el daño y la diligencia debida, centrada en la protección de los derechos humanos más básicos¹⁷; la obligación recae básicamente

el deber de transferir el planeta en iguales condiciones en las que lo ha heredado. WEISS, Edith B; “*Principios de equidad intergeneracional en materia ambiental*” en “*Ambiente y Recursos Naturales*”, Vol. IV, octubre-diciembre 1987, Ed. La Ley, p. 64/69.

¹³ Desarrollo Sostenible (s.f.) [www.un.org](https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml) Recuperado de: <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml> Afirma: “*Se define «el desarrollo sostenible como la satisfacción de «las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades».* (Informe titulado «*Nuestro futuro común*» de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo), *el desarrollo sostenible ha emergido como el principio rector para el desarrollo mundial a largo plazo. Consta de tres pilares, el desarrollo sostenible trata de lograr, de manera equilibrada, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente*”.

¹⁴ Entendiendo el derecho al medio ambiente sano como un derecho humano. Oc 23/2017 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁵ SABSAY, Daniel A. y FERNÁNDEZ, Cristian H. “*Principios de solidaridad, cooperación y equidad intergeneracional*” AR/DOC/315/2017.

¹⁶ LAWRENCE, Peter, Justice for Future Generations. Climate Change and International Law, Edward Elgar, 2014, ps. 72-74.

¹⁷ Es decir, el derecho a la vida, a la salud y a la subsistencia, esenciales para la dignidad humana, tanto de manera intra como inter generacional.

sobre las generaciones presentes, e implica una abstención de causar daños a otros seres humanos, que se extiende en el futuro. La cuestión es determinar el contenido y extensión de la misma¹⁸, y si el derecho a ser protegido o el derecho de reclamar tal protección, son extensibles a las generaciones venideras¹⁹.

En nuestro país, se consagra explícitamente el principio de “equidad intergeneracional” en el artículo 41 de la Constitución Nacional²⁰,

¹⁸ Drnas de Clément, Zlata ASPECTOS CONCEPTUALES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL <http://secretarias.unc.edu.ar/> Recuperado de: <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artprincipioprecaucion> [15/03/2021] Afirma: “(...) es necesario percibir al principio de precaución en dos niveles profundamente diferenciados de situación: a) cuando se teme que las actividades puedan causar daños graves, irreversibles, catastróficos al medio ambiente; b) cuando se supone que las actividades pueden ser peligrosas para la conservación y preservación del medio ambiente. En el primer caso, se impone la proscripción de la actividad hasta que se alcancen certidumbres que permitan adoptar previsiones capaces de neutralizar el peligro; en el segundo caso se requiere la adopción de medidas que permitan reducir al mínimo los eventuales efectos perjudiciales antes autorizar la actividad”.

¹⁹ Según VANDERHEIDEN, este no es un problema si se es capaz de asumir un daño previsible a los derechos humanos de las personas futuras. VANDERHEIDEN, Steve, Atmospheric Justice: A Political Theory of Climate Change, Oxford University Press, 2008, p. 137. El debate de fondo es explicado por la Profesora Zlata Drnas de Clément “Se ha buscado explicar las posiciones en torno a cómo debe entenderse al principio de precaución desde la perspectiva del desarrollo sustentable. En tal sentido, quienes sostienen una sustentabilidad fuerte pretenden una dura y dinámica aplicación del principio de precaución, basados en la solidaridad intergeneracional. Quienes se inclinan por una sustentabilidad débil, proporcional, justificada económica o socialmente, propugnan una aplicación débil del principio, basada en la relación costo-beneficio (un costo natural que confía en la capacidad de la tecnología para recuperar los eventuales daños a la naturaleza), pero cuidando que no dañe los precios de mercado”. Ob. Citada.

²⁰ **Artículo 41.-** Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos

en la Ley General de Ambiente²¹ y numerosas cartas magnas provinciales²², y tanto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación como las instancias inferiores, han interpretado su contenido y alcance; sea de manera velada en *leading cases* históricos como el fallo Kattán²³ y Mendoza²⁴, o explícitamente en otras causas. ¿En qué términos se refiere el órgano judicial al mencionado principio? “*protección del medio ambiente como bien social de disfrute general e intergeneracional*”²⁵, “*en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675)*”²⁶, “*la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino*

de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. (...)

²¹ Ley N° 25.675 ARTICULO 4° — *La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.* Asimismo, dentro de los objetivos de la misma ley, se contempla una referencia expresa al determinarse que entre ellos debe estarse por “*promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria*” (art. 2° b).

²² A modo de ejemplo, Constitución de Entre Ríos (art. 22-83), Chubut (art. 109), Córdoba (art. 68), Mendoza (art. 1°), La Rioja (art. 66), Buenos Aires (art. 28), Corrientes (art. 49), Neuquén (art. 54), Santa Cruz (art. 73), Santiago del Estero (art. 35) y, también, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 26).

²³ KATTAN, ALBERTO E. Y OTRO C. GOBIERNO NACIONAL -PODER EJECUTIVO 10/05/1983 Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso-administrativo Federal Nro. 2 (JNFedContencioso administrativo) (Nro2) LA LEY 1983-D, 576

²⁴ CSJN Mendoza, Beatriz Silvia y otros e/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios – daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo, 08/07/2008.

²⁵ Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P. F. S.A. y otros s/ daño ambiental - 29/08/2006 - Fallos: 329 : 3493 Disidencia de los señores ministro doctores Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, considerando 15.

²⁶ La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas. Fecha: 01/12/2017. “*Frente al desentendimiento entre dos provincias (en la especie las*

*por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras*²⁷, entre otros.

Ahora bien, sin perjuicio de la innegable recepción constitucional del referido principio, Berros (2012) sostiene que los jueces lo utilizan como “*refuerzo argumental ante problemáticas ambientales de la más variada raigambre*”, es decir, vinculándolo siempre con otros, como una regla más para la argumentación de la interpretación elegida (Guastini, 2018: 76).

En adición, el Código Civil y Comercial de la Nación, incorporó en su art.240²⁸ el límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, en cuanto “*no afecten el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*” y la obligación de respetar las leyes de presupuestos mínimos aplicables²⁹.

Sin perjuicio de la aprobación en el año 1993 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático³⁰, especial mención merece la sanción a fines del año 2019, de la Ley N° 27.520 de Pre-

de La Pampa y Mendoza) que se ha mantenido durante décadas, se hace necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias; con mayor razón aun cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675)”

²⁷ Fallo CSJN Salas Dino de fecha 26 de marzo de 2009.

²⁸ ARTICULO 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

²⁹ ARTICULO 241.- Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

³⁰ Ley N° 24.295.

supuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global, que si bien implicó un enorme avance en la institucionalización³¹ y reconocimiento de la problemática ambiental específica, al definir “vulnerabilidad”³², omite mencionar explícitamente a las generaciones futuras, como tampoco prevé sanciones específicas para los incumplimientos del Estado en relación a las obligaciones allí prescriptas.

Finalizando el año 2020, el Poder Ejecutivo Nacional presentó la “Estrategia a largo plazo 2050”, con el objetivo de alcanzar un desarrollo neutral en carbono en esa fecha, y el “Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático”, cristalizado en la presentación de un nuevo compromiso internacional con el documento de la Segunda Contribución Determinada a Nivel Nacional, donde se establece el aporte que realizará nuestro país para lograr los objetivos del Acuerdo de París³³.

Por su parte, la profesora Mary Christina Wood (2009) explica la “*public trust doctrine*” (doctrina del fideicomiso público), argumento central del caso “Juliana”, entendiendo que “*La atmósfera es un bien común de la gente. El gobierno es un fideicomisario de ese bien. (...) Se puede considerar hasta como un atributo de la soberanía, o sea, una obligación del gobierno de proteger nuestros recursos naturales. La atmósfera es uno de esos recursos naturales. De hecho, es el recurso más importante en nuestro fideicomiso porque sostiene a todo lo demás. Aunque las Cortes no se han enfocado en el cambio climático, existen muchos casos que establecen claramente que el gobierno tiene que*

³¹ Por ejemplo, al crear, en su artículo 7°, el Gabinete Nacional de Cambio Climático. <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/cambio-climatico/gabinete-nacional>

³² Art.2 “d” Ley N° 27.520 “*Vulnerabilidad: Sensibilidad o susceptibilidad del medio físico, de los sistemas naturales y de los diversos grupos sociales a sufrir modificaciones negativas que puedan producirse por los efectos del cambio climático, incluida la variabilidad climática y los fenómenos extremos. La vulnerabilidad está en función del carácter, magnitud y velocidad de la variación climática al que se encuentra expuesto un sistema natural o humano, su sensibilidad y su capacidad de adaptación.*”

³³ Cambio climático: Ambiente oficializó la Segunda Contribución Determinada a Nivel Nacional 31/12/2020 <https://www.argentina.gob.ar/> Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cambio-climatico-ambiente-oficializo-la-segunda-contribucion-determinada-nivel-nacional> [15/03/2021]

*proteger nuestra vida silvestre, nuestras aguas y corrientes. El gobierno no está en libertad de permitir que nuestro fideicomiso sea destruido. Así es que el gobierno tiene una obligación fiduciaria (obligación como fiduciario) que ahora, gracias a los científicos, puede ser aplicada en términos específicos que el pueblo pueda hacer cumplir*³⁴.

En el fondo se trata de definir el contenido de la responsabilidad del Estado, y encontrar una vía procesal idónea para exigir su cumplimiento.

“Una corte no le va a dictar al gobierno como lograr la reducción del carbono. Esto le corresponde a las ramas políticas y a los ciudadanos. Pero la corte podría imponer la reducción del carbono y tener un método por medio del cual los ciudadanos puedan saber si el gobierno está o no protegiendo sus recursos. Podrían establecerse mandatos judiciales como respaldo. Si los oficiales de gobierno no rinden como fideicomisarios, estarían sujetos a desacato al tribunal o a mandatos tales como el prohibir la explotación forestal, la construcción de carreteras y otras actividades que contribuyen carbono.”³⁵

Ahora bien, en nuestra jurisprudencia se construyó el principio de “legítima expectativa”, como respuesta a las negaciones de la actuación estatal a los derechos de las personas, en especial frente a las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país en materia ambiental³⁶. Es decir, “*Si el Ejecutivo asume en forma expresa o práctica*

³⁴ ARTICULO DE FONDO: Calentamiento global: Hacia el punto de inflexión inexorable Entrevista a Mary Christina Wood a cargo de Carla Wise 01/05/2019 Recuperado de: <https://www.sistersofmercy.org/espanol/sobrenosotros/noticias-y-eventos/articulo-de-fondo-calentamiento-global-hacia-el-punto-de-inflexion-inexorable/> [15/03/2021] ¿Qué solución científica plantea Wood? La receta para controlar las emisiones, implica reducirlas por un cuatro por ciento anual enseguida y finalmente lograr reducirlas por un 80 por ciento para el 2050.

³⁵ VANDERHEIDEN 2008 Ob. Citada.

³⁶ No sólo con la incorporación al bloque de constitucionalidad de numerosos tratados sobre derechos humanos con la reforma constitucional del año 1994, sino también al haber ratificado, por ejemplo, el Acuerdo de París Ley N° 27.270 del año 2015. Ver declaraciones de representantes de nuestro país en la Cumbre Climática de Nueva York del año 2019 <https://argentinambiental.com/notas/ecopress/argentina-ratifico-que-cumplira-con-las-metas-del-acuerdo-de-paris/>

*un comportamiento determinado, el particular espera que tal actitud será ulteriormente seguida... ello es fundamental para el buen gobierno y sería monstruoso si el Ejecutivo pudiera renegar libremente de sus compromisos, la confianza pública en el gobierno no debe quedar indefensa*³⁷.

Siguiendo al profesor Coviello (2019), este principio ha tenido importante recepción en distintos fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia, sea en materia patrimonial³⁸, de salud³⁹, o de empleo público⁴⁰, entre otros, y se erige como una forma de control de la Administración; debiendo comprobarse la existencia de una situación subjetiva de

³⁷ Cita de Forsyth en artículo publicado por Coviello, Pedro J. J. en la Revista El Derecho con fecha 4 de mayo de 1998 (Tomo 177 pág. 894)

³⁸ Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad s/ part. accionariado obrero. SENTENCIA 12 de Agosto de 2008 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Considerando 20. “El orden jurídico de la Nación debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Y, sin dudas, el mal es mayor cuando quien defrauda la confianza que ha producido es el Estado”; “sino que por el contrario se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los trabajadores, frustratorio de las legítimas expectativas que posean como acreedores”

³⁹ Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. SENTENCIA 1 de Junio de 2000 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Considerando 18 “El Estado Nacional por su parte, si bien no aseguró la erradicación de la enfermedad -dado que cuando está en juego la ciencia médica el “resultado” tiene un valor relativo-, sentó las bases para luchar contra ella y se comprometió a organizar los esfuerzos para lograrlo. Es decir, que asumió una tarea de coordinación en la implementación del Programa Nacional de Lucha contra el SIDA. Se deduce en consecuencia, que en los casos en que exista un incumplimiento concreto y probado de los gobiernos locales (vgr. falta de entrega en tiempo y forma de la medicación), el Gobierno Nacional debe responder frente a los damnificados”

⁴⁰ Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.) s/ indemnización por despido SENTENCIA 6 de Abril de 2010 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Considerando 6 “el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”

confianza (buena fe del buen padre de familia y/o buen comerciante) y un hecho generador idóneo para producir la confianza.

En este sentido, el Código Civil Comercial de la Nación, en su art. 2 incorpora como técnica de interpretación “*las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”; y en su art.1067⁴¹, referido a la interpretación de los contratos, explicita el principio de protección de la confianza y lealtad.

3. INTERROGANTES DE CIERRE

“Argentina trabaja «en la elaboración de su Plan Nacional de Adaptación y en la estrategia de desarrollo bajo en emisiones,» lo que permitirá «una economía baja en carbono al 2050». «En 2016, la Argentina ratificó el Acuerdo de París y presentó una revisión de su Contribución Determinada a Nivel Nacional, siendo el primer país en hacerlo» y se comprometió en ese año «con una meta absoluta de no exceder la emisión neta de 483 millones de toneladas de dióxido de carbono equivalente en el año 2030», detalló Cancillería”⁴².

“(...) el documento de la Segunda Contribución Determinada a Nivel Nacional (...) establece que Argentina no excederá las 359 MtCO₂eq al año 2030 —lo que representa limitar las emisiones de estos gases a un nivel 26 % inferior a lo comprometido en 2016, en la anterior contribución”⁴³

⁴¹ ARTICULO 1067.- Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

⁴² Cambio climático: Argentina ratificó que cumplirá con las metas del Acuerdo de París 23/09/2019 /www.lavoz.com.ar/ Recuperado de: <https://www.lavoz.com.ar/politica/cambio-climatico-argentina-ratifico-que-cumplira-con-metas-del-acuerdo-de-paris> [15/03/2021]

⁴³ Cambio climático: Ambiente oficializó la Segunda Contribución Determinada a Nivel Nacional 31/12/2020 <https://www.argentina.gob.ar/> Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cambio-climatico-ambiente-oficializo-la-segunda-contribucion-determinada-nivel-nacional> [15/03/2021]

Cabría preguntarnos, ¿sería factible interponer una acción similar al caso “Juliana” o la experiencia colombiana mencionada, si el Gobierno Nacional incumple las citadas metas en el marco del Acuerdo de París?

A los fines de sortear el obstáculo, tanto de las normas procesales que restringen la legitimación, el vacío normativo en la regulación de las acciones colectivas a nivel nacional⁴⁴ y la exigencia del “caso” para su tratamiento judicial⁴⁵, como la limitación impuesta por la Ley N° 26.944 en relación a la responsabilidad del Estado por su actividad e inactividad ilegítima⁴⁶, ¿podría nuestra Corte Suprema de Justicia expedirse en términos tan categóricos como su par de Colombia en relación al cambio climático? ¿los principios de equidad intergeneracional y legítima expectativa servirían de “cuña expansiva”⁴⁷ en la

⁴⁴ Lo que motivó la decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia en el fallo “Halabi” y la jurisprudencia posterior y el dictado de las Acordadas 32/2014 y 12/2016.

⁴⁵ Schröder, Juan c/ INVAP S.E. y E.N. s/ amparo - 04/05/2010 - Fallos: 333:570 Considerando 10. “*Que la acción interpuesta por Juan Schröder puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo (la defensa del medio ambiente). Tanto en este supuesto como cuando se trata de la tutela de derechos individuales o de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (artículo 116 de la Constitución Nacional; artículo 2° de la ley 27; y Fallos: 310:2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326:3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros) desde que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, sino decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 130:157; 243:176; 256:104; 263:397, entre muchos otros) que deben ser actuales*”.

⁴⁶ Art. 3 inc. “d” “Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un **deber normativo de actuación expreso y determinado**”. Importante doctrina, entiende que esta previsión se contradice con la jurisprudencia previa de nuestra Corte Suprema de Justicia. En materia de responsabilidad por omisión, el mencionado órgano judicial, entendía que quedaba encuadrada en el art. 1112 del derogado Código Civil y para que proceda la reparación no resultaba necesario que el actuar estatal esté extremadamente precisado en una norma, sino que bastaba con que del ordenamiento integralmente considerado surja la obligación de actuar (por ejemplo, en materia de seguridad o salud pública).

⁴⁷ CAFFERATTA, Néstor A. “El ascenso de los principios de derecho ambiental”, AP/DOC/1149/2017.

argumentación de casos difíciles referidos a la materia? ¿el texto del Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica⁴⁸ aborda la problemática? ¿cabría su aplicación analógica o en el marco de una argumentación judicial? ¿el proyecto de ley de Acceso a la Justicia Colectiva que busca regular los procesos colectivos a nivel nacional⁴⁹ y tuvo tratamiento legislativo, prevé la situación del sujeto colectivo y futuro? ¿existen regulaciones provinciales de acciones colectivas que lo incluyan? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿cabría su aplicación analógica en otras jurisdicciones?

Todo ello, en un contexto de sociedad de riesgo⁵⁰ e incertidumbres, donde incluso la ciencia se encuentra cuestionada. A modo de ejemplo, basta mencionar el procesamiento⁵¹ de los técnicos funcionarios a cargo del diseño del Inventario Nacional de Glaciares exigido por la ley de presupuestos mínimos N° 26.639, por impedir que fueran precisamente inventariados, conocidos y por lo tanto protegidos, muchos cuerpos de hielo existentes en la zona Lama-Veladero donde se asienta la mina “Barrick Gold”.

¿Es posible entender a las generaciones futuras como un “grupo en situación de vulnerabilidad” o, utilizando un lenguaje más preciso y centrado en la dignidad intrínseca del ser humano, “grupo vulnerado” y en consecuencia darle una especial legitimación procesal? en su caso, ¿quién podría invocar su representación? Sin poder obviar la realidad local, donde hace más de 10 años que no designa el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, y en la Provincia de Córdoba, a modo de ejemplo, el mismo no tiene legitimación procesal⁵².

⁴⁸ Aprobado en Caracas el 28/10/2004

⁴⁹ Recuperado de <http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=235&fbclid=IwAR1q3S-zdJNBjv30-cJ18gZzQVPSQ5QVQHs5hbFl-ZYDolnw-xBbzTQuMo> [15/03/2021]

⁵⁰ Ulrich Beck “La sociedad del riesgo – Hacia una nueva Modernidad” PAIDÓS 1998 España.

⁵¹ <https://www.cij.gov.ar/nota-28650-El-juez-Casanello-proces--a-ex-titulares-de-la-Secretar-a-de-Ambiente-por-vulnerar-la-ley-de-glaciares.html>

⁵² *Art.11 Ley 7741.- En el ejercicio de estas funciones NO podrá el Defensor del Pueblo examinar los criterios de oportunidad y conveniencia, que serán resorte exclusivo del poder político. Asimismo, NO podrá intervenir en casos o asuntos que estén sometidas a la competencia del Poder Judicial de la Provincia. Art.16*

¿Resulta viable aplicar el referido artículo 1067 del Nuevo Código Civil y Comercial para hacer responsable al Estado (en cualquiera de sus niveles) por el eventual incumplimiento de los compromisos asumidos por el Gobierno Nacional a nivel internacional y lo previsto en nuestra carta magna nacional, leyes de presupuestos mínimos y normativa provincial?

Los movimientos sociales en relación al tema, ¿invitan a ensayar mecanismos y experiencias de “deliberación inclusiva”, siguiendo a Gargarella (2020), en el entendimiento que no basta ya el reconocimiento de los derechos, sino la imperiosa necesidad de reconfigurar los espacios de poder a través de la deliberación pública que permita la representación de los diversos intereses del individuo en la sociedad? A modo de ejemplo, podemos citar la reciente “ley Yolanda”⁵³ y la obligación que contiene de asegurar la participación ciudadana en el proceso de elaboración de los lineamientos generales de las capacitaciones obligatorias sobre cambio climático, para personas que se desempeñen en la función pública nacional.

La incorporación del sujeto colectivo y futuro en los debates relativos a las políticas públicas y legislaciones e interpretaciones del órgano judicial, ¿refuerzan y actualizan la ética del Estado, en cuanto su elemento teleológico es el “bien común”⁵⁴, con eje central en la dignidad y libertad de la persona?

Ley 7741.- En ningún caso podrá el Defensor del Pueblo modificar, sustituir o dejar sin efecto decisiones administrativas, ni requerir decisiones de los Tribunales de Justicia.

⁵³ Ley N° 27.592 PBO 15/12/2020 Art. 3°- Lineamientos generales. La autoridad de aplicación deberá establecer dentro de los noventa (90) días posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley los lineamientos generales destinados a las capacitaciones resultantes de lo establecido en la presente ley, procurando que dichos lineamientos incorporen tanto las dimensiones de sensibilización como de transmisión de conocimientos. Art. 4°- Participación pública. La autoridad de aplicación deberá garantizar la participación de instituciones científicas especializadas en la materia, así como de la sociedad civil y sus organizaciones, en el marco del proceso de confección de los lineamientos generales establecidos en el artículo precedente.

⁵⁴ En relación al concepto y contenido del “bien común” ver “El bien común y el nuevo paradigma del derecho administrativo” Repositorio Digital Universitario (RDU) de la Universidad Nacional de Córdoba el Libro Derecho y

Me gustaría finalizar con una frase que, a mi entender, resume lo que estos movimientos sociales reclaman... que la ley no sea letra muerta.

“Fool me once, shame on you; fool me twice, shame on me”⁵⁵.

4. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Amaya, Jorge Alejandro (2014) “Democracia y minoría política” Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Berros, María Valeria (2012) *“El principio de precaución en diálogo con el principio de equidad intergeneracional: algunos desafíos abiertos hacia el porvenir”* AR/DOC/8273/2012.
- Bauman, Zygmunt (1996) “Teoría sociológica de la posmodernidad” Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad Vol. II. No. 5 Enero/Abril <https://www.redalyc.org/pdf/138/13820504.pdf>
- Beck, Ulrich (2002) “La sociedad del riesgo global”, España, Siglo Veintiuno Editores.
- Coviello, Pedro J. J. (2019) en el marco del VII Congreso Internacional de abogacía pública, local y federal organizado por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 26 y 27 de septiembre de 2019. Conferencia titulada *“El principio la confianza legítima en situaciones vinculadas con la protección de los más vulnerables.”* Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=uoQnOaxR5do> [15/03/2021]
- Gargarella, Roberto (2020) “De la democracia participativa a la deliberación inclusiva: „mini-públicos“, loterías y Constituciones elaboradas por la ciudadanía (“crowdsourced”)”. „Curso de verano en línea: Nuevos dilemas del constitucionalismo comparado“ del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Sesión Nro.2 de fecha 4 de julio del año 2020, titulada “Democracia Deliberativa”.

Política en la encrucijada: problemas y perspectivas- DASENCHICH, Lorena Eva, Ubicación: Comunidades & Colecciones, Facultad de Derecho en la Colección de Congresos y Jornadas. Página 169. ISBN: 978-987-551-403-4 <http://hdl.handle.net/11086/14339>

⁵⁵ Dicho anglosajón.

- Guastini, Riccardo (2018) *“Interpretar y Argumentar”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Giddens, Anthony (1997) “Consecuencias de la modernidad”, Alianza, Madrid.
- Offe, Claus (1990) “Contradicciones en el Estado de Bienestar”. Ed. Alianza Universitaria, Madrid.
- Saulino, María Florencia (2014) “Las generaciones futuras como sujetos de derecho”. Tesis de Maestría. <https://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/1264/TESIS%20LAS%20GENERACIONES%20FUTURAS%20COMO%20SUJETOS%20DE%20DERECHO%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.



INVESTIGACIONES

VÍCTOR A. MALAVOLTA

SILVIA GARCÍA

FERNANDO DE VEGA

MARÍA F. M. ROBLEDO

LILIANA M. MENDEZ

ARIEL PANZINI

EUGENIO SIDERIS

RAÚL A. RODRÍGUEZ

FERNANDA PORTELA

MARÍA BELÉN JOSÉ

CONTRATACIONES PÚBLICAS EN EL EXTERIOR¹

VÍCTOR A. MALAVOLTA², SILVIA GARCÍA³,
FERNANDO DE VEGA⁴
Universidad de Buenos Aires - Argentina

MARÍA F. M. ROBLEDO⁵, LILIANA M. MENDEZ⁶
ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 263-280

¹ El presente artículo constituye una sinopsis del trabajo elaborado en el marco de la convocatoria a desarrollar investigaciones por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (2019-2020).

² Abogado (UCA). Cursó el Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica Argentina. Subsecretario de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

³ Abogada (UBA). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Especialista en Derecho Ambiental (UCA). Adscripta al Servicio Exterior de la Nación, Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

⁴ Abogado. (UBA). Especialista en Abogacía estatal, local y federal (Escuela de formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires). Jefe de Gabinete y asesor jurídico en la Subsecretaría de Fiscalización y Evaluación Ambiental del Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, Pcia. de Buenos Aires.

⁵ Abogada (UCA). Especialista en Derecho Procesal y Defensa del Estado - ECAE. Especialista en Contratos Administrativos - ECAE. Posgrado en Abogacía del Estado en la ECAE. Jefa de Gabinete Subsecretaría de Asuntos Registrales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

⁶ Abogada (UNL). Magíster en Abogacía del Estado (ECAE). Diplomado en Transparencia en Contrataciones Públicas (Universidad de La Coruña-Universidad de Castilla La Mancha). Asesora Letrada Subsecretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.



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



I. INTRODUCCIÓN

El Estado tiene como misión desarrollar aquellas tareas, constitucionalmente a su cargo, que resulten necesarias para la satisfacción del interés público comprometido y el bienestar general. La determinación de aquello que constituye una cuestión de interés público, no resulta de una decisión caprichosa, sino que es tomada a partir de la observación de la realidad social y la lectura de esta, a través de los instrumentos propios de la gestión pública.

Por otra parte, el Estado, como persona jurídica pública, lleva adelante su tarea a través de los diferentes organismos integrados por sujetos cuyas decisiones resultan imputables al primero. De allí, la importancia del compromiso con la función, pero sobre todo, de la existencia de reglas claras que guíen la conducta de los mismos, a la vez que establezcan los límites dentro de los cuales deben ejercer las competencias asignadas a la “función” que se desempeña.

En este sentido, el principio de legalidad es uno de los elementos esenciales en el desarrollo de la actividad administrativa, ya que el Poder Ejecutivo debe sujetarse necesariamente a las leyes dictadas por el Congreso. Dentro del bloque de legalidad -donde se mueve el Poder Ejecutivo- existe un grado de discrecionalidad en su accionar, respecto del cual Balbín⁷ sostiene que “(...) *el Legislador establece cuál es el campo de discreción o libertad por silencio o mandato expreso y, además, cuáles son los límites.*” En ese sentido, indica que el primer límite lo constituye la propia ley que otorga las facultades, seguido por el bloque de legalidad y finalmente, menciona el “principio de razonabilidad”.

La combinación del principio de legalidad y de razonabilidad constituye la base indiscutida del accionar de la Administración Pública, y aún más, de la conducta del Estado en el ámbito de las contrataciones públicas.

Es decir, cuando en la Administración Pública el Estado decide la realización de una contratación gestiona fondos públicos, de cuya utilización deberá dar cuenta en la oportunidad correspondiente. Hasta

⁷ Balbín, Carlos .Tratado de Derecho Administrativo. Cap. VII El ejercicio discrecional o reglado de las funciones administrativas. 2015. Pág. 150.

tanto llegue ese momento, aquella decisión debe poder dar razón - por sí misma- de los fundamentos que la avalan, es decir, que debe estar adecuadamente motivada, base indispensable para que el accionar del poder no se constituya en una medida arbitraria. Siguiendo a Balbín⁸, diremos que la decisión debe explicar “(a) el marco normativo; (b) el interés público comprometido; (c) los antecedentes del caso; (d) las opciones posibles; y (e) cuál es, el nexo entre tales antecedentes, el interés público –en el contexto del caso particular- y su decisorio”, nada de ello se debe dar por sobreentendido, todo ello debe expresarse de forma clara y precisa.

En ese orden, recordaremos que en las contrataciones públicas la regla general⁹ establece que los procedimientos de selección deben llevarse adelante mediante licitación o concurso público, y se habilitan -de manera excepcional-, los procedimientos de licitación o concurso privado y distintos supuestos de contratación directa.

Por su parte, el artículo 5° del Decreto Delegado N° 1023/01 enumera los contratos expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones Públicas. Por su parte, el artículo 3° del Decreto N° 1030/2016 también excluye dichos contratos del ámbito de aplicación del reglamento del citado régimen, e incorpora en la parte final del inc. c), como nuevo supuesto, a “[...] *las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior*”.

Ahora bien, esta última exclusión ha generado, desde el dictado del Decreto N° 1030/16 a la fecha, un sinnúmero de complicaciones por no existir normativa vigente en la cual los organismos competentes puedan encuadrar jurídicamente los procedimientos de selección que se desarrollan en el exterior.

Como se ha dicho, es misión del Estado satisfacer las necesidades ciudadanas y no resulta posible paralizar tales procedimientos por no contar con un trámite específico para ello. En consecuencia, surgen situaciones en las que -más allá de contarse con la debida justificación y ajustarse al principio de razonabilidad exigible a todo accionar

⁸ Ob. Cit. pág. 151.

⁹ Artículo 24 Decreto Delegado N° 1023/01

público- carecen de un marco normativo y, de algún modo, quedan libradas a la toma de decisión de los funcionarios que recurren, ante el vacío legal, a la aplicación de analogías para su resolución.

Estas especiales circunstancias, nos dan pie para investigar el tratamiento dado a las contrataciones de bienes y servicios en el exterior en los ámbitos nacional y provincial de la legislación argentina y en el derecho comparado, con el propósito de destacar la urgente necesidad del dictado de la reglamentación del régimen de contrataciones de la administración pública en el exterior, sobre la base de criterios que respeten los principios establecidos en el Decreto Delegado N° 1023/01 pero también que resulten de cumplimiento posible, en el marco de las diferentes normativas, usos y costumbres locales.

II. TRATAMIENTO NORMATIVO

1. **Ámbito nacional**

Resulta interesante comenzar recordando que la Ley N° 428 de 1870 exceptuaba a las compras realizadas en países extranjeros del cumplimiento de las normas referidas a compras públicas en el ámbito nacional (art. 33), requiriendo su autorización por el Poder Ejecutivo con Acuerdo de Ministros (art. 34), lo que demuestra un control diligente en aquellos casos excepcionales.

La Ley N° 12.961 de 1947, reemplazada en 1956 por el Decreto-Ley N° 23.354 (Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación y Contaduría General de la Nación, ratificado por la Ley N° 14.467) reafirmó -como principio fundamental de las contrataciones- la utilización de la licitación pública (art. 46), sin perjuicio de lo cual, se determinaron -en forma taxativa-, los casos en los que se podía utilizar la contratación directa (art. 47). Entre esos casos, se contempló a *“Las compras y locaciones que fuera menester efectuar en países extranjeros, siempre que no fuera posible realizar en ellos la licitación”*, manteniéndose, asimismo, la necesidad de autorización por el Poder Ejecutivo o la autoridad competente, pero sin mencionar, como requisito, el Acuerdo de Ministros.

Nos interesa destacar que el artículo 63 de la Ley N° 12.961 establecía, como dato novedoso que *“Las contrataciones que realicen las*

Fuerzas Armadas y entidades descentralizadas se regirán por las disposiciones específicas que sobre la materia contengan sus respectivas leyes orgánicas y especiales y, supletoriamente, por las de la presente ley”.

En el año 1973, se sancionó la Ley N° 20.124 cuyo artículo 1° dispuso: *“Las Fuerzas Armadas y los organismos que aún sin integrarlas les dependan, se regirán en materia de contrataciones por el régimen que instituye la presente Ley, con excepción de aquellos organismos que por la naturaleza de sus actividades o la imposición de sus respectivas reglamentaciones estatutarias tengan acordados regímenes especiales.”*

En tanto que el artículo 9° indicó: *“Las contrataciones que se efectúen en el extranjero por las disposiciones de la presente Ley, serán reglamentadas por el Poder Ejecutivo Nacional para sus respectivas jurisdicciones considerando que los procedimientos de aplicación podrán adaptarse a los usos y costumbres del comercio internacional.”* Como consecuencia, cada una de las Fuerzas Armadas contó con una reglamentación propia a los fines de la aplicación de dicha ley.

Más tarde, mediante el Decreto N° 436/2000 se dispuso la reglamentación de los artículos 55, 56, 61 y 62 del Capítulo VI de la Ley de Contabilidad Pública (Decreto-Ley N° 23.354, ratificado por la Ley N° 14.467), vigente en función de lo establecido por el artículo 137, inciso a) de la Ley N° 24.156, de conformidad con las disposiciones que como anexo formaban parte de dicho Decreto y que constituía el “Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional”.

El Decreto N° 436/00 al dejar vigente el ya mencionado artículo 63 de la Ley de Contabilidad, mantiene la aplicación de la normativa propia establecida para las contrataciones de las Fuerzas Armadas, conforme la Ley N° 20.124. Sentado ello, es dable mencionar que el artículo 2° de este decreto indicaba, en cuanto a los contratos comprendidos que: *“Se regirán por este Reglamento los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, alquileres con opción a compra, permutas y concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del ESTADO NACIONAL, que celebren las entidades estatales comprendidas en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente o sujetos a un régimen especial”.* Por su parte, el artículo 26 del reglamento disponía: *“El procedimiento de contratación directa se*

utilizará en los casos previstos en el inciso 3° del Artículo 56 de la Ley de Contabilidad, (Decreto Ley N° 23.354 de fecha 31 de diciembre de 1956, ratificado por la Ley N° 14.467) vigente en función de lo establecido por el Artículo 137, inciso a) de la Ley N° 24.156 y bajo las condiciones que se establecen a continuación: [...]Para el apartado h): Se consideran incluidos en este apartado todos los demás contratos mencionados en el Artículo 2° del presente Reglamento cuando no sea posible realizar la licitación en países extranjeros”.

En el año 2001 se dictó el Decreto Delegado N° 1023, en el marco de las facultades conferidas por la Ley N° 25.414 de delegación del ejercicio de atribuciones en materias propias de su ámbito de administración y, a través de su artículo 38, se derogaron finalmente los artículos 55 al 63 del Decreto-Ley N° 23.354 y la Ley N° 20.124.

Corresponde destacar que el Decreto Delegado N° 1023/01 no incluye en sus revisiones a las compras o contrataciones en países extranjeros, en consecuencia, tales contratos no tienen establecido en el régimen de contrataciones públicas, un procedimiento que las regule.

Aquí, es importante recordar que si bien el artículo 39 del Decreto Delegado N° 1023/01, refiriéndose a la reglamentación del nuevo régimen de contrataciones públicas, establecía que: *“El Poder Ejecutivo Nacional lo hará en un plazo máximo de SESENTA (60) días corridos contados desde su publicación en el Boletín Oficial. Invitándose a los otros poderes y al Ministerio Público a efectuarla en un plazo similar. Hasta entonces regirán las reglamentaciones vigentes”*, al no haberse dictado oportunamente tal reglamentación, continuó aplicándose el reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00, que, como se ha dicho precedentemente, incluía a las contrataciones en el exterior.¹⁰

En 2012, el Decreto Delegado N° 1023/01 fue reglamentado por el Decreto N° 893, el cual zanjó expresamente la cuestión relativa a las contrataciones en el extranjero al incorporar en su Título IV, Capítulo III (“Procedimientos de Selección en Particular”), al trámite para los procedimientos en el exterior que incluía normas específicas para los procedimientos de selección y contratos que se realizaran en el extranjero.

¹⁰ El artículo 10 del Decreto N° 666/2003 prorrogó el plazo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Delegado N° 1023/01, por trescientos sesenta (360) días hábiles, contados a partir del 15 de octubre de 2001.

Más adelante, el Decreto N° 1030/16, que derogó el Decreto N° 893/12 y aprobó el nuevo “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, en su artículo 3° inciso c in fine, dispone que quedan excluidos de su ámbito de aplicación “[...] *las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior.*”

Por efecto de la citada exclusión, las contrataciones en el exterior quedaron nuevamente sin una normativa expresa que las regule, presentando serias dificultades en su tramitación, situación que merece un profundo análisis en búsqueda de soluciones superadoras y de un marco normativo adecuado, eficiente, eficaz y transparente que las incluya, rescatando siempre el concepto de la buena administración de los fondos públicos y el sometimiento a un adecuado control.

Se entiende que la finalidad de dicha exclusión fue permitir que las contrataciones en el exterior cuenten con una reglamentación independiente y adecuada, que abarque toda la problemática que las rodea lo cual, a la fecha, no se ha concretado.

2. Organismos del ámbito nacional que tramitan procedimientos en el exterior

Si bien este tipo de contrataciones, no resultan habituales en la totalidad de los organismos de la Administración Pública Nacional sí son para algunas áreas de gobierno tan sensibles como el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, o las Fuerzas Armadas de la Nación.

Con el fin de llevar adelante estas contrataciones, esos organismos disponen de normas internas, que constituyen herramientas con lineamientos para gestionar las adquisiciones de los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de las funciones específicas de su competencia en el exterior, hasta tanto se dicte la normativa por la autoridad competente.

En el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, las representaciones argentinas en el exterior (consulado, consulado general, consulado general y centro de promoción comercial, embajada y misión permanente ante un organismo

internacional) desarrollan, en cada destino, las actividades propias de la gestión diplomática y consular y, asimismo, cumplen las políticas y planes de acción del Gobierno nacional aprobadas a través de un plan de gestión, para cada ejercicio financiero. A fin de establecer una adecuada coordinación en la ejecución y control de las contrataciones necesarias para el cumplimiento de aquellas funciones, se dictó normativa interna para su regulación.

Resulta oportuno recordar que, durante la vigencia de la citada Ley de Contabilidad, se exceptuó de la licitación pública a las compras y locaciones que fuera menester efectuar en el extranjero, siempre que no fuera posible realizar en ellos licitación, habilitando en tales casos la contratación directa (art. 56, inciso 3°, apartado h).

Entre la normativa interna señalada, cabe recordar, entre otras normas ministeriales, la Resolución N° 1363/79 y sus modificatorias que aprobó las “Normas generales a que deben ajustar su gestión las representaciones diplomáticas y consulares en materia de gastos”; la Resolución N° 3106/99 que aprobó las “Normas Generales a las que deben ajustar su gestión administrativa las Representaciones Diplomáticas de la República”; la Resolución N° 1941/01 que incorporó como Anexo III el texto ordenado de las citadas normas generales; la Resolución N° 2605/07 que aprobó la “Reglamentación de las Contrataciones a realizar por las Representaciones Argentinas en el Exterior”.

Con el dictado del Decreto N° 893/12 y la aprobación del reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública, se establecieron normas específicas para los procedimientos de selección y contratos a realizarse en el exterior (arts. 157 a 170), aclarándose que todo lo que no se encontrara previsto en

dichos procedimientos específicos se regiría por lo establecido en las restantes disposiciones del reglamento^{11v}.

Debe resaltarse que, conforme el artículo 169, aquellos procedimientos debían formalizarse cumpliendo, en lo posible, lo establecido en el reglamento para los procedimientos en general, con las salvedades dispuestas en ese capítulo.

¹¹ Artículo 157 Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/2012.

Al respecto, la Oficina Nacional de Contrataciones refiriéndose a la aplicación de los artículos 157 y 170 del citado reglamento, opinó que “Una razonable exégesis de los artículos reseñados permite colegir que cuando los organismos comprendidos en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado N° 1023/01 y de su Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 lleven a cabo procedimientos de selección en el extranjero, deberán aplicar el régimen jurídico argentino, pero con las adaptaciones que resultaren pertinentes. Dicho en otros términos, se flexibilizan algunas exigencias formales de los procedimientos, adaptándolos a los usos y costumbres del lugar donde se va a celebrar la contratación”¹².

En consonancia con el Decreto N° 893/12, a nivel ministerial, se dictaron las siguientes normas: Resolución N° 693/12 sobre el régimen de las cajas chicas; Resolución N° 402/13 que establece que la máxima autoridad de una representación argentina en el exterior resultaba competente para emitir los actos enumerados en el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Finalmente, por la Resolución N° 811/14¹³ se aprobaron, como anexo, las “Normas Generales para la gestión administrativo-financiera de las Representaciones argentinas en el exterior”, e incluye, en su Título VIII, normas relativas a la gestión de los procedimientos de adquisición de bienes y servicio en el exterior sobre la base del Título VIII, Capítulo III del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 y de los dictámenes emitidos sobre el particular por la Oficina Nacional de Contrataciones¹⁴.

Con la derogación del Decreto N° 893/12 por el Decreto N° 1030/16¹⁵, la Oficina Nacional de Contrataciones sostuvo que, a los

¹² Dictamen ONC 400/13.

¹³ Vigente a la fecha de este trabajo.

¹⁴ Artículo 52: Los procedimientos de selección y contratación de bienes y servicios que se realicen en el exterior, se formalizarán cumpliendo, en lo posible, lo establecido en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, para los procedimientos en general, con las salvedades dispuestas en sus artículos 157 a 170 y los lineamientos generales de los Dictámenes de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES que resulten aplicables.

¹⁵ Artículo 3°, inciso c) del Decreto N° 1030/16 dispuso la exclusión de su aplicación a las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior.

efectos de no paralizar la gestión de los procedimientos de selección en el extranjero que han quedado sin regulación, hasta tanto se apruebe la reglamentación específica para esas contrataciones, podrán aplicarse analógicamente las disposiciones del Reglamento aprobado por el Decreto 1030/16 y las normas complementarias dictadas en su consecuencia (Dictamen ONC N° IF-2016- 03037750- APNONC#MM)

En el mismo orden, a fin de permitir la prosecución de las contrataciones llevadas adelante por las representaciones argentinas en el exterior, el Título VIII del Anexo aprobado por la Resolución N° 811/14, continúa vigente¹⁶.

En relación con las Fuerzas Armadas, hasta el dictado del Decreto Delegado N° 1023/01 se mantuvo la vigencia la Ley N° 20.124 y, en consecuencia, las reglamentaciones jurisdiccionales continuaban siendo aplicables para las compras efectuadas por aquellas en el exterior. El artículo 38 del Decreto Delegado N° 1023 al derogar la precitada ley, indica claramente que dicha derogación lo es "... en lo que respecta a los contratos comprendidos en este régimen".

Mediante el Decreto N° 265/1973 se aprobó la Reglamentación Jurisdiccional para el Comando General de la Fuerza Aérea, la cual creó la Comisión Administrativa de Contrataciones de la Fuerza Aérea (CACFA), figura que había sido establecida para todas las Fuerzas Armadas por la ley que reglamentaba y cuya misión era adjudicar y aprobar las contrataciones que se efectuaran bajo su régimen.

La mencionada reglamentación, que efectuaba un pormenorizado detalle de la gestión de las contrataciones, dio tratamiento, en su Capítulo XV, a las adquisiciones o ventas en el extranjero, destacándose, que al final de ese capítulo se indicaba que las contrataciones que se formalizaran en el extranjero debían cumplir, en la medida de lo posible, los requisitos exigidos en el país, agregando que, cuando las características de la operación o el uso o costumbre de plaza no permitieran llevar adelante esos procedimientos, se podría proceder por contratación directa.

Con la entrada en vigencia del reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, la Oficina Nacional de Contrataciones opinó que, en virtud

¹⁶ CT SUBCO 10364/2016

de lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto Delegado N° 1023/01, se había mantenido la vigencia de la Ley N° 20.124 en aquellas contrataciones que no estuvieran reguladas por el Decreto antes citado. Pero que al aprobarse el Decreto N° 893/12 con el Capítulo III del Título IV dedicado específicamente a la regulación del trámite para los procedimientos en el exterior, se entendió derogada la Ley N° 20.124 para las contrataciones celebradas en el extranjero por las Fuerzas Armadas cuyos procedimientos se autorizaron a partir del 14 de agosto de 2012.¹⁷

Al dictarse el Decreto N° 1030/16, la Oficina Nacional de Contrataciones sostuvo que “[...] *han quedado excluidas del ámbito de aplicación objetivo del nuevo Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, aquellas contrataciones que se realicen por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior, aunque las mismas siguen encontrándose alcanzadas por el ámbito de aplicación objetivo del Decreto 1023/01*”¹⁸

En ese orden, el Estado Mayor General de la Armada, por medio de la Resolución N° 266/16, determinó las pautas para su jurisdicción. En el considerando de la norma, se expresa que la Armada debe sustanciar procedimientos en el exterior con el objeto de cumplimentar la misión asignada por la Ley N° 23.554 de Defensa Nacional. Esta menciona expresamente: “*Que el punto 1 del artículo 4.01 de la Publicación R.A.-8-012 “Manual de Normas para efectuar Erogaciones en el Exterior” establece que los procedimientos de adquisición a realizar fuera de la República Argentina serán los que habitualmente se lleven a cabo en la plaza de que se trate [...]*”

Destaca a su vez, que si bien por el inciso c) “in fine” del artículo 3° del Decreto N° 1030/2016 las contrataciones realizadas en el extranjero por unidades operativas de contrataciones radicadas en el extranjero fueron excluidas de la aplicación del reglamento aprobado por el precitado decreto, la aplicación de la normativa aprobada por la última reglamentación resulta conveniente para mantener un criterio homogéneo y uniforme en los procedimientos de selección de los co-contratantes que se lleven adelante en el exterior, por las Unidades de la Armada.

¹⁷ DICTAMEN IF-2016-03037750-APN-ONC#MM

¹⁸ DICTAMEN ONC No IF-2016-03063907-APN-ONC#MM.

En consecuencia, en la parte resolutive, se ratifica, en primer lugar, el funcionamiento de la Unidades Operativas de Contrataciones en el Exterior, indicando que las mismas son las únicas autorizadas a tramitar contrataciones en el extranjero.

Por otro lado, el Estado Mayor General del Ejército elaboró el “Manual de Procedimiento de Compras en el Exterior”, invocando, al igual que la Armada Argentina, las pautas establecidas por la Ley N° 24.156. Dichas instrucciones se aplican a los procedimientos que se realicen, total o parcialmente en el exterior y alcanza a la totalidad del personal que intervenga en forma directa o indirecta en las mismas. El régimen jurídico de tales procedimientos quedó establecido por esa “Orden Especial (Manual)” y por los pliegos de bases y condiciones particulares que disponen la aplicación de la normativa local vigente en la materia y los usos y costumbres de plaza, en aquellos casos que fuere pertinente.

3. Regímenes provinciales

Siendo que la República Argentina es un estado federal, constituido por veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada una con su respectiva constitución, resulta adecuado mencionar el tratamiento que dan a las contrataciones que nos ocupan.

Las constituciones provinciales determinan la competencia de sus gobiernos en el desarrollo de la normativa local dentro de la cual encontramos las normas de administración financiera, controles y régimen contractual.

Al analizar las normas provinciales que contienen las reglas a las cuales se deben ceñir los estados provinciales en el desarrollo de sus contrataciones públicas, se advierte que existe un tratamiento disímil en relación con las contrataciones que se celebran en países extranjeros.

Mencionan a las contrataciones celebradas en países extranjeros, las provincias de Buenos Aires, Corrientes, Chaco, Jujuy, Mendoza, Neuquén, Río Negro, San Luis,

Santiago del Estero, Santa Cruz, Tierra del Fuego y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Mencionan a las contrataciones en países extranjeros, agregando notas específicas, la Provincia de Córdoba que

refiere a las contrataciones en países extranjeros con ejecución en el extranjero; la Provincia de La Rioja que establece pautas para su celebración; la Provincia de Misiones que determina que la excepcionalidad (contratación directa) debe encontrarse fundada; y la Provincia de Salta que hace referencia a las contrataciones que se celebren “fuera de la Provincia”. No las contemplan de ningún modo las provincias de Catamarca, Chubut, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, San Juan y Santa Fe.

Visto ello, se puede concluir que ninguna de las provincias que incluyen en su texto la situación de las contrataciones en países extranjeros ha establecido normativa que contemple un procedimiento o pautas generales para la tramitación de contrataciones en el exterior.

4. Países latinoamericanos

En relación con el tratamiento que se da en Latinoamérica a las contrataciones en el exterior, se observó, en términos generales, lo siguiente:

La República Oriental del Uruguay regula el procedimiento utilizable en dichas circunstancias y la República de Chile refiere a los convenios de “prestación de servicios” que se celebren con personas jurídicas extranjeras y para cumplirse en el extranjero, indicando que pueden contratarse por licitación privada o contratación directa. En el régimen jurídico de la República del Perú existe la mención especial y el establecimiento de excepción a la aplicación de normativa nacional para aquellas contrataciones que celebren los órganos del Servicio Exterior de la República, cuando se trate, exclusivamente, de contrataciones destinadas a su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional. Por su parte el régimen de la República del Paraguay no regula las contrataciones en el extranjero.

Los Estados Unidos Mexicanos tienen una muy clara normativa para los contratos celebrados en el extranjero, efectuando una diferenciación, si se trata de contrataciones de bienes y servicios para ejecutarse en el extranjero, en cuyo caso establece que se rigen por la normativa del lugar de formalización, con aplicación de la ley, en aquello que resulte procedente. El Estado Plurinacional de Bolivia posee una interesante legislación en torno a las contrataciones en el extranjero.

Considera diferentes situaciones, por un lado las contrataciones de bienes y servicios “especializados” que realizan entidades públicas en el extranjero que deben regirse por la normativa nacional y para las Representaciones del Gobierno en el extranjero, establece que las mismas deben contar con reglamentos específicos que combinan los principios de la normativa interna con las “prácticas aceptables” en el país de residencia. En algunos casos puntuales habilita contratar servicios de mantenimiento con las empresas de origen (extranjeras) adhiriendo a contratos elaborados por los proveedores, y para la Administración de Servicios Auxiliares a la Navegación Aérea autoriza a contratar directamente con fábricas del extranjero.

5. Acuerdos de Integración

En la construcción del Mercado Común del Sur, los Estados Partes consideraron que la suscripción de un Protocolo de Compras Gubernamentales constituía un instrumento esencial para fortalecer la Unión Aduanera, aportando seguridad jurídica a los agentes económicos.

Para ello, tuvieron presente que un marco normativo común para las licitaciones públicas de los Estados Partes representaba un paso en pos de la transparencia de los procesos de compras gubernamentales.

Se destaca que con el referido Protocolo se pretende proporcionar protección a proveedores y prestadores establecidos en los Estados Partes y a los bienes, servicios y obras públicas originarios de los mismos, asegurando un trato no discriminatorio en las contrataciones efectuadas por entidades públicas sobre bienes, servicios y obras públicas y que no se establece un procedimiento que resulte aplicable directamente, sino que corresponde a los Estados Partes adecuar las normas internas, para dar cumplimiento a los compromisos asumidos mediante dicho instrumento.

Tales procesos deben llevarse adelante de modo transparente, basados en principios básicos de legalidad, objetividad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad, vinculación al instrumento de la convocatoria, concurrencia y los que concuerden con ellos, lo que no hace sino reiterar los principios que rigen en los regímenes nacionales .

Merece ser mencionada la presencia de la “cláusula de nación más favorecida” para los proveedores o prestadores de los Estados Parte o

terceros países, que se otorgará de manera inmediata e incondicional, clásica dentro de los acuerdos económicos y cuyo fin es la protección de los inversores extranjeros y en nada se ocupa de las contrataciones desde la posición de los Estados.

Por su parte, la Unión Europea, mediante su normativa comunitaria, establece principios a los cuales deben adecuarse las legislaciones nacionales y enuncia una serie de procedimientos que pueden ser utilizados por los Estados Miembros al momento de llevar adelante sus contrataciones. La Directiva 2014/24/UE¹⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo, se ocupa de la contratación pública en el ámbito de la Unión. Por ser una norma comunitaria debe ser aplicada por los Estados Miembros que la conforman y de ese modo existen parámetros mínimos iguales en todos los países, destinados, al igual que en el Mercosur, a la protección de las inversiones. Sin perjuicio de lo cual, los Estados Miembros han debido adecuar su normativa nacional a lo establecido por la legislación comunitaria. El artículo 18 de la citada directiva se refiere a los principios de la contratación, sosteniendo la igualdad, no discriminación y mencionando la actuación transparente y proporcionada por parte de los poderes adjudicadores.

En cuanto a la elección de los procedimientos, indica en su artículo 26 que “[...] *los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, adaptados para ajustarse a las disposiciones de la presente Directiva [...]*”. Sin perjuicio de ello contiene una serie de normas acerca de los procedimientos abiertos y restringidos, licitación con negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación e incluye también el “Uso del procedimiento negociado sin publicación previa”.

Es interesante mencionar que en el momento de la presentación de solicitudes de participación u ofertas, los poderes adjudicadores aceptan como prueba preliminar el “documento europeo único de contratación”, que constituye una declaración actualizada del interesado que confirma que cumple con determinados requisitos e indica además la autoridad pública o el tercero encargado de establecer los documentos justificativos, incluyendo una declaración formal en el sentido de que el operador económico podrá, previa petición y sin demora, facilitar dichos documentos justificativos.

¹⁹ Dictada el 26 de febrero de 2014.

Lo más destacado, además de la presencia de los principios universales, igualdad, no discriminación y transparencia, es el requisito de cumplimiento de obligaciones en materia ambiental, social y laboral, que toda entidad pública debe controlar, aun cuando se encuentre celebrando un contrato fuera del territorio nacional. A modo de ejemplo, se citará el caso del Reino de España, que como consecuencia de la citada directiva, actualizó la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)²⁰, que cuenta con normativa específica para aplicar a las contrataciones que efectúen reparticiones públicas en el extranjero, contenidas en la Disposición Adicional Primera a la Ley de Contratos del Sector Público. Al respecto, establece que los contratos “que se formalicen y ejecuten en el extranjero” se regirán por las disposiciones contenidas en dicha regulación, sin perjuicio que en caso de existir dudas o lagunas en su aplicación se recurra a los principios de la ley.

En cuanto a los contratos sujetos a regulación armonizada, que se formalicen y ejecuten en el territorio de países miembros de la UE o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, dispone que deberán dar cumplimiento a la publicidad comunitaria; regular el control del cumplimiento de las obligaciones sociales, medioambientales y laborales aplicables y sancionar con la declaración de nulidad del contrato en caso de hallarse incurso el adjudicatario en causa de prohibición para contratar cuando celebró el contrato o como consecuencia de un incumplimiento grave del derecho de la Unión Europea.

Por su parte, en la República Italiana, el Decreto N° 192/17 establece el reglamento que rige los procedimientos de selección de contratistas y la ejecución de contratos de ese país en el extranjero, con las adecuaciones pertinentes a la normativa comunitaria. En tal sentido, se establecen reglas aplicables a los procedimientos para la adjudicación y ejecución de contratos en el exterior, teniendo en cuenta los principios fundamentales establecidos en el Código aprobado por el Decreto Legislativo N° 50/2016 y los procedimientos aplicados tanto por la Unión Europea como por las organizaciones internacionales de las que Italia sea parte. Entre dichas reglas se destacan: las que dan tratamiento a la legislación en materia ambiental, urbanismo, protección del paisaje

²⁰ BOE» núm. 272, de 09 de noviembre de 2017 Referencia: BOE-A-2017-12902

cultural y paisajístico, patrimonio artístico y arqueológico del país en que se ejecutará el contrato y las disposiciones italianas y europeas sobre protección ambiental, salud y seguridad -dentro de los límites de compatibilidad con las normativas locales- para los contratos a realizar en Estados no pertenecientes a la Unión Europea; las disposiciones vigentes en materia de derechos de los trabajadores (estándares mínimos de protección internacionalmente aceptada) y la aplicación de la ley civil que rija la ejecución de los contratos, de acuerdo con las normas de derecho internacional privado.

III. CONCLUSIÓN

Como conclusión de este recorrido normativo, nos permitimos reflexionar sobre la necesidad urgente de contar con una reglamentación uniforme para la gestión de las contrataciones de bienes y servicios que las distintas reparticiones nacionales efectúen en países extranjeros, debiendo para ello, simplemente, determinarse un procedimiento básico, que reúna los ítems principales de una licitación, por ser la regla general y similar en los distintos regímenes mencionados y establezca asimismo, las alternativas concretas a las cuales podría recurrirse, en caso de dificultades u obstáculos que los usos y costumbres locales pudieran presentar para su cumplimiento.

Sentado ello, sería de una buena práctica que, una vez aprobada aquella reglamentación, fueran incorporados al Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) la totalidad de los expedientes por los cuales tramiten los procedimientos de contrataciones públicas en el exterior, y se procediera con su carga en el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR".

Consideramos que lo expresado no es una tarea menor, pero en la medida que los objetivos de las compras públicas se orientan a la satisfacción de necesidades públicas mediante la ejecución presupuestaria de fondos públicos, resulta una tarea imprescindible.

BIBLIOGRAFÍA

Balbin, Carlos. Tratado de Derecho Administrativo. La Ley. Edición 2015.

- Caimini, Adriana “Regímenes de Contrataciones en el Derecho Nacional y Extranjero” (1988), bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/tpos/document/1502-1135_CaimiA
- Chojkier, Raquel - Dubinski, Alejandro - Casella, José . Contrataciones del Estado. Deceto 436/200. Depalma. Ed. 2000.
- Gonzalez Lavin, Alfonso P. La contratación pública en el exterior. Auditoría pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, ISSN 1136-517X, N° 73, 2019, págs. 95-104.
- Maxit, María “Las Contrataciones de las Representaciones en el Exterior” Revista electrónica PTN N° 2, pág. 60.
- Mertehikian, Eduardo-Salvatelli, Ana. Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (Decreto N° 893/2012) Revista de la Administración Pública. Edición 2014.
- Rejtman Farah, Mario. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. Abeledo Perrot. Ed. 2010.
- Rodriguez, María José. Reglamanto de Contrataciones de la Administración Nacional. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Edición 2013. Compendio de dictámenes ONC 2012-2015.

EL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR Y LAS GARANTÍAS PROCESALES, SEGÚN LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO TEÓRICO ACORDE A LOS DERECHOS HUMANOS

(Primera Parte: dinámica del Sistema Disciplinario
Militar)

Caso Testigo. La garantía de Acceso a la Justicia
(Tutela Administrativa Efectiva), en casos de
violencia de género

ARIEL PANZINI¹

Ministerio de Defensa; Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 281-321

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

¹ 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).



(Ley N° 14.029). Así, adecuar la administración de justicia militar, según los lineamientos y estándares de los derechos humanos, en particular en materia de garantías procesales, no sólo es una realidad incontrastable, sino una obligación de las agencias especializadas dependientes de la jurisdicción Defensa. El presente artículo que pretende ser el primero de dos entregas, se propone la construcción de un modelo teórico de Sistema Disciplinario Militar, acorde a los Derechos Humanos, que reconozca en forma plena y sin ningún tipo de limitantes la vigencia de las garantías procesales, en el sentido amplio de su apreciación.

Palabras clave: Derecho Disciplinario Militar; Garantías Procesales; Ley N° 26.394; Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas

Abstract: The Military Disciplinary Law, which emerged from the entry into force of Law No. 26.394, constituted a complete paradigm shift with respect to the service of administration of military justice, which prevailed for more than fifty years under the Code of Military Justice (Law No. 14.029). Thus, adapting the administration of military justice, according to the guidelines and standards of human rights, in particular in terms of procedural guarantees, is not only an incontestable reality, but an obligation of the specialized agencies dependent on the Defense jurisdiction. This article, which is intended to be the first of two deliveries, proposes the construction of a theoretical model of the Military Disciplinary System, in accordance with Human Rights, that fully recognizes and without any type of limitations the validity of procedural guarantees, in the broad sense of your appreciation.

Keywords: Military Disciplinary Law; Procedural Guarantees; Law No. 26.394; Code of Discipline of the Armed Forces

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende ser el primero de dos entregas que resuman mi proyecto de investigación que 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. Tal como se advierte en el título, el objetivo central de la investigación estuvo en analizar en forma integral el Régimen Disciplinario Militar, surgido a partir de la Ley N° 26.394 (Reforma Integral al Sistema de

Justicia Militar), a diez años de su entrada en vigencia y en el marco del proceso de modernización de las normas jurídicas que regulan el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, encarado desde el regreso a la democracia. La observación estará puesta en verificar la amplia aplicación de las garantías procesales en el ámbito del Código de Disciplina, según los estándares del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. La derogación del entonces Código de Justicia Militar (Ley N° 14.029) y, consecuentemente, la eliminación de la llamada jurisdicción penal militar, hasta ese momento bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, confluyó en la construcción de un modelo de corte disciplinario-administrativo, en materia de justicia militar, que merece revisar sus preceptos jurídicos, de acuerdo a una lógica ajena a la norma jurídica predecesora.

Ahora bien, dicha modernización del sector militar de la Defensa Nacional, además, tiene entre sus premisas centrales la democratización de las Fuerzas Armadas. El concepto democratización del sector castrense y, en particular, de su instrumento militar, implica, fundamentalmente, el fortalecimiento institucional del Estado de Derecho y la Constitución Nacional, a través de la definición de unas Fuerzas Armadas al servicio de la democracia y la protección de los derechos humanos. Las Fuerzas Armadas devienen, entonces, en una agencia más de todas con las que cuenta el Estado Nacional para llevar adelante sus políticas públicas y dar respuestas a necesidades particulares. Una de ellas está dada por su misión principal, que recae en la defensa exterior del país y en la protección de la soberanía territorial, al límite extremo de la intervención armada.²

En ese sentido, adecuar la administración de justicia militar, según los lineamientos y estándares de los derechos humanos, en particular en materia de garantías procesales, no sólo es una realidad incontrastable, sino una obligación de las agencias especializadas dependientes de la jurisdicción Defensa. La reforma consagró una estructura jurídica de

² Riera Ramiro (2014) "El sistema de administración de justicia militar de la Ley N° 26.394 y su reglamentación por Decreto N° 2666/12", en *Derecho Militar Contemporáneo: El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional N° 26.394*, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina, pp. 35-36.

corte disciplinario compatible con los principios constitucionales esenciales; con la evolución de la vida democrática que, a su vez, dio lugar al reconocimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, jerarquizados en el marco de la reforma constitucional de 1994. Ahora, somos los especialistas los encargados de construir desde la dogmática el marco teórico adecuado para que los operadores, entre ellos, quienes no provienen del mundo del Derecho y detentan la potestad disciplinaria, cuenten con herramientas idóneas suficientes para aplicar el Código de Disciplina en forma correcta a los lineamientos señalados.

En esta idea, la entonces Ministra de Defensa, Dra. Nilda Garré, al presentar los objetivos de la reforma manifestó: “En materia disciplinaria, el nuevo Código de Disciplina se propuso abandonar un sistema antiguo y desfasado en el tiempo no sólo por su incompatibilidad con los principios constitucionales más básicos sino también por razones de eficiencia y modernización institucional (...) El esquema se completa con el reconocimiento de garantías tales como el control judicial suficiente y una más óptima regulación del derecho de defensa. En ambos casos, estamos ante requisitos indispensables para acortar la tensión que siempre plantea el mantenimiento del orden y la disciplina en las estructuras altamente jerarquizadas y los derechos y libertades de quienes las integran.”³

Esta expresión de deseos se materializó efectivamente en el artículo 1° del Código de Disciplina (Deber): “La disciplina militar es un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su Comandante en Jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas”. El paso siguiente que tenemos que dar es brindar operatividad real a esa norma jurídica, o dicho de otro modo, siguiendo a Ricardo Entelman, intervenir en el segundo nivel de abstracción sobre el discurso jurídico, es decir, trabajar en producciones teóricas y prácticas en relación a las manifestaciones del derecho creadas por parte de quienes poseen el poder para ello, en nuestro caso, la sanción de la Ley N° 26.394.⁴

³ Garré, N. (2008), *El nuevo sistema de justicia militar, ley 26.394. Aporte al proceso de modernización institucional de las Fuerzas Armadas*. Introducción de la Señora Ministra de Defensa de la Nación, p. 9.

⁴ Entelman, Ricardo (1991) “Discurso normativo y organización del poder”. en E. Marí, A. Ruiz., y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, p. 300.

Dicho ello, podemos decir que el cuerpo normativo vigente a partir del Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas”, de la ley N° 26.394, y su reglamentación, Anexo II del Decreto N° 2666/12, en líneas generales, se encuentra en armonía con los principios y garantías constitucionales, en materia de garantías procesales, según los estándares de derechos humanos, sin perjuicio que la particularidad de algún asunto podría traer ponderaciones puntuales que por ahora no resultan irresolubles. La discusión desde el plano normativo parece satisfactoriamente superada.⁵

Sin embargo, el devenir de la puesta en ejecución de las normas jurídicas destinadas a regular el Sistema de Disciplina Militar trajo un variado cúmulo de situaciones conflictivas que hoy necesitan ser clarificadas o por lo menos abordadas para un mejor funcionamiento de la administración del mismo. En este punto hay que tener en cuenta que el valor disciplina en las Fuerzas Armadas revista gravitante importancia, toda vez que su preservación resulta central al momento de evaluar la eficaz tarea del componente militar. Dicho de otro modo, la disciplina en este tipo de estructuras altamente jerarquizadas, no sólo refleja la relación del buen desempeño del funcionario militar, sino que también son el ordenador al interior de la Unidad Militar. Por lo tanto, como se verá oportunamente, se cuestionará la aplicación de ponderaciones exorbitantes, muchas de ellas como resultado de viejos resabios del código derogado, que atentan contra principios generales de derecho de corte constitucional aplicables a la norma específica que nos ocupa, y se exhiben solo a los efectos de garantizar en forma arbitraria el ejercicio del poder, en el caso puntual, a través de la acción disciplinaria.

Por último, resulta oportuno indicar que también se presentará un Caso Testigo que demuestre la aplicación efectiva del modelo propuesto. Es verdad que sería prudente remitirnos a ello una vez que

⁵ Para una buena descripción del camino transitado por la legislación argentina hasta llegar al nuevo sistema de administración de justicia militar ver Riera Ramiro; El sistema de administración de justicia militar de la Ley N° 26.394 y su reglamentación por Decreto N° 2666/12, en Derecho Militar Contemporáneo: El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional N° 26.394, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina (2014).

se complemente la segunda entrega destinadas a la construcción del citado modelo teórico. El resto de elementos que se presentarán son esenciales para la acabada comprensión de la estructura del mismo. Sin embargo, considero que la temática abordada es de relevante importancia para condenarla a su postergación, por lo cual se pone a consideración del lector interesado, en este caso, el aporte desde las ciencias jurídicas a la problemática de la violencia de género en el seno de las Fuerzas Armadas, no ajena al debate actual desarrollado en la sociedad en general.

II. GARANTIAS PROCESALES, DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA MILITAR. LA DINÁMICA DEL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR, BAJO EL AMPARO DE LA LEY 26.394

Hace algunos años, los miembros del Servicio Jurídico Conjunto de las Fuerzas Armadas, participamos de un programa -on line- impulsado por el Ministerio de Defensa y la Auditoría General de las Fuerzas Armadas, destinado a la capacitación en materia de derecho disciplinario militar. Esta propuesta tuvo como objetivo principal reflexionar respecto a las experiencias obtenidas en la práctica concreta del nuevo sistema disciplinario luego de algunos años de su ejercicio. En dicha oportunidad, los organizadores del evento manifestaron un diagnóstico inquietante para presentar el debate al decir que la relación entre las Fuerzas Armadas y los Derechos Humanos, en el contexto de América Latina y producto de la historia social y política de nuestro país específicamente, se coloca en un espacio de referencia casi antagónico. Sin embargo, con el devenir de esta nueva normativa, dicha relación comenzó a tomar una renovada forma al proliferarse paralelamente iniciativas orientadas a regular el funcionamiento interno de las instituciones militares, adecuando su estructura orgánica a los valores del orden constitucional, y a la difusión al interior de las mismas del respecto a los Derechos Humanos. Es decir, se incorporó la perspectiva de los Derechos Humanos en el área de Defensa, circunstancia que tomará relevante gravitación frente al por entonces noble Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394.

Sin embargo, la adecuación normativa efectuada con la reforma integral no es autosuficiente. La observancia de su implementación habiendo transcurrido un tiempo considerable de vigencia nos permite reflexionar para saber si genuinamente el componente militar se encuentra comprometido con el orden democrático y el respeto a los derechos humanos. Así, uno de los cambios implementados implicó entender a las Fuerzas Armadas, como una agencia especializada del Estado Nacional al servicio de la democracia y, por consiguiente, concebir a sus integrantes los mismos derechos que cualquier otro ciudadano civil, porque para ser Soldado se debe ser primero ciudadano, y no viceversa. En estos términos, en su momento, Raúl Zaffaroni se refería sobre el asunto: “El derecho militar en todos sus aspectos padecía en nuestro país de un notorio descuido doctrinario, en parte porque la legislación hoy derogada representaba una suerte de cuadratura del círculo para los juristas, dado que era incompatible con los más elementales principios constitucionales. Las disposiciones de fondo, pese a ser anticuadas y a veces grotescas, podían con considerable esfuerzo compatibilizarse con los principios del derecho penal, pero era imposible encuadrar sus normas procesales en la Constitución Nacional, en particular por la ausencia de jueces independientes y por la lesión enorme al derecho de defensa. Los militares no gozaban de los derechos y garantías de los ciudadanos, jurídicamente estaban excluidos de la ciudadanía, no sólo en cuanto a sus garantías penales sino en su estabilidad y carrera. Para colmo de males se les imputaba un privilegio, cuando en realidad cargaban una cadena”⁶.

De estas palabras advertimos no sólo varios de los ejes de la reforma integral, sino también los asuntos sobre los cuales nos interesa investigar, a fin de construir una nueva teoría jurídica destinada al funcionamiento de la disciplina militar compatibilizada con las normas Constitucionales, ya sea la Convencionalidad de las leyes militares, como la observancia de las garantías procesales del personal militar en el marco de los procesos disciplinarios, o su reconocimiento como sujeto de derecho integro al igual que el resto de ciudadanos.

⁶ Jimenez, E y Tazza, A. (2010) Sistema Jurídico Militar, p. 35.

Dicho de otro modo, el antiguo régimen bajo el fetiche de la “férrea disciplina”, sólo garantizaba la discrecionalidad en el ejercicio del poder disciplinario, dejando huérfana la real administración de justicia militar, debido a la aniquilación de las más elementales garantías procesales del personal sujeto a su órbita de injerencia.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestro interés, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), al igual que un cúmulo amplio de Tratados Internacionales de similar tenor, establecen una importante enunciación de garantías procesales, donde muchas de ellas, inclusive, constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación. Ejemplo de ello es la garantía del plazo razonable, la cual recién se incorporó al régimen jurídico argentino, a partir de la vigencia de dicha Convención Regional (v. art. 7, inc. 5; y 8, inc. 1). Con ello queremos decir que con la reforma Constitucional del año 1994 y la vigencia de los referidos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se incorpora al debate el alcance de estas nuevas herramientas que exigen repensar viejas premisas, que en el caso de las Fuerzas Armadas, si bien la legislación ha sido ampliamente satisfactoria, a partir de la Ley N° 26.394, en verdad, la práctica demuestra severos resabios de la ontología sobre la que se sustentaba el derogado Código de Justicia Militar (Ley N° 14.029).

El análisis del régimen disciplinario militar, dentro del sistema jurídico argentino, exigirá una interpretación formal algo más compleja que la mera concentración en el instrumento interamericano. Dado que la CADH goza actualmente de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), y teniendo en cuenta que el modo de juicio de las normas de tal carácter debe ser armónico y complementario con el “bloque de constitucionalidad”, el reconocimiento de garantías procesales resulta necesario. Como se desarrollará a lo largo de todo este trabajo, este precepto resulta fundamental para cualquier interpretación que pueda efectuarse. Así, la República Argentina incorporó en su Constitución Nacional, una serie de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre ellos, y en lo que nos importa la CADH. De acuerdo a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las normas constitucionales deben ser analizadas como un conjunto, de modo de compatibilizar el contenido de las mismas. Por lo tanto, el artículo 8° de la CADH deberá estar en sintonía no sólo

con el resto de normas constitucionales sino también con los otros tratados de derechos humanos jerarquizados⁷.

En lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), su artículo 64 dice: “los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” y la Corte (...) podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. Por otro lado, en la Opinión Consultiva 1/82, la CorteIDH aclaró el artículo al decir: “la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos., de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea objeto al sistema interamericano”. En definitiva, la CorteIDH no sólo puede cotejar la compatibilidad de las disposiciones del Estado Miembro respecto de otros tratados interamericanos, sino que también puede interpretarlas de acuerdo a tratados del Sistema Universal del que fuere parte ese Estado.

Este es un buen punto de partida para nuestro estudio donde aseveramos que el Régimen Disciplinario Militar, como parte integrante del Sistema Jurídico Argentino, se ve obligado a respetar las garantías procesales surgidas de nuestra Norma Superior, como así también de aquellos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con raigambre Constitucional, en forma incuestionable y plenamente operable, evitándose cualquier tipo de obstáculo al pretexto de la teoría del régimen de sujeción especial. La observancia de las garantías procesales no es patrimonio de ninguna rama del derecho en particular, sino que representa a la totalidad de ámbitos con legislación propia que por su naturaleza tengan que responder frente a las mismas. Tampoco alcanza la mera consignación de sus normas si en la práctica procedimental quedan vaciadas de contenido funcional producto de justificaciones

⁷ El instrumento de ratificación de la CADH, firmado el 14 de agosto de 1984, expresó: “El presente Pacto se interpreta en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ellas”.

adversas a la ontología jurídica en perspectiva en los derechos humanos. En esta etapa progresiva de los Derechos Humanos se debe exigir que sus prácticas concretas y reales den cuenta de su reconocimiento. Si no fuera así, estaríamos en un potencial caso de ilícito internacional que amerita la correspondiente denuncia por ante los Organismos Regionales de Derechos Humanos (entiéndase Comisión Interamericana de los Derechos Humanos), con la diferencia que ahora ya no es una cuestión de corte normativo, como bien ocurría con el derogado Código de Justicia Militar, ahora se trasladaría a los funcionarios encargados de la administración de justicia en el ámbito de las Fuerzas Armadas por desconocer con sus prácticas lo debidamente legislado.

A decir de ello, es importante el rol de los Servicios Jurídicos al asesorar a sus respectivos mandos, dado que la responsabilidad primaria recae sobre ellos por ser quienes ejercen la potestad disciplinaria, la cual se encontraría afectada por el desconocimiento del Control de Convencionalidad al momento de aplicar normas en materia de garantías procesales al circuito disciplinario.

Es prudente recordar que nuestra Nación asumió la obligación de adoptar en el derecho interno toda legislación que fuera necesaria para hacer efectivo los derechos reconocidos por la CADH, y demás Tratados Internacionales de DDHH. La fuente directa de esto es el artículo 2 de dicha Convención, pero el mandato jurídico surge del 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si no existe en el Estado una Norma que proteja algunos de los derechos humanos enumerados en la CADH, es deber del Estado (en cualquiera de sus funciones), proveer lo necesario para la efectiva garantía de los derechos.⁸ Es decir, la obligación debe ser cumplida por cualquiera de los órganos (Legislativo, Ejecutivo o Judicial), de manera indistinta o conjuntamente, y puede aún versar en la derogación de disposiciones incompatibles con la Convención e imponer también la obligación de no dictar medidas cuando ello conduzca, directa o indirectamente, a violar los derechos y libertades enumeradas en ella, especialmente cuando sean de aplicación inmediata.⁹

⁸ Mónica Pinto (1997) *Temas de Derechos Humanos*, pp. 49-50.

⁹ Corte IDH, Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre

Esto implica que el Estado Argentino está obligado no solo a revisar las normas que se dictaran y puedan colisionar con la CADH, sino también aquellas vigentes en ese momento para adecuarlas al compromiso internacional asumido. En el caso de nuestra legislación en materia de disciplina militar, a decir verdad, el Código de Disciplina actual se encuentra en perfecta sintonía con los estándares de Derechos Humanos, pero, sin embargo, se suelen advertir prácticas en su ejercicio que los afectan directamente. Entonces, el Ejecutivo, al igual que el Legislativo y Judicial, en su función jurisdiccional, se ve obligado a restablecer el orden jurídico quebrado por proceder, incluso hasta reglamentados en normas inferiores (Resoluciones o Circulares, según el caso), que los afecten y tornen virtualmente inexistentes. No proceder de esta manera, incluso, llegaría a su máxima expresión de ser reprochado ante los Organismos Internacionales con competencia para su observación.

En dicho sentido, la Corte IDH sostuvo: "... el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observación de dichas garantías."¹⁰

Esta postura, que fue materia de análisis por la Corte Suprema de Justicia de La Nación (fallos "Girolidi", "Bramajo", "Acosta" y "Felicetti"), tiene un doble efecto: como norma internacional y como norma de derecho interno de carácter constitucional al integrarla al texto supremo en virtud de la cláusula según la cual los Tratados se han de aplicar "en las condiciones de su vigencia".¹¹

Derechos Humanos), opinión Consultiva OC-14/94, del 9-12-94, párr. 36, 42 y 43; ver además Corte IDH, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC-6/86, del 9-05-86, párr. 37; ver en el mismo sentido Juan Carlos Wlasic. (dir), María Estela Fernández Puentes y Daniel Alejandro Lanza (2000) *Convención Americana sobre Derechos Humanos, anotada y concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario, pp. 23-25.

¹⁰ Corte IDH, OC-18/03 de 18/09/03.

¹¹ Agustín Gordillo, "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales" *Revista de la Administración Pública*, volumen 215, p. 151.

Así, tenemos un variado cúmulo de precedentes a nivel internacional como local que dan cuenta que las normas específicas se deben encontrar en sintonía con la convencionalidad del universo jurídico vigente como fuente de derecho, y como se verá a continuación, los regímenes disciplinarios no escapan a la regla.

A partir de esto, ya orientándonos al régimen específico, la tendencia actual al paradigma propuesto surge a partir del precedente de la CorteIDH en el caso “Baena”, cuyo correlato inmediato ha traído su aplicación a nivel local, especialmente mediante diferentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y actualmente Tribunales inferiores. Antes de avanzar sobre ello, es bueno recordar que uno de los fundamentos que motivo el caso “Correa Belisle vs Argentina” (Nº 11.758)¹², se encontró en que “los ciudadanos de profesión militar, estaban sometidos al juzgamiento de los delitos que cometiesen por parte de órganos ajenos al Poder Judicial, sin las más elementales condiciones de contrariedad y publicidad, elementos que configuran el debido proceso que la Constitución Nacional -Art. 18-, y los instrumentos internacionales de Protección de los Derechos Humanos se han encargado de precisar –Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8”. Es importante recordarlo, porque en aquella oportunidad se debatía la vulneración al sistema de garantías procesales a partir de la incidencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde se daba cuenta de una serie de cuestiones que las afectaban (por ejemplo al principio de jurisdiccionalidad), pero basado en el sustrato normativo (Código de Justicia Militar), situación completamente diferente en la actualidad a raíz justamente de la reforma integral operada bajo la Ley Nº 26.394. Es decir, ahora la afectación es por las prácticas indebidas de los operadores de las cuales se advierten innumerables resabios de aquellas formalidades que colisionan con las garantías procesales de cumplimiento obligatorio. Parecería que nuevamente volvemos a discutir las mismas situaciones, pero ahora con un aire “maquillado” de dogmatismo selectivo fundado en la especificidad de la rama del derecho que se invoca. Nada más

¹² “Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina”, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Nº 2/04 de la CIDH. Informe Nº 15/10 (Solución Amistosa).

alejado de la verdad dogmática positivista del Derecho Argentino Integral, ya que el Control de Convencionalidad de las normas coloca a las garantías procesales por encima de cualquier disciplina en particular, sobre todo, aquellas de corte punitivo como el Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas (sobre esta cuestión se volverá en una nueva entrega).

Entonces, retomando aquel debate legislativo a la reforma del Sistema Militar de Justicia, incluso con la defensa decisiva del personal militar destacado en esa Comisión, el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no impide el juzgamiento de militares por tribunales y miembros militares, y por ello, *per se*, no es incompatible con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Lo que se obliga desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es a respetar los estándares en materia de derechos humanos, especialmente las garantías procesales cuando se trate de administración de justicia, no sólo en la adecuación de las normas jurídicas, sino, sobre todo, en el ejercicio real que coloque a aquellas en auténtica operatividad. Este punto, lo consideramos trasladable en cuanto a su concepción ontológica al aspecto disciplinario militar.

En resumen, en materia de derechos y garantías procesales del debido proceso disciplinario y protección judicial, las normas contempladas en el artículo 8 y 25 de la CADH, vinculados a su vez, con las obligaciones generales de respeto y garantías de los Derechos Humanos que surgen para los Estados parte, artículo 1º y 2º del mencionado instrumento internacional, resultan ser fuente de derecho en materia de Justicia militar en el sentido amplio de su concepción e interpretación. Y, así lo ha querido contemplar el Código de Disciplina, cuando en su artículo 1º, define a la disciplina militar como "... un instrumento al servicio exclusivo del cumplimiento eficiente de las funciones, tareas y objetivos que la Constitución Nacional, las leyes dictadas en su consecuencia, y las órdenes de su Comandante en Jefe, le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas. Todo militar debe ajustar su conducta al cumplimiento estricto de la Constitución Nacional y demás leyes de la República, así como la observancia cabal de las leyes y reglamentos militares, el respeto a las órdenes de mando, la subordinación al régimen jerárquico y el cumplimiento de todas las obligaciones que surgen del estado militar".

Concretamente, esta norma deja sentado que el Código de Disciplina se encuentra subordinado al bloque constitucional argentino, por lo tanto, las previsiones legales que sean operables con el mismo, conforme a su carácter punitivo, y en perspectiva en los Derechos Humanos, sobre todo, serán de aplicación inexcusable al momento de efectuarse las prácticas correspondientes al ejercicio de la acción disciplinaria, sea cual sea la naturaleza de la falta que se esté discerniendo.

Sería importante contextualizar lo normativo con lo operativo de la cuestión que aquí es traída a discusión, es decir, depurar prácticas indebidas de parte de los ejecutores del Sistema Disciplinario Militar que colocan a la norma, en muchos casos, en estado de vulnerabilidad frente a las garantías procesales. En esta idea, el General de Justicia Manuel Lozano, en el marco de aquellos debates iniciales previos a la reforma integral al régimen disciplinario, se refería en los siguientes términos al abordar el hoy derogado Código de Justicia Militar: “Los Estados partes han asumido el compromiso de hacer los esfuerzos legislativos consecuentes para asegurar la vigencia de los derechos en ellos contemplados (aludiendo a los Tratados Internacionales en DDHH). De allí los cuestionamientos en diferentes ámbitos supranacionales. Me refiero, por ejemplo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.¹³ Claramente, el esfuerzo al cual se hace alusión obedeció en aquella oportunidad a resolver la fragilidad legislativa de la norma, pero resuelto ello, no se agota su observancia, toda vez que las prácticas ejecutorias de la misma deben ser acordes a su finalidad y no tornarla virtualmente inerte por formalismos fetichizados que, incluso, rondan las más severas ilegalidades.

Volviendo sobre el precedente que nos interesa, es decir, el caso “Baena vs. Paraná”, vinculado también al caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, se postuló que el artículo 8° de la CADH, si bien se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en el sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante

¹³ Lozano, Manuel (2006) “Régimen disciplinario militar. El caso Argentino”, en Curso de Especialización en Derechos Humanos, publicaciones del Ministerio de Defensa, 2da edición, p. 252.

cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. Ello así, porque es un Derecho Humano el obtener garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber.¹⁴ Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.¹⁵ A decir verdad, la jurisprudencia internacional dejó asentado en forma irreversible esta postura, no siendo la idea de esta investigación sobreabundar en precedentes, sino dejar consolidado este principio general que tiene alcance en nuestro Código de Disciplina.

En la Opinión Consultiva N° 8/87, la CorteIDH brinda lineamientos generales para calificar el término “garantías judiciales indispensables”, de modo que no queden dudas sobre su sentido, el que es reiterado en la Opinión Consultiva 9/87; se definen a las garantías como los “medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”. Es decir que alude no a los derechos garantizados sino a las herramientas que permiten darle operatividad para hacerlos efectivos. Está claro que un derecho que no puede ser ejercitado, al fin y al cabo, sería letra muerta. A ello agrega que los procedimientos regulados en las normas específicas, entre ellos, el Código de Disciplina, son los medios idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y garantías procesales.¹⁶

Sobre ello, y en cuanto a verse equiparado el proceso judicial al administrativo en lo que respeta a garantías procesales, especialmente el disciplinario militar por los estamentos puestos en juego, las prácticas procesales deben dar cuenta positivamente de aquello que se proyecta desde el Sistema Interamericano, cuyos rasgos funcionan como

¹⁴ CIDH, sentencia del 02/02/01, publicado en la Serie C, N° 72, párrs. 124/125.

¹⁵ Íbidem, párr. 127. Ver también: CIDH, Informe N° 57/05, Petición N° 12.143: Admisibilidad, “Eduardo Perales Martínez, Chile”, del 12/10/05.

¹⁶ Citado en OC 8/87, pto. 41, y extraído del Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19 del 11 de abril de 1980, p. 252.

un estándar internacional. Así, los Estados Partes, además de adoptar medidas legislativas conducentes para la realización de ese estándar en el orden interno, deben construir sus sistemas internos tomando como guía el modelo de proceso judicial interamericano, inclusive los administrativos, pero sobre todo aquellos de naturaleza punitiva como el régimen disciplinario militar. Desde esa perspectiva, se observa que nuestro país -Estado Parte de la CADH y de los demás instrumentos sobre Derechos Humanos del Sistema Interamericano- se encuentra obligado a ir ajustando su modelo de proceso judicial al modelo que surge del Sistema Interamericano (...),¹⁷ circunstancia que por antonomasia nos coloca en la obligación de replantearnos todas aquellas prácticas que no den cuenta de esta renovación normativa.

En este punto es menester dejar en claro que la postura de la CorteIDH, en lo que respecta a las garantías procesales, ha fijado un paradigma relevante en esta materia en miras a verse realizados efectivamente los fines indiscutibles de los derechos humanos. Así, dicho órgano ratificó la perspectiva sobre el asunto que hoy estamos discutiendo: “Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas”¹⁸. No hay dudas que el carácter punitivo de la acción disciplinaria se encuentra en los márgenes de las reglas -por cierto, desfazadas- del derecho administrativo convencional, situación que nos coloca hoy en la refundación de la disciplina jurídica. Las razones de su proceder actual se pueden encontrar en explicaciones de tipo sociohistóricas que exceden el objetivo del presente trabajo, pero concluimos que toda la plataforma sobre la cual en la actualidad

¹⁷ Toledo, Pablo R (2007) *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 270.

¹⁸ Fallo CorteIDH “López Mendoza Vs Venezuela, Sentencia 1/09/11, (Fondo, Reparaciones y Costas), Ap, 1.2, párrafo 111.

descansa el Derecho Disciplinario, por lo menos en el ámbito de las Fuerzas Armadas, Seguridad y/o Policiales, tiene matices de heterodoxia jurídica que exigen su discusión por fuera de los exclusivos rigores del vetusto derecho administrativo.

El consenso internacional al cual adhirió nuestra Nación a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de la CADH estableció puntos en común que se constituyen en los ya referenciados estándares internacionales mínimos de respeto a los Derechos Humanos. Estos denominados “pisos mínimos” deben ser respetados por los Estados, y de ninguna manera por ser estándares deben ser entendidos como “techos” de los derechos y garantías a favor de las personas sujetas a la jurisdicción de los Estados. En esa línea, su regulación implica que las Naciones puedan transitar en la realización de los mismos siempre dentro de los estándares, donde la implementación interna de cada país los muestre en diferentes grados que alcancen puntos más elevados que otros o, incluso, algunos casos resulten esenciales garantías o derechos adicionales. Este mandato no es discriminante a ningún ámbito del derecho en particular, y ello implica no solo la adecuación de las normas, sino también una práctica consciente de parte de la ciudadanía, especialmente aquellos operadores que deban materializarlos (por ejemplo, Poder Judicial o en nuestro caso, aplicado al Régimen Disciplinario Militar).

Es por ello que la existencia de límites o pisos invulnerables se transforman en una valiosa herramienta en esa dinámica tensión del poder. Se debe crear entonces una relación simbiótica, donde el Sistema Interamericano y el orden interno de los Estados se fortalezcan mutuamente en un vínculo de retroalimentación.¹⁹ El alcance de la aplicación de los estándares del Sistema Interamericano en nuestro país, en materia de garantías procesales en cuanto nos importa, es irrestricto y de carácter progresivo, constituyendo las bases axiológicas del Sistema de Disciplina Militar, sea cual sea la naturaleza de la falta disciplinaria a reprochar y su correspondiente procedimiento aplicativo. Como destaca Martín Abregú: “En algún sentido, nos enfrentamos, entonces, a una paradoja histórica que nos muestra que, si el desafío de la postguerra era la internacionalización de los Derechos Humanos como única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidas,

¹⁹ Íbidem, p. 271.

el desafío de este fin de siglo es la nacionalización de los Derechos Humanos universales, como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno”.²⁰

Ahora bien, dicho paradigma necesariamente tuvo efectos en nuestro país, y frente a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación recogió los mismos mediante el fallo “Losicer”, dejando firme la postura en el derecho interno que todos los órganos o autoridades públicas a las que se hubiera asignado funciones jurisdiccionales en materia disciplinaria se encuentran obligados a respetar las garantías procesales enunciadas. En tal entendimiento, la Corte sostuvo: “Cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial no puede erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8° de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial –en ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”. Y Agregó “... que tampoco es óbice a la aplicación de las mencionadas garantías la circunstancia de que las sanciones (...) hayan sido calificadas por la jurisprudencia de esta Corte de carácter disciplinario y no penal (...) pues en el mencionado caso ‘Baena’ la Corte Interamericana –con apoyo en precedentes de la Corte Europea- aseveró que la justicia realizada a través del debido proceso legal se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales, pues admitir esa interpretación ‘equivaldría dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso...’.”²¹

Asimismo, es importante afirmar que a través de este fallo se constituye un cambio de paradigma respecto de la doctrina sentada

²⁰ Abregú, Martín (2005) “La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los Tribunales locales: una introducción”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 5.

²¹ CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA-Resol. 169/05 (Expte. 105666/86 – SUM FIN 708)”, fallo, consid (s), N° 4, 8 y 9.

en “Fernández Arias”. El procedimiento deja de ser una instancia de desamparo para el particular, a la espera de la ansiada instancia judicial en la cual finalmente será oído con todas sus garantías procesales para pasar a ser una verdadera oportunidad para defender adecuadamente sus derechos y pretensiones, quejas que constantemente se observan al interior de los Servicio Jurídicos de las Fuerzas Armadas. El personal militar sujeto a la jurisdicción disciplinaria militar tiene el pleno ejercicio de todas las garantías procesales que el sistema jurídico argentino reconoce, sin excepción a ninguna regla fundada en la mal interpretada teoría de la sujeción especial.

En esta línea, la doctrina entendió que en nuestro sistema de derechos la aplicación de las garantías a todo tipo de procedimiento sancionador de la Administración no se da ya por expoliación matizada de los principios del derecho penal al derecho administrativo, sino por aplicación directa -so pena de responsabilidad internacional- de las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales.²² Ello, está en sintonía, en cuanto importa al objeto de la presente investigación, al postulado consolidado por la Corte, al decir en su considerando final que la protección de las garantías procesales -en aquella conquista jurídica- es constitucional y convencional, es decir, este último, no como parámetro de comparación entre las estipulaciones constitucionales y la normativa infra constitucional, sino que el parámetro de comparación en este específico control está conformado ahora por el régimen contenido en el ya reiteradamente mencionado cuerpo supranacional denominado bloque de constitucionalidad.

Sin exceder el objeto de estudio específico, hay que afirmar que, si bien el control de convencionalidad es potestad de los Magistrados, en verdad, toda aquella autoridad legal con facultad jurisdiccional tiene la obligación de efectuarlo al momento de tomar conocimiento de los asuntos en su competencia, entre ellas, las militares responsables del proceso disciplinario. Agregamos una cuestión, al sólo efecto de despejar dudas. Si bien el control de convencionalidad es sobre las normas, y sobre todo aquellas incompatibles con la CADH, la cuestión no se

²² Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel; Justo Bautista (colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 169.

limitaría a ello, sino también a aquellas prácticas que derivan en actos de gobierno emanados por cualquier poder del Estado, sobre todo los vinculados a afectaciones de garantías o incluso, restricciones de derechos legalmente previstos, tal el caso del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas que legitima a la autoridad militar con potestad en la materia a imponer penas privativas de la libertad. Dicho de otro modo, la imposición de una medida en el marco de un procedimiento disciplinario, cualquiera sea su naturaleza, es un acto de gobierno que debe cumplir convencionalmente con los estamentos surgidos del mencionado bloque de constitucionalidad.

El denominado *Control de Convencionalidad* tiene una importancia relevante en nuestro estudio, ya que al ratificar nuestra Nación la CADH, asumen su cumplimiento obligatorio no sólo los Jueces que la aplican, sino también todos aquellos poderes públicos que constituyen el Estado Argentino, ya que la recepción del desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el derecho interno se consume, además del acatamiento de los pronunciamientos derivados de los Órganos del mismo, con la realización de dicho control. Es decir, el Poder Judicial debe ejercer el *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH, pero así también los diferentes órganos del Estado están obligados a su observación a los efectos que las disposiciones de la Convención no sean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En esta tarea, los diferentes poderes del Estado deben tener en cuenta no solamente la letra de la Convención, sino también la interpretación que de ella han hecho tanto la CorteIDH intérprete último de la CADH, como así también las recomendaciones de la CIDH.²³ Este punto es relevante para entender que el sistema jurídico argentino está compuesto por múltiples normas de diferente naturaleza, por lo cual al momento de activarse la acción disciplinaria en sus pautas específicas, la aplicación de las categorías jurídicas propias (por ejemplo, el derecho de defensa en el marco de los tres posibles procedimientos

²³ La postura brevemente explicada surge del precedente “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 26/9/2006, Serie C, n° 154. La recepción de la misma en nuestro país es a partir de “Mazzeo, Julio L. y otros”, 13/7/2007, Fallos, 330:3248 (Corte Suprema de la Nación).

en materia de faltas –Título IV del Código de Disciplina-), también deberá contar con el debido el control de convencionalidad entre estas normas jurídicas y la CADH.

En efecto, “cualquier norma interna debe ser sometida a dicho control, es decir, leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones -ello incluye sanciones disciplinarias- y hasta la propia Constitución Nacional; y que dicho control debe realizarse no solo por los órganos judiciales, sino también por toda autoridad pública al momento de sancionar una disposición. Así formulado, podemos animarnos a señalar que el control de convencionalidad superaría al tradicional control de constitucionalidad, pues puede resultar entonces que una norma interna resulte “constitucional”, pero “inconvenional”, si deviene contraria a la CADH o a la exégesis que de ella realice la CorteIDH, produciendo dicha inconvenionalidad el deber para los jueces nacionales de declarar inaplicable el precepto objetado.”²⁴ Queda claro que si bien la manda adscribe a una potestad del Poder Judicial, en forma intermedia a ello también obliga a toda autoridad pública a efectuarla al efecto de controlar sus propios actos de gobierno previamente a ser emitidos. Recordemos que el proceso disciplinario se encuentra sustanciado por diferentes actos de gobierno que emite la autoridad con potestad disciplinaria competente, por lo cual el mencionado control de convencionalidad de los mismos en los términos apuntados, también deviene de cumplimiento obligatorio, sobre todo aquellos que conformamos el Servicio Jurídico de las distintas Fuerzas Armadas.

No es menor indicar que la doctrina desprendida de estos pronunciamientos jurisdiccionales ya se empezó a replicar en las diferentes esferas inferiores de la justicia competente en entender en cuestiones disciplinarias surgidas de actos de gobierno de los Ejecutivos. Así, la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala V, en autos: “R.,M.N. y otros c. En-M. Seguridad-PSA resol. 513/09 (expte. SO2 441/07), s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, resolvió declarar nula una resolución mediante la cual se había cesanteado a dos agentes de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, considerando el acto sancionatorio afectado por haberse vulnerado el derecho de

²⁴ Trucco, Marcelo F, *Efectos de las recomendaciones de la CIDH*, LL, 2014-B, p. 73.

defensa. Ahora bien, el argumento más fuerte de ello fue la declaración de inconstitucionalidad del artículo 48 del Anexo IV al Decreto N° 1088/2003, toda vez que a los causantes se les cercenó el derecho de defensa técnica al no permitirles designar un defensor de su confianza. La cuestión radicaba en que la norma preveía que solo podía contar con abogados vinculados al organismo al que pertenecían los inculcados, cuestión a la que no accedieron por razones de sospechar parcialidad. En definitiva, efectuado el control de convencionalidad correspondiente, los Magistrados intervinientes (1° y 2° instancia), entendieron que dicha norma era inconstitucional por afectar el amplio derecho de defensa. La argumentación jurídica cae en evidencia, la norma específica no es la “verdad revelada”, menos aun cuando presenta caracteres de los viejos sistemas procesales inquisitivos, pero en lo que importa a nuestro objeto, una práctica de esta naturaleza, en el marco del Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas de técnica jurídica actual acorde a la convencionalidad exigida, menos aún.

Por otro lado, dentro de nuestra organización jurídica suele atribuírsele a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la misión de velar por la observancia de los derechos constitucionales de los ciudadanos, entre los cuales no podemos descartar al personal militar por su especial relación jurídica, tema que será abordado oportunamente. Inclusive el propio Alto Tribunal se ha autotitulado, en algunas oportunidades, “el supremo custodio de las garantías individuales”.²⁵ Sin embargo, es cierto que al hacerlo sobre la cuestión del derecho disciplinario ha ido forjando una doctrina que, al menos en el campo de las garantías procesales, resulta de fácil sistematización, ya sea ajustando los procedimientos a la materialidad de las mismas, y a su vez, limitando el ejercicio del poder disciplinario al someter las actuaciones de los operadores con competencia en la materia al más estricto cumplimiento de la dogmática jurídica surgida a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por sobre otra aspiración de naturaleza metafísica que no encuentra recepción más allá que la propia ideologización discriminante de quien pretende desvirtuar la ontología del derecho vigente. Así, quedan completamente descartados aquellos argumentos propios del derecho natural

²⁵ Fallos CSJN-279:40 (v. especialmente considerando N° 9).

que no se obedecen con el sistema de valores normativizados mediante la legislación correspondiente que podríamos resumir a grandes rasgos en la ética de los derechos humanos.

Con respecto al aporte surgido a partir del precedente “Losicer” dejamos al lector el trabajo de determinar el cúmulo de garantías reconocidas en la CADH que son viables en el ámbito disciplinario como se viene diciendo. Lo último que se indicará en relación al mismo es que su aporte es sumamente importante a la operatividad del bloque constitucional, ya que contribuye a determinar las delimitaciones de los principios y garantías aplicables a los procedimientos disciplinarios, siguiendo los pronunciamientos del Tribunal Regional de Protección de los Derechos Humanos, fijando la doctrina que enuncia como la “expansión horizontal del debido proceso”. En este sentido, las Dras. Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, refieren que “el debido proceso ha sufrido un doble proceso de expansión. Por un lado, aunque anclado inicialmente en el marco del Derecho Penal, el debido proceso es hoy una verdadera línea transversal en la función evaluadora de cualquier instancia de poder público, o incluso privado, que pueda de alguna manera afectar derechos. Así, ha experimentado una expansión que llamaremos horizontal. Pero, adicionalmente, el derecho al debido proceso ha sabido incluir cada vez mayores garantías y contenidos en su definición misma comprendiendo facetas distintas e innovadoras de garantías bien establecidas como el tribunal competente, independiente e imparcial, la noción de plazo razonable, el derecho de defensa, o la protección judicial, entre otros. A ello, nos referimos con expansión vertical. La labor de la jurisprudencia interamericana en la materia ha influido decididamente en esta progresividad y define hoy en día un debido proceso renovado que marca todo el sistema de protección de Derechos Humanos para nuestro país. En esta medida, los operadores jurídicos, en general, deberían apropiarse de este acervo jurisprudencial y dotar a su sistema nacional de todas las posibilidades y consecuencias prácticas del enfoque interamericano”²⁶. La conclusión es demasiado contundente como para agregar algo más, hago propia

²⁶ Salmón, Elizabeth; Blanco, Cristina (2012) *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Perú, 1° ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad

esta definición por representar el objeto de este estudio el cual acaba de quedar sustentado epistemológicamente y acorde a las reglas de la dogmática jurídica vigente.

Para finalizar, es importante ser enfáticos en señalar que el fallo “Losicer”, en cuanto a nuestro interés importa, demuestra, una vez más, el constante diálogo que hoy se plantea entre el derecho interno y el derecho regional de los Derechos Humanos. En el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplica en forma directa el artículo 8 de la CADH, siguiendo la interpretación que del mismo hiciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como su intérprete última. Fijado ello, es indudable que los alcances en materia de garantías procesales son inobjetables en cuanto aplican al régimen disciplinario militar, sea cual sea la naturaleza del procedimiento que se impulse. En este punto no existe excepcionalidad para restringir garantías procesales fundadas en la especificidad del género jurídico. Entenderlo de otra manera, ya sea con el dictado de normas internas o las ya mencionadas prácticas consuetudinarias de tinte inquisitivas, colocaría al Estado Argentino al borde de una posible denuncia ante los Organismos Regionales de Protección de Derechos Humanos.

III. CASO TESTIGO. APLICACIÓN DEL MODELO PROPUESTO

La garantía de Acceso a la Justicia (Tutela Administrativa Efectiva), en casos de violencia de género, circunscriptos a la jurisdicción disciplinaria militar. El curso de la acción disciplinaria a partir de la denuncia/noticia de sucesos que conmueven, a su vez, el ámbito del derecho penal por tratarse también de delitos que requieren una condición de procedibilidad previa denominada “habilitación de instancia”. La participación en el proceso de la denunciante.

Antes de iniciar, resultará pertinente describir el cuadro de situación de lo pretendido en este punto. Así, la cuestión está dada en aquellos hechos que materialmente, en principio, son subsumibles de

Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú, 2012, p. 84.

ser encuadrados jurídicamente como violencia de género, conforme los estándares surgidos a partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), y su replique a nivel local, mediante la sanción de la ley N° 26.485 (Ley de Protección Integral de la Mujer). A título ilustrativo, y muy resumidamente debido al gran número de hechos que se pueden dar en la materia, las previsiones normativas y consideraciones jurídicas que se desarrollaran no se referirán a ningún caso en particular, y si a todo aquello que pueda comprender violencia de género, en los términos de las normas antes señaladas, y que a su vez, como correlato, corresponda el inicio de la acción disciplinaria, en función del Anexo IV – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas” de la Ley N° 26.394, pero que por la naturaleza del suceso, la conducta disvaliosa amerite ser subsumida en alguna figura del Código Penal que genere el impulso de la pertinente acción, en los términos del artículo 72.

Aclarado ello, la situación en particular surge al momento de presentarse los hechos ante la autoridad militar con potestad disciplinaria, ya sea por la propia denuncia de la víctima o por el estado público que tomó la noticia que derivó en su conocimiento. Sería prudente dejar en claro que los eventos que se consignarán a continuación responden exclusivamente a aquellos circunscriptos a la jurisdicción disciplinaria militar, sin perjuicio de los acontecimientos que de ello derive en materia de juzgamiento en el ámbito de la justicia penal o civil dependiente del Poder Judicial de la Nación.

En resumen, la problemática responde a dar respuesta cuando se susciten este tipo de hechos en una Unidad militar, teniéndose en cuenta dos particularidades: a) en principio, la naturaleza de los hechos pasibles de violencia de género, representan, además, un encuadre penal que en el gran cúmulo de casos devienen en delitos dependientes de instancia privada, en orden a lo previsto en el artículo 72 del Código Penal; y b) dicha naturaleza, en el caso de la justicia penal ordinaria, requiere como condición de procedibilidad que la víctima inste la acción penal, en forma previa, para poder activarse la persecución penal correspondiente. A este tipo de casos de violencia de género nos referiremos, ya que muchos de los lineamientos aquí planteados pueden servir de soporte para otro cúmulo de casos de

similar naturaleza (ejemplo, lesiones en los términos del artículo 94 del Código Penal, sobre hechos no calificados como violencia de género), y así, se verificará como se articulan todas las normas antes referidas con el Código de Disciplina, de lo cual podemos adelantar una posible conclusión: no hay impedimento alguno para que prosperen este tipo de denuncias en el ámbito de la jurisdicción militar, siendo una obligación de parte de la autoridad con potestad disciplinaria impulsar la correspondiente actuación, sin la necesidad de ningún requisito de procedibilidad previo o diligencia preliminar que entorpezca la acción disciplinaria, cuando esta corresponda. La garantía que se pondrá en juego en caso de su negativa es el acceso a la justicia (Tutela Administrativa Efectiva-Derecho a ser oído), y la norma que obliga a denunciar un suceso acaecido en jurisdicción militar, es el artículo 177, inciso 1 del Código Procesal Penal de la Nación, sin perjuicio de que posteriormente la víctima decida no proseguir con la acción correspondiente, ponderaciones que serán materia de examen de parte del Poder Judicial competente.

Antes de avanzar sería prudente efectuar otra aclaración de vital importancia. Los fundamentos que se utilizarán a continuación presentan un variado cúmulo de citas que hacen alusión a la Tutela Judicial Efectiva. Sin embargo, debemos ser enfáticos en afirmar que esta garantía (recurso para el acceso) tiene idéntico alcance a la denominada Tutela Administrativa Efectiva, es decir, etimológicamente en el mundo jurídico son lo mismo, y vienen a representar un solo conglomerado de principios generales de derecho atendibles en la materia específica. Esta postura, fue sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de autos “Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comfer”. Sin ser este el objetivo de plasmar los contenidos de este pronunciamiento, es importante enfatizar algunos aspectos. La Corte funda la protección de los derechos de los particulares en sede administrativa en la vigencia del principio de la tutela administrativa efectiva, y para ello consigna: a) su vinculación directa con el principio de tutela judicial efectiva, que tiene su ámbito de aplicación dentro del proceso; y b) en cuanto a su alcance, que se extiende tanto en la etapa de formación de la decisión administrativa como de su posterior impugnación ante la misma Administración. Destaca, asimismo, que este principio importa el derecho del particular de “ocurrir” y “recurrir” ante las autoridades

administrativas competentes y “obtener” una decisión; con la correlativa obligación de la Administración de “resolver”, previo observar el debido procedimiento, mediante una decisión “motivada”. Así, lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir que el artículo 18 de la Constitución Nacional y las normas convencionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, resguardan el derecho a la tutela administrativa efectiva.²⁷

Señalado ello, debemos decir que entre los derecho protegidos en el sistema interamericano se encuentra consagrado el derecho a la tutela efectiva de todos los derechos (también denominado como “derecho al acceso a la justicia”, “derecho a la jurisdicción”, “derecho a la protección judicial/administrativa”, etc), pero ello merece una aclaración, la tutela efectiva de los derechos como principio consagrado en la CADH, no refiere solo a los derechos que se encuentran protegidos en el ámbito internacional, sino que involucra también a todos los derechos que se encuentren reconocidos por el derecho interno, ya sea a través de la Constitución Nacional, una ley nacional, una constitución provincial, una ley provincial, un reglamento, un decreto de un órgano ejecutivo, una resolución ministerial o cualquier fuente de derecho. Desde esta perspectiva, una correcta hermenéutica del sistema nos conduce a interpretar que el derecho a la “tutela efectiva de los derechos”, constituye un concepto o derecho autónomo que trasciende la protección internacional de los derechos y forma parte de las obligaciones que los Estados se comprometieron a respetar y garantizar en el ámbito interamericano con relación a todos los derechos reconocidos en sus respectivas jurisdicciones, debe existir un mecanismo para garantizar su tutela efectiva frente a una amenaza o su afectación, ese es el alcance del compromiso internacional asumido por los Estados

²⁷ La Corte establece que esta garantía supone “la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos una sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937;311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudiesen eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada (Fallos 310:1819). Consid. 7º, caso “Astorga Bracht”.

cuando suscribieron la CADH y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos con dispositivos similares.

En consecuencia, podemos decir que la obligación de garantizar la tutela efectiva de los derechos se infringe cuando el Estado, frente a la vulneración de un derecho, no provee un mecanismo de neutralización y/o reparación, aun cuando ese derecho encuentre cobertura solo en una norma nacional. La idea propuesta en estos párrafos, se refleja y desprende del art. 25 de la CADH, cuando expresa: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. Como se observa, la norma no limita la protección a los derechos que emerge de la CADH, sino que se extiende a los derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución y en la ley. Es decir, se trata de una cláusula autónoma de protección de los derechos que trasciende los derechos protegidos en la CADH. A su vez, consideramos que el término ley que emplea la CADH en su art. 25, debe ser interpretado como ley en sentido material, es decir, como norma jurídica general emanada de cualquiera de los poderes del Estado, toda vez que dicho art. 25 se vincula con el reconocimiento de derechos y no con su restricción, por lo que se impone una interpretación amplia del término, de conformidad al principio Pro Persona o *Pro Homine* (sobre este último concepto se volverá en la próxima entrega).²⁸

Por su parte, y en forma compatible con la lógica propia del derecho internacional de los derechos humanos, el Sistema Interamericano no impone que el mecanismo de protección de los derechos sea (exclusivamente) en todos los casos dentro del marco de la estructura judicial (sin perjuicio de aspirar a ello), lo que procura es que el Estado, en el marco de su soberanía, diseñe un sistema interno que permita proteger efectivamente los derechos reconocidos en su jurisdicción, dando cumplimiento a dicha obligación aun cuando los carriles para su protección no sean siempre previstos en el marco de la estructura de un Poder Judicial (puede ser administrativa, mixta, etc). Esto no

²⁸ Toledo, pablo R, ob. cit, pp. 60-62.

implica que el Estado no deba contar con un sistema judicial interno propio –pilar fundamental de un sistema republicano y democrático–, sino que solo significa que pueden existir derechos que contemplen una vía procesal administrativa, que mientras sea efectiva para proteger al derecho y se respete el debido proceso, cumplirá con el estándar interamericano sobre tutela efectiva.²⁹

Con relación al alcance del acceso a la justicia, es conveniente destacar que el núcleo esencial de esta garantía resulta canalizador de diversos aspectos, e integrador de múltiples potestades. En ese sentido se explica que el acceso a la justicia es un concepto más amplio que el de la jurisdicción, porque aquella noción condensa un conjunto de instituciones, principios jurídicos y garantías procesales, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer y realizar la tutela jurisdiccional de los derechos de los justiciables, en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica.³⁰

Resulta a esta altura del desarrollo más que evidente que la garantía (recurso para el acceso) tiene plena aplicación también en el sistema disciplinario militar, en forma total e integral. Ahora bien, para alcanzar los estándares antes mencionados es menester que los operadores del sistema brinden los recursos necesarios para la concreción material de la garantía al acceso a la justicia, en el marco de un proceso disciplinario militar, y esto, en verdad no es excluyente para ningún tipo de falta en particular. La particularidad de los casos de violencia de género, y en la casuística indicada anteriormente, radica en la ilusoria idea de que la misma deba ser activada recién a partir de la denuncia de la víctima, es decir, al instar la acción penal en sede judicial, como requisito de procedibilidad, conforme lo establecido en el artículo 72 del Código Penal. Ya habíamos adelantado que esta postura no es plausible, no solo por ser vejatoria de la garantía puesta en análisis,

²⁹ Ibid; p. 63.

³⁰ Sagues, María Sofía; *El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, p. 594 (consulta en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/27.pdf>).

sino también porque frente a su incumplimiento se estaría evadiendo la responsabilidad que tiene la autoridad militar con potestad disciplinaria de impulsar la acción correspondiente, conforme lo previsto en los artículos 2, inciso 1; y 6 del Código de Disciplina.

La imprecisión tiene su origen a raíz de la presunta “falta de habilitación de instancia” para ordenar la correspondiente actuación disciplinaria, según el caso, donde la interpretación facciosa en materia de género crearía la idea en la autoridad militar competente de verse imposibilitada de ejercer su potestad disciplinaria. Esto surge de la excusa habitualmente observada en el ámbito propio de “no contar con la denuncia de la víctima y por tratarse de un derecho personalísimo”, que serviría como obstáculo legal para imponer sanciones producto de una investigación escrita. Es decir, la garantía de acceso a la justicia afectada a la víctima de violencia de género radica en haberse negado el inicio del procedimiento bajo pretexto de existir un obstáculo jurídico -contar con la denuncia formal (escrita)- para encaminar el adecuado juzgamiento.

Entonces, la afectación tiene un doble significado: por un lado, la autoridad militar obligada al mantenimiento de la disciplina en la Unidad militar evade su responsabilidad; y por el otro, la víctima del hecho, encuentra bloqueada la real y efectiva posibilidad de acceder a la justicia eficaz en el ámbito propio. A título ilustrativo de lo señalado, cabe mencionar que el sistema disciplinario castrense prevé como sujetos del proceso únicamente al Instructor, la defensa y los órganos de juzgamiento, no siendo parte el/la denunciante/víctima (v. Cap II Dec. 2666/12), sin perjuicio que su participación es sumamente relevante en el desenvolvimiento del proceso. A su vez, y para el caso que así corresponda, el desenlace de los sucesos ventilados en las actuaciones disciplinarias puede traer aparejado el nacimiento de derechos subjetivos para la víctima que posteriormente ameriten otras acciones a ejercitar. Sin perjuicio de ello, en orden a la naturaleza de los hechos (vulneración de derechos humanos en materia de violencia de género), se estima pertinente habilitar una fluida participación de la denunciante en todo el proceso por ser subsidiariamente la afectada de la conducta pesquiada. Ello, también tiene asidero en la garantía en cuestión, toda vez que el Estado Argentino, y particularmente el Ministerio de Defensa y las respectivas Fuerzas Armadas, vienen impulsando políticas públicas

tendientes a establecer estructuras eficientes en la materia abordada, a través de Organismos especializados en la materia.

Esto tiene relación con el único bien jurídico que se afecta bajo el amparo del Anexo IV de la Ley N° 26.394 – “Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas”, es decir, el contemplado en los artículos 1; y 2, inciso 2: el cumplimiento eficiente de las funciones del servicio como objetivo inexcusable para preservar la disciplina militar. Cabe advertir que la acción disciplinaria y sus efectos son independiente de cualquier otra responsabilidad militar, civil, penal o administrativa que corresponda por los mismos hechos (v. art. 2, inc. 4 Código de Disciplina), motivo por el cual la misma conducta disvaliosa puede generar variadas pretensiones que se ejercerán mediante el impulso de la acción que corresponda en su ámbito, autoridades jurisdiccionales y normas específicas. Es decir que el Código de Disciplina no ha previsto condiciones de procedibilidad similares al Código Penal, toda vez que la autoridad militar competente, cual sea la naturaleza del procedimiento, no puede verse imposibilitada de impulsar la acción que la misma norma lo obliga a actuar en función al bien jurídico específico. La negativa a ello incurriría en el incumplimiento de los deberes asignados a su función.

En definitiva, la autoridad con potestad disciplinaria asume para sí la obligación de investigar los hechos bajo su competencia, sin que ello traiga aparejado vulnerar la intimidad de la denunciante, en razón que lo que se pretende con el accionar disciplinario es restablecer la eficiencia del servicio dentro de la jurisdicción militar, lo cual no puede estar librado al ámbito de decisión privada del personal sujeto a dicha jurisdicción. Asumir que la potestad disciplinaria se ve impedida por decisiones privadas del personal sujeto a la jurisdicción militar representa un grave peligro al principio previsto en el artículo 2, inciso 1 del Código de Disciplina: “Quien ejerza el comando es responsable del cumplimiento de las tareas y objetivos encomendados, sin perjuicio de las acciones disciplinarias que deba ejercer para asegurar el logro de los objetivos. Las sanciones a sus subordinados no eximen de la obligación de procurar el éxito de sus tareas”.

Por tal motivo, los requisitos de habilitación de instancia en el ámbito disciplinario no responden en idénticos términos a lo previsto en el artículo 72 del Código Penal, sin perjuicio que las circunstancias

ventiladas en el caso en particular refieran a hechos sensibles, por ejemplo, afectaciones a la integridad sexual en materia de violencia de género que ameritan la confidencialidad necesaria que resguarde a la denunciante de una posible revictimización. En tal sentido, se concibe que con la Ley N° 26.485, el Estado ha demostrado su alto nivel de compromiso en la lucha contra este flagelo, circunstancia que permite presumir que ocupa no solo un papel predominante en la agenda de las agencias gubernamentales, sino más bien que se transformó en una cuestión de interés público (v. art. 1).

Ahora bien, no escapa al presente análisis que la habilitación de instancia mencionada en el artículo 72 del C.P. (que no corre para el sistema disciplinario militar en el mismo sentido), sin perjuicio de la confidencialidad que se le dará al asunto, se fundamenta en el daño adicional que podría ocasionar el *stepitus fori*, aumentando la deshonra experimentada por el delito padecido. Sin embargo, más allá que dicha cláusula operativa no representaría un escollo para encaminar el procedimiento en el ámbito disciplinario, es menester recordar que los esfuerzos asumidos para prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género, colocan a las agencias estatales en una obligación imperante para que la víctima obtenga un acceso efectivo a obtener justicia en forma adecuada. Se recuerda que el acceso a una tutela efectiva de la justicia también es una garantía que debe respetarse acabadamente (v. art. 18 C.N; art. 8 CADH, entre otros). A su vez, el artículo 7 de la Convención De Belém Do Pará, establece que los Estados parte: “condenan toda forma de violencia contra la mujer y se obligan a sancionar la violencia (...); f) establecer procedimientos legales justos y eficaces (...), un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (...)”. Por su parte, la mencionada Ley N° 26.485, ha fijado que sus disposiciones son de orden público (v. art 1). A su vez, el Capítulo II de la citada norma, establece detalladamente los mecanismos legales para agilizar las denuncias por violencia de género, previendo la forma oral o escrita para presentarlas ante las autoridades judiciales o administrativas. Asimismo, el Capítulo I establece las garantías mínimas judiciales y/o administrativas que debe garantizarse.

En ese conducto, la jurisprudencia más reciente ha entendido que la denuncia verbal ante autoridad pública, respecto a los delitos contra la integridad sexual, satisface el requisito de “denuncia del agraviado”

previsto en el artículo 72 del Código Penal de la Nación, ya que la conducta asumida por la denunciante indica, inequívocamente, que su voluntad es radicar la denuncia pertinente sin perjuicio de la formalidad del acto (Conf. R, M. "Procesamiento. Juzg. Nac. Crim n° 36. P. ". Cámara Nacional De Apelaciones en lo Criminal y Correccional -Sala 7-; 6/06/2017). Asimismo, resulta gráfico invocar la postura en la materia de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia de San Juan en relación a la habilitación de instancia del artículo 72 del C.P. Expresándose en los siguientes términos: "Téngase en cuenta además el estado de conmoción psicológica por el que atravesaba la víctima lo cual explica la simplicidad de su primera declaración y su posterior complementación dando mayores detalles de lo sufrido. Debe tenerse en cuenta que la denuncia en los delitos de acción dependientes de instancia privada no requiere la observancia de solemnidades formales o ritualismos específicos; lo único que se exige es una manifestación de voluntad, cualquiera sea su forma, enderezada a poner en movimiento la acción penal, que evidencie el propósito de remover el obstáculo que impedirá la investigación del delito. En esencia, basta el anteciamiento del hecho ante la autoridad encargada de la investigación del delito. (N. N. s/ Privación ilegítima de la libertad, abuso sexual y coacción s/ Casación, 7/4/2017).

Como se aprecia, el hecho de que existan actos inequívocos mediante los cuales la víctima expresa su voluntad de que la acción punitiva prospere, supera cualquier obstáculo que interrumpa la adecuada investigación de los sucesos, más aún si el hecho demuestra notorios indicios de violencia de género. Además, presumir que la falta de formalidad (escrita) en la comunicación del hecho claramente constitutivo de violencia de género es un impedimento, representa el gravísimo riesgo de tener a la víctima en una posición de "consentimiento implícito" de este tipo de agresiones, y con ello, no alcanzaríamos el objetivo asumido de evitar su revictimización (v. art. 3, inc. K) Ley N° 26.485).

En esa idea, la problemática también fue abordada por la Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación, al decir: "En una reciente investigación cualitativa de un conjunto de causas que involucraban hechos de violencia de género en trámite ante la justicia nacional en lo criminal y correccional de

la ciudad de Buenos Aires, se sostuvo que, del análisis de los casos seleccionados, surgía “la existencia de patrones comunes, vinculados a la falsa dicotomía entre lo público y lo privado; la imposición a la víctima de la carga de impulsar la investigación; y la falta de exhaustividad en la investigación.”³¹ Y, continúa el citado Organismo dependiente del Ministerio Público, respecto a la falta de anoticiamiento: “Teniendo en claro entonces, la importancia del enfoque de género en casos como el presente, mirada bajo la cual debe hacerse la interpretación del art. 72 del CP, no debemos olvidar que la circunstancia de someter la acción penal al requisito de la instancia estaría fundada en la preocupación por evitar a la víctima que se duplique su lesión al tornar conocidos los hechos que pudieron quedar dentro de su ámbito de reserva. Por ello, puesto en conocimiento los hechos por la víctima esa reserva inicial, que se previó en principio para los delitos contra la integridad sexual, a los cuales se sumaron más tarde, las lesiones leves y el impedimento de contacto con los/as hijos/as, deja de ser tal, y el Estado asume, a través de sus agentes, la responsabilidad de perseguir los hechos.”³²

Es de destacar que los patrones culturales sexistas se filtran en las instituciones en forma transversal, obstaculizando a las mujeres a la garantía del acceso a la justicia, a través de artilugios plagados de formalismos. En el caso que nos atañe, la vida militar no ha sido la excepción pese al gran esfuerzo que los diferentes organismos de las Fuerzas Armadas vienen realizando en la materia. A su vez, diferentes estudios muestran como la visión sexista de los funcionarios vinculados al mundo de la justicia (incluimos el ámbito propio), filtran en sus decisiones, todo tipo de prejuicios derivados del comportamiento previo y la historia de vida de las mujeres.³³

³¹ Raquel Asensio et. Al; (2010) *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y violencia de género*, 1ª ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, capítulo 3, p. 39.

³² Dictamen presentado por el Programa sobre Políticas de Género en una causa de violencia en el ámbito intrafamiliar; Ministerio Público Fiscal, 4/04/2013, p. 8.

³³ Pujó, Soledad; *Del dicho al hecho, la cuestión del acceso a la justicia*, en “Ciudadanía; Democracia y Derechos Humanos para las Fuerzas Armadas; la experiencia de talleres desarrollados entre 2006-2008”, publicaciones Ministerio de Defensa, p. 147.

Asimismo, es necesario indicar que la garantía de acceso a la justicia guarda estrecha relación con el derecho a *ser oído*, el cual implica, en términos generales, permitir la posibilidad cierta de recurrir ante los órganos de Estado que resulten competentes para adoptar una decisión que pueda afectar derechos o intereses, a los fines de hacer valer una o más pretensiones, y explicar sus razones. En el procedimiento administrativo el derecho a ser oído implica que, antes de la emisión de un acto de alcance particular, se otorgue al individuo la posibilidad de tener acceso y ser tenido por parte en el expediente. En este sentido, el *derecho a ser oído* es sinónimo de *tutela judicial efectiva (Administrativa)*, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal (Órgano administrativo) para que éste pueda pronunciarse. Por ello, toda forma de obstaculizar el acceso a la justicia,³⁴ así como aquellas limitaciones -políticas, jurídicas, etc.³⁵ o de cualquier otro tipo³⁶—, que impidan la posibilidad real de las autoridades de ejercer sus funciones, entre ellas, dictar resoluciones útiles, resulta contraria al derecho a ser oído.

Claramente, la figura de la víctima en los sucesos de violencia de género acaecidos en el ámbito militar revista una relevante importancia

³⁴ En el Caso *Cantos*, la Corte IDH decidió que la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa (por no pagarla en plazo) previstas por la legislación argentina constituyen “una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda”, declarando en consecuencia que el Estado argentino violó el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la CADH. Corte IDH, Caso *Cantos vs. Argentina*, del 28-11-02, párr. 54.

³⁵ El más claro ejemplo en la Argentina lo representan las leyes de obediencia debida y punto final, declaradas inconstitucionales por el Máximo Tribunal. CSJN, *Simón*, 2005, Fallos 328: 2056. En sentido concordante, la Corte IDH en el Caso *Barrios Altos*, entendió que resultan incompatibles con la CADH las leyes de amnistía del Estado demandado del Perú ya que impidieron que los familiares de milas víctimas y las víctimas sobrevivientes fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el art. 8.1 de la CADH. Corte IDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, ya cit., párr. 42.

³⁶ En el Caso *Genie Lacayo*, la Corte IDH encontró violatorio del artículo 8.1 de la CADH el hecho de que “las autoridades militares de Nicaragua obstaculizaron o no colaboraron de manera adecuada con las investigaciones [...]”. CorteIDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, del 29-1-97, párrs. 64 y 76.

que, conforme la dogmática jurídica señalada, y las políticas públicas en la materia, nos indica que su participación en el proceso disciplinario es ineludible, siendo necesario brindar los mecanismos necesarios para que la misma se desenvuelva con la mayor amplitud posible sin que ello imposibilite la misión principal del sistema disciplinario militar: restablecer la eficiencia del servicio.

En resumen, la garantía efectiva de acceso a la justicia en materia de violencia de género, si bien ha encontrado grandes avances, la realidad de las prácticas aún está lejos de las previsiones deseables que la garantía pretende. Asimismo, podemos advertir que esta disfunción responde a procesos históricos arraigados en las prácticas y discursos sociales que se hallan todavía naturalizados, donde la sola declaración de cumplimiento de los derechos humanos es insuficiente para garantizar el eficaz acceso a la justicia de las víctimas de violencia género. Particularmente, y considerando que es la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos en democracia, resulta imprescindible que tanto las luchas ciudadanas como las iniciativas Estatales para lograr su operatividad consideren los condicionantes estructurales que la obstaculizan.³⁷ En lo particular, la presunta falta de denuncia o impulso de la acción penal de la víctima no representa impedimento alguno para que la autoridad militar con potestad disciplinaria, en sus competencias, impulse el procedimiento disciplinario que la naturaleza de los hechos amerite. Entenderlo de otra manera coloca al sistema disciplinaria en estado de vulnerabilidad frente a su obligación de restablecer la eficiencia del servicio. En definitiva, un adecuado entendimiento del paradigma requiere que los operadores del sistema disciplinario militar eliminen prácticas no convenientes con los estándares en derechos humanos en materia de violencia de género, sin perjuicio de que aquellos procesos que se encaminen a tales efectos cumplan acabadamente con el resto de garantías procesales que gozan los presuntos infractores. Una cuestión no será excluyente de la otra, toda vez que las garantías son complementarias y no discriminantes.

³⁷ Ibid, p. 148.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- Abregú, Martín (2004) *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los Tribunales locales: una introducción*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ra ed., 1º reimp. Editores del Puerto, Buenos Aires.
- 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
- Alonso Regeira, Enrique M (Dir) (2013) *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Facultad de Derecho UBA, Ed. La Ley, Buenos Aires.
- Bidart Campos, Germán (1997) “La responsabilidad del Estado en tratados con Jerarquía Constitucional”, en *Revista Entre Abogados*, Año V, N° 1, San Juan.
- Bielsa, Rafael (1957) *Derecho Constitucional*, 1º ed, Depalma, Buenos Aires.
- Bonetto de Scandogliero y Piñero de Ruiz (1994) “Teoría crítica del Derecho”, en *Revista del Centro de Estudios Avanzados*, Universidad de Córdoba, número 3, pp. 63-71.
- Derecho Militar Contemporáneo (2014) *El sistema de administración de justicia militar a partir de la Ley Nacional N° 26.394*, publicaciones del Ministerio de Defensa de la Nación Argentina.
- Carrio, Alejandro D (1997) *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, 1er reimp, Buenos Aires,
- Canosa, Armando N, *Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva*; RAP 323
- 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/>

- Cárcova, Carlos (1993) *Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre derecho y política*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- Desimoni, Luís María (1996) *Garantías constitucionales, actividad prevencional y Derechos Humanos*, Ed. Policial, Buenos Aires.
- Documentos de Programas sobre Políticas de Género para Fiscales: *La investigación de violencia contra las mujeres con perspectiva de género*; Página Web del Ministerio Público Fiscal de la Nación.
- Entelman, Ricardo (1991) “Discurso normativo y organización del poder”. en E. Marí, A. Ruiz., y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi (1998) *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., 3ª ed., Madrid, Trotta.
- Forero Salcedo, José Rory, “Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: Análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo”, en *Revista Dialogos de Saberes*, N° 25 (julio-diciembre de 2006), págs. 211-238.
- García Rossi, Magdalena, “La prescripción vis a vis el “plazo razonable” en el derecho administrativo sancionador. Notas sobre la doctrina de la especial sujeción”, en Id Infojus: DACFI130184 (22 de julio de 2013). Sitio de consulta: www.infojus.gov.ar.
- Gelli, María A (2005) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed.
- Gordillo, Agustín, “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales”, en *Revista de la Administración Pública*, volumen 215.
- Gordillo, Agustín (2003) *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 8ª ed
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel; Justo Bautista (colaborador), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez* (2000) *Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (1ra ed. 1994), Trotta, Madrid.
- Habermas J y J. Rawls (1998) *Debate sobre liberalismo político: Reconciliación mediante el uso público de la razón*, Barcelona, Paidós.

- Hacia un nuevo enfoque en la formación para la Defensa Nacional. Publicaciones del Ministerio de Defensa.
- Jimenez, E y Tazza, A (2010) *Sistema Jurídico Militar*, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- La Reforma Integral del Sistema de Justicia Militar: Un paso más en el proceso de modernización democrático de las Fuerzas Armadas (2006-2008). Colección de Debates Parlamentarios de la Defensa nacional. Mensaje N° 367 del Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación; 17 de abril de 2007
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki (1994) *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Ed. Civitas S.A.
- Legaz Lacambra, L (1960) “El Estado de Derecho”, en *Humanismo, Estado y Derecho justo*, Barcelona, Bosch.
- Lozano, Manuel (2006) “Régimen disciplinario militar. El caso argentino”, en *Curso de Especialización en Derechos Humanos*, publicaciones del Ministerio de Defensa, 2da edición.
- Marienhoff, Miguel (1978) *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, n° 1021, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Mayer, O (1994) “Deutsches Verwaltungsrecht, Duncker y Humbolt”, 3° ed., Berlín (1961), citado por Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Ed. Civitas S.A., Madrid.
- Maier, Julio B.J (2012) *Derecho procesal penal, t. I. Fundamentos*, 4ta ed, Ed. Del Puerto, CABA.
- Manili, Pablo Luís (1999) “La difícil tarea de elaborar un concepto de derechos humanos”, en *Revista jurídica de la UCES*, Año I, N° 1, Buenos Aires.
- Martyniuk, C (2017) *Reglas, Valores y Sensibilidad: Figuras de una noche polar de helada oscuridad y dureza*, Buenos Aires, La Ley.
- Medina Quiroga, Cecilia (2005) *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Costa Rica, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Miller, Jonathan M.; Gelli, María A.; y Cayuso, Susana (1991) *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea.
- Orihuela, Andrea M (2010) *Constitución Nacional Comentada*, 5ta ed; Ed. Estudio, Buenos Aires.

- Orihuela, Andrea M (2010) *Ley de Procedimientos administrativos Comentada*, 1ra ed, Ed. Estudio, Buenos Aires.
- Palacios, Leonardo Pablo (2013) “Derechos humanos y sanciones disciplinarias a los agentes públicos” en *Estudios de Derecho Público/Edgardo Acuña...* (et.al.); Buenos Aires: Asociación de Docentes – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA.
- Parejo A.L (1997) “Las categorías de las relaciones especiales de sujeción”, en *Problemática de la administración contemporánea*, Muñoz, Guillermo A. y Salomoni, Jorge L., Ed. Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires.
- 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.
- Pujó, Soledad, “Del dicho al hecho, la cuestión del acceso a la justicia”, en *Ciudadanía; Democracia y Derechos Humanos para las Fuerzas Armadas; la experiencia de talleres desarrollados entre 2006-2008*, publicaciones Ministerio de Defensa.
- Repetto, Alfredo (2001) *Sobre el régimen disciplinario del agente público*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Repetto, Alfredo (2008) *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires.
- Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo (a cargo de Agustín Gordillo) del 19 de abril de 2005
- Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación, n° 19, pág. 297: el fundamento de la sanción disciplinaria reside en lo expuesto, conf. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, n° 356 y 359, Tea, Buenos Aires, 1951, n° 18 (1995)
- Rinaldi, N. (2013) “¿Son inmutables los principios generales del derecho?” en las actas de la “Cuarta Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los Principios Generales del Derecho”, Universidad de Flores, Buenos Aires.
- Rinaldi, N. (2007) *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, Edictum.

- Roggero J. (2017) *El reverso del derecho: desmontajes del discurso jurídico*, Buenos Aires, La Ley.
- Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina (2012) *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Perú, 1º ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú.
- Rafecas, Daniel Eduardo (2004) “Una aproximación al concepto de garantismo penal”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires.
- Raquel Asensio (2010) *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y violencia de género*, 1ª ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, capítulo 3.
- Roxin, Claus (1976) *Sentido y límites de la pena estatal” en Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus.
- Sagues, María Sofía; “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, (consulta en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/27.pdf>).
- Salomoni, Jorge Luís (1997) “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino”, en *Problemática de la administración contemporánea*, Muñoz, Guillermo A. y Salomoni, Jorge L, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina.
- Toledo, Pablo R (2007) *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc.
- Wlasic, Juan Carlos. (dir), María Estela Fernandez Puentes y Daniel Alejandro Lanza (2000) *Convención Americana sobre Derechos Humanos, anotada y concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rosario, juris.
- Weber, Max (1979) *La política y el científico*, Madrid, Alianza, 5ª ed.
- Zaffaroni, Eugenio (2006) *Manual de Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Ed. Ediar.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO CONCLUSIVO VOLUNTARIO

EUGENIO SIDERIS¹

Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP);
Dirección General Impositiva (DGI) - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 322-347

Resumen: En aquellos casos de incertidumbre el nuevo procedimiento permite incorporar la participación del contribuyente a fin de lograr la convergencia de criterios con la finalidad de alcanzar un acuerdo mediante la obtención de la más certera determinación de la deuda tributaria. Hemos indagado si el acuerdo conclusivo es en esencia un contrato o un acto administrativo y dado que la determinación se referirá a una obligación ya nacida estableciendo únicamente los términos en que la ley ha de aplicarse a unos hechos concretos llegamos a la conclusión que se materializa en un acto individual. La adhesión que efectúa el contribuyente al informe no crea ninguna obligación con fuerza de ley, ya que al ser actos autónomos e independientes no se da una concurrencia de voluntades de la que emane una vinculación, sino que esa conformidad constituye un acto preparatorio. Finalmente, de admitir la propuesta el Administrador Federal emitirá un acto que no podrá prescindir de los hechos determinantes y su cuantificación probados y aceptados en el acuerdo, por consiguiente, ese acto de aceptación mediante el cual se da validez y eficiencia al acuerdo será un acto resolutorio administrativo unilateral y no un contrato.

Palabras clave: Acuerdo; Acto administrativo; Acto Preparatorio; Adhesión

¹ Contador Público (UBA) Abogado (UNLP) Especialista en Derecho Tributario Facultad de Derecho (UBA) Jefe Int. División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Oeste AFIP-DG.



Abstract: In those cases of uncertainty, the new procedure allows incorporating the participation of the taxpayer in order to achieve convergence of criteria to reach an agreement by obtaining the most accurate determination of the tax debt. We have inquired whether the conclusive agreement is in essence a contract or an administrative act and given that the determination will refer to an obligation already born, establishing only the terms in which the law has made specific facts, we reached the conclusion that it materializes in a individual act. The adhesion that the taxpayer makes to the report does not create an obligation with the force law, since being autonomous and independent acts there is no concurrence of wills from which a connection emanates, but instead that conformity constitutes a preparatory act. Finally, if the proposal is admitted, the Federal Administrator will issue an act that will not be able to dispense with the determining facts and their quantification proven and accepted in the agreement, therefore, that act of acceptance through which the agreement is valid and efficient will be an unilateral administrative act resolution and not a contract.

Keywords: Agreement; Administrative act; Preparatory act; Adherence

1. INTRODUCCIÓN

La presente colaboración tiene como objetivo el análisis de la naturaleza jurídica del Acuerdo Conclusivo Tributario que ha sido incorporado al procedimiento de determinación tributaria.²

Situar cierto instituto en un determinado marco normativo propuesto permite obtener una esencia común a la situación expresamente prevista en éste los que podrán ser aplicados en forma implícita a dicho instituto cuando el mismo no lo prevea.

² Artículo 183 “Incorpórase como artículo sin número a continuación del artículo 16 de la ley 11.683, t.o. en 1998 y sus mod...” TÍTULO VII - PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO Ley 27430 sancionada el 27/12/2017, promulgada por Decreto 1112/2017 del 28/12/2017 y publicada en el Boletín Oficial el 29/12/2017 con vigente a partir del 30/12/2017 de acuerdo al Artículo 247.- “Este Título comenzará a regir al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial...”

El acuerdo tributario se caracteriza por exhibir un perfil negociador ya que la ley permite -en aquellos casos de incertidumbre de la obligación tributaria- la participación del contribuyente en la formación de su contenido que va a ir más allá del simple hecho de aportar aquella información o documentación de carácter tributario que sirva de base al fisco para dictar la posterior resolución unilateral; porque realmente la convergencia de criterios entre la Administración y el contribuyente tendrá la finalidad de alcanzar un acuerdo³ en búsqueda de la verdad material mediante la obtención de la más certera determinación de la deuda tributaria.

Dilucidar si el acuerdo conclusivo es en esencia un contrato o un acto administrativo, si la adhesión del particular a la propuesta fiscal tiene naturaleza transaccional y que tipo de acto es el dictado por el Administrador serán los puntos a tratar.

2. TEORÍAS DE LOS ACUERDOS TRIBUTARIOS

Los acuerdos tributarios entre la Administración y el contribuyente para la determinación ante la existencia de una relación incierta sobre los elementos de la obligación tributaria dentro del procedimiento fiscal participan de las siguientes posturas

a. Contractuales o iusprivatistas. Transacción

El acuerdo alcanzado entre el contribuyente y la administración fiscal, según esta corriente, se caracteriza por constituir actos jurídicos⁴, el cual se distingue por ser un acto privado que reglamenta para sus

³ Etman, Gustavo E., "La reforma tributaria ¿habilita un método alternativo para la resolución de conflictos?", *Doctrina Tributaria Errepar (DTE) 12/17 Reforma Tributaria 2018* págs. 274-276 considera "El método que se describe es, por lo menos en apariencia, el de la conciliación voluntaria. Claramente cabe mencionar como primera premisa que se han dejado de lado otros mecanismos alternativos para la resolución de conflictos como son la transacción, la mediación o el arbitraje, ...No incluye, desde un punto de vista técnico, el instituto de la conciliación".

⁴ Art. 259. CCCN- Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

autores una determinada situación jurídica, siendo su efecto inmediato constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes⁵ ubicando la naturaleza jurídica del acuerdo fiscal dentro de los posibles negocios bilaterales de naturaleza transaccional⁶.

b. Contrato declarativo o fijación

Expresan los autores que sostiene el carácter contractual del acuerdo que la terminación convencional del Procedimiento Tributario integra la actividad contractual de la Hacienda Pública que forman los contratos de Derecho Público donde su causa es la consecución del interés público a través de la participación de la voluntad del ciudadano en la formación de la decisión, de manera que el acuerdo versa sobre algún elemento de la relación jurídica que une a la Hacienda Pública con el particular que origina el surgimiento de efectos vinculantes para ambos intervinientes⁷.

Tesoro⁸ define al acuerdo “como una relación jurídica de derecho público de carácter sinalagmático, porque los efectos típicos del mismo

⁵ Giuliani Fonrouge Carlos María Derecho Financiero 10 ed. La ley Buenos Aires 2011. págs. 538-539 dice “ Primitivamente fue considerado ..., como una verdadera transacción, de características análogas, sino idénticas, a la transacción del derecho privado, es decir un contrato en el cual las partes intervinientes se hacen mutuas concesiones. Tenían para ello que el importe fijado en definitiva era el resultado de una puja entre el deudor y la administración, quienes luego de forcejeos documentaban el acuerdo logrado.”

⁶ Art. 1641 del CCCN “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.”

⁷ Cassagne Juan Carlos El Contrato Administrativo Abeledo Perrot Buenos Aires 1999 Contratos sobre actos y potestades administrativas págs. 33-34 expresa: “Una figura contractual, regida por el derecho público, ...es la de los sustancialmente, la regulación, por vía bilateral, de actos y potestades administrativas que, aun cuando podrían serle impuestas unilateralmente al particular por la Administración, se considera conveniente para ambas partes,..., establecerlas en un marco contractual.

⁸ Tesoro. Principii di diritto tributario pág. 196 citado por Giuliani Fonrouge Carlos María ob. cit...

derivan directamente de la reunión del consentimiento del órgano administrativo y del contribuyente”.

González-Cuellar Serrano⁹ dice “... la terminación convencional del procedimiento se alcanza mediante un negocio jurídico de fijación, esto es, cuando la hacienda pública soluciona en forma definitiva una incertidumbre a través de la participación del particular en el procedimiento... los contratos declarativos o de fijación cuya finalidad genérica se centra en la búsqueda de una solución a la controversia existente entre las partes, que evite o ponga término a la inseguridad mediante la fijación de la relación jurídica. En palabras de García de Entrerría, el negocio jurídico de fijación concreta “el alcance de obligaciones que proceden de otra fuente, pero que no las crean, que eliminan la incertidumbre sobre su extensión y régimen.”

Concluye dicha autora¹⁰: “En efecto, el presupuesto de las negociaciones entre la hacienda pública y el particular consiste en la divergencia sobre una cuestión de hecho o la interpretación de una cuestión jurídica y su finalidad la aclaración de dicha controversia.”

Esta teoría sostiene que existe un límite de indisponibilidad que se refiere al contenido, es decir a la interpretación jurídica del supuesto concreto, pero no a la utilización de la forma del negocio jurídico para efectuar la determinación cuando exista previa habilitación legal de esta forma de actuación, como consecuencia de la autorización de ley para el accionar de la Administración Tributaria.¹¹

⁹ González-Cuellar Serrano María Luisa Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional Editorial Colex 1998 Madrid Pág. 77 Nota 151.

¹⁰ González-Cuellar Serrano ob. cit. pág. 81.

¹¹ De Palma del Teso A Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo Tirant lo Blanch. Valencia 2000 citado por Romero Flor Luis María Las actas con acuerdo en la ley y general tributaria y en el derecho comparado Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha Cuenca 2010 pág. 58 y nota 98. dice sobre este contrato “el acuerdo mediante el que las partes buscan dar certeza a hechos o situaciones, o hacer incontrovertidas relaciones jurídicas que antes se hallaban inciertas por cualquier motivo...así, en aquellos casos en que las normas administrativas utilicen conceptos jurídicos indeterminados que permitan cierto margen de apreciación o se refieran a una esfera de la realidad cuyos límites no aparezcan bien precisados, las partes podrán celebrar un negocio de fijación. Mediante el negocio de fijación las partes verificarán en común el alcance y significado del concepto normativo indeterminado...”

En conclusión, esta postura considera que aun cuando el fisco desarrolla su potestad de forma concordada no lo hace resignando su autoridad que le ha sido otorgada para la protección del interés público, sino, por el contrario, considera que, en la búsqueda de capacidad contributiva a fin de satisfacer ese interés público resulta más conveniente tener en cuenta la voluntad del obligado tributario en la formación del acto de liquidación.

c. Unilateralista o iuspublicista

Esta doctrina no reconoce la existencia de una convergencia de voluntades de la que emanará la vinculación, sino una adhesión del particular a la propuesta de la Administración lo cual derivará en un acto administrativo que aprobará el acuerdo¹², donde la determinación del tributo corresponde exclusivamente a la Administración, como expresa Bilbao Estrada¹³ “ la actividad dirigida a la determinación de la base imponible u otro elemento de cuantificación de la obligación tributaria es comprendido en un acto unilateral caracterizado por el ulterior reconocimiento del contribuyente al *quantum* del tributo... de este modo, la concepción privatista cedería el puesto a una visión iuspublicista, consagrando el dogma de la indisponibilidad de la obligación tributaria y el principio de legalidad como los dos grandes pilares del Derecho Tributario”¹⁴

¹² Bilbao Estrada Los acuerdos tendientes a la determinación de la obligación tributaria en la nueva Ley General Tributaria. IEF. Madrid. 2007 dice “Muestra de esta afirmación fue el significativo cambio de denominación...del término “concordato” al de “acertamiento con adhesión”– así como en su régimen jurídico a fin de disipar cualquier sospecha. En suma, se pretendía desterrar cualquier atisbo de negociación sobre la pretensión tributaria que pudiese inducir a pensar que la Administración discute, transige sin tener en cuenta las limitaciones establecidas en el Derecho positivo.”

¹³ Bilbao Estrada. págs. 315-316 citado por Romero Flor Luis María ob. cit. pág. 62.

¹⁴ González-Cuellar Serrano ob. cit. Nota 92 Pugliese considera que el concordato era una transacción pero no la concebía en el sentido civilista sino como institución totalmente diversa a aquella y propia del derecho público y que a diferencia de la transacción que se produce en las relaciones jurídicas-privadas no tiene carácter contractual sino de acto unilateral.

Ferreiro Lapatza¹⁵ opina “existe una participación en el procedimiento que no tiene carácter contractual, sino que responde a un derecho reconocido por la ley a los ciudadanos para que éstos puedan actuar en el procedimiento. Dentro de este procedimiento puede tener lugar un acuerdo”.

Giuliani Fonrouge¹⁶ considera “... la posición más correcta y que mejor se adapta a las características del derecho financiero es aquella que considera el “concordato” como un acto administrativo unilateral. Así lo sostienen Ingrosso y Giannini, quienes estiman que no hay una convergencia de voluntades en un acto único, sino una adhesión o concordancia del contribuyente con el criterio sustentado por la administración, como lo ha establecido en art. 4º de la ley de 5 de enero de 1956, Nº 1, que habla de “adhesión del contribuyente a la determinación; en una palabra, no existe una nueva fuente de obligación (contractual), sino obligaciones recíprocas pero jurídicamente distintas.”.

Romero Flor¹⁷ opina “... esta teoría unilateralista o iuspublicista intenta aislar la participación del obligado tributario en la formación del tributo y, así, eliminar cualquier presunción de negociación por parte de la Administración y del sujeto pasivo en aras a determinar de forma consensuada la obligación tributaria”.

En definitiva, se evidencia un acto administrativo de determinación y una conformidad del contribuyente, son actos autónomos e independientes que aunque son necesarios para convertir en definitiva la determinación como bien expresa Bilbao Estrada, “la conformidad no sería el presupuesto de la manifestación de voluntad de la Administración, sino que ésta encontraría su justificación y fundamento jurídico en la potestad de determinación atribuida a la misma”, razón por la cual, “el contribuyente podrá prestar su adhesión o no a la propuesta administrativa, pero sin que ambos actos constituyan una unidad, dado que ésta es eventual y no necesaria para la validez del acto”.

¹⁵ Ferreiro Lapatza, J. J.: “Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta”. *Quincena Fiscal*. Núm. 9. 2003. pág. 14.

¹⁶ Giuliani Fonrouge Carlos María ob. cit. págs. 539-540.

¹⁷ Romero Flor Luis María ob. cit. pág. 62.

d. Acuerdo procedimental. Acto de trámite

Esta postura considera que existe una figura de naturaleza híbrida entre un acto unilateral del órgano al que el contribuyente presta su adhesión y la controversia de carácter dialogante entre fisco y contribuyente previa a la formalización unilateral, por lo que ante esta unión de elementos dispares, creen necesario recurrir a una combinación de ambas teorías para dilucidar la existencia de un acuerdo así como su eventual relación e integración con el posterior acto administrativo de determinación.

Romero Flor¹⁸ sostiene "... el acuerdo existente entre ambas partes, y por otro a salvaguardar la actuación unilateral encomendada a la Administración, lo que daría como resultado el combinar ambas teorías en una única figura "un acuerdo procedimental preparatorio de la postera acta, a la que, eventualmente podría añadirse la conformidad del contribuyente...aquellas actuaciones conjuntas entre la administración tributaria y el contribuyente, consistentes en establecer de manera consensuada algunos de los elementos controvertidos del hecho imponible, con la intención de determinar de manera más efectiva la deuda tributaria; por lo que se tratará de actos preparatorios o de trámite, actos de trámite que se originan en el procedimiento tributario de inspección que finaliza con un acto administrativo resolutorio de liquidación, en el que se permite la participación del contribuyente para despejar las incertidumbres existentes en la obligación tributaria..."

En definitiva, estos acuerdos se referirán a una obligación ya nacida estableciendo únicamente los términos en que la ley ha de aplicarse a unos hechos concretos, acuerdos que se convertirá en un acto de trámite el que finalmente se materializa con el dictado de un acto administrativo en el que convergerá dicho acuerdo.¹⁹

3. CRITICA A LAS TEORÍAS PRIVATISTAS DE TRANSACCIÓN

Para poder diferenciar la figura de la transacción de la de los acuerdos analizaremos cada uno de los tres requisitos definidos para

¹⁸ Romero Flor Luis María ob. cit. pág. 21 y págs. 43-44 y nota 68.

¹⁹ Romero Flor ob. cit. págs. 65-71.

las transacciones i) el acuerdo de partes con finalidad extintiva ii) los renunciamientos recíprocos y iii) las obligaciones litigiosas o dudosas²⁰

a. El acuerdo tributario tiene una finalidad determinativa

El objetivo del acuerdo no persigue extinguir obligaciones sino lograr la eliminación de incertidumbre en la relación jurídica acercando de esa manera la determinación tributaria a la mejor lectura del hecho imponible²¹.

En el acuerdo tributario no se ve ningún tipo de transacción, ya que no participa de la característica de una finalidad extintiva sino determinativa en la búsqueda mediante el acuerdo de obtener el crédito fiscal preciso²² como expresa Jarach²³ “el acuerdo del contribuyente no significa transar sobre la pretensión fiscal, porque se trata de determinar mediante acuerdo cuál es la verdadera obligación que por la ley corresponde, cuando los hechos no son susceptibles de una determinación más exacta”.

²⁰ PTN Tomo: 214, Página: 149 Dictamen 126/1995 dictaminó “... transacción Es un negocio o acto jurídico de fijación que tiende a hacer cierta, o a poner fuera de discusión una situación determinada eliminando la incerteza de la relación. Los requisitos de la transacción son: el acuerdo de partes con finalidad extintiva, los renunciamientos recíprocos y las obligaciones litigiosas o dudosas (“res dubia”)...”

²¹ González-Cuellar Serrano ob. cit. pág. 78 dice “... la causa del contrato de fijación que da lugar a la terminación del procedimiento es la autocomposición de un conflicto derivado de la incertidumbre existente en relación a algún elemento de la obligación tributaria. Las partes buscan mediante la realización de aquel acuerdo, la eliminación por ellas mismas de una situación fáctica o jurídica de controversia relativas a la fijación del supuesto de hecho o cuestiones jurídicas referentes a la Obligación Tributaria.”

²² Folco Carlos M Breve análisis de los acuerdos conclusivos voluntarios Doctrina Tributaria Errepar Julio 2018 pág.725 dice “Es precisamente esta función la que obliga a la administración a ser objetiva, certera y justa; cuenta con los medios para ello y en su proceder debe adoptar todos los recaudos que sean necesarios para esclarecer la verdad de los hechos que se plantean.”

²³ Jarach Dino Curso Superior de Derecho Tributario Liceo Profesional Cima Buenos Aires 1969 págs. 166-167.

b. Inexistencia de concesiones recíprocas en el acuerdo

La figura de la transacción no puede considerarse para la materia tributaria, al no poder existir ningún tipo de renuncia del derecho público, dado que la norma civil requiere la necesidad que las partes hagan concesiones, renunciando y reconociendo derechos que sean recíprocos ya que cada parte lo hace en la medida que la otra también lo haga, porque eso llevaría a una extinción o derogación parcial de la obligación tributaria²⁴, en palabras del máximo tribunal²⁵ “El cobro de las cargas impositivas presupone no sólo la obligación de pago por parte de los sujetos pasivos (contribuyentes o responsables) sino al mismo tiempo, un derecho - obligación de la administración fiscal, que la inhabilita a transarlos o remitirlos - lo que impide presumir renunciaciones a la percepción de aquéllas.”

Por todo lo expresado y en razón que las normas tributarias participan del derecho público y por lo tanto del orden público²⁶ en consecuencia son normas de carácter imperativo²⁷ e irrenunciables²⁸

²⁴ Yedro Diuivigildo El novedoso acuerdo conclusivo voluntario Doctrina Tributario Editorial Errepar pág. 106 dice “...acuerdo, no es adecuada la tesis que ve en él un contrato y más específicamente una transacción. Ello porque la propia ley civil requiere para la transacción, que se tenga capacidad para disponer libremente de los derechos que forman el objeto del litigio... la Administración carece de atribuciones para disponer de los derechos del crédito que nacen a su favor con base en el poder de imperio que le otorga la ley 11.683 (principio de indisponibilidad de los recursos tributarios).”

²⁵ CSJN Fallos 308:1799 “Expreso Rool S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” 25 de setiembre de 1986 y en el mismo sentido Fallos 316:2832 considerando 5°.

²⁶ Atchabahian Adolfo Orden público en el derecho tributario La ley Lunes 16 de noviembre de 2015 pág. 2. dice “...la normativa integradora del derecho tributario, en tanto y en cuanto sus disposiciones sean concebidas e implementadas de conformidad con los preceptos que la Constitución Nacional ha previsto al respecto, y con las leyes que la reglamentan -con indispensable fidelidad a los preceptos de aquella- asumen la condición de configurar el orden público, para el cual es preciso dejar sentado que sus alcances no admiten excepciones para todos los sujetos comprendidos en la universalidad de un Estado de derecho.”

²⁷ Normas imperativas son las que las partes no pueden dejarlas sin efecto.

²⁸ Berliri “el impuesto es, por naturaleza, indisponible y no puede ser objeto de un contrato, en género, o de una transacción en especie”.

imposibilitando apartarse de sus prescripciones dado el carácter coercitivo de la norma, en fin una limitación de la voluntad particular, por lo cual tal como lo sostiene Giuliani Fonrouge, el crédito fiscal no puede ser afectado en su integridad e indisponibilidad ante la imposibilidad de acuerdo que lo dejen sin efecto y en particular la prohibición de transigir sobre derechos que comprometan el orden público como son las normas de derecho público tributario.

La función de recaudación corresponde al Poder Ejecutivo que el marco constitucional encomienda al Jefe de Gabinete “recauda las rentas de la Nación”²⁹ la que es asignada a la Administración Federal de Ingresos Públicos que tiene la función y facultad de aplicar, percibir y fiscalizar los tributos creados por las normas fiscales respectivas³⁰, es así que la competencia del poder ejecutivo en materia tributaria se limita a la aplicación de los impuestos y no a su posibilidad de transigir, atribución reservada al Poder Legislativo, quien tiene la facultad exclusiva de dictar leyes que creen o condonen y reduzcan el monto a pagar por los contribuyentes en base al principio de reserva de ley en materia tributaria, por ello dado el carácter público del interés tutelado de las contribuciones, el administrador de la recaudación de los tributos no puede disponer del crédito, sino que tiene como función, que simultáneamente es un derecho y una obligación, el cobro del crédito fiscal.³¹

Entonces, en el acuerdo no hay concesión, en el sentido de renuncia de derecho, sino una coincidencia de interpretaciones tendientes a

²⁹ Constitución de la Nación Argentina Artículo 100 inc. 7 Hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de Presupuesto nacional.

³⁰ Artículo 3 Decreto 618/97 “La ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS será el Ente de ejecución de la política tributaria y aduanera de la Nación aplicando las normas legales correspondientes. Tendrá las funciones y facultades...a) La aplicación, percepción y fiscalización de los tributos y accesorios dispuestos por las normas legales respectivas...”

³¹ Gómes de Sousa R. Compendio de Legislacao Tributaria 3° ed., Ed. Fin. S.A. 1960 pág.94 citado por Valdés Costa Ramón Los acuerdo entre la Administración y los contribuyentes ante el principio de la legalidad ob. cit. pág.8 dice “nao seria possivel no direito tributário, porque como já vimos, a atividade administrativa do lancamento é vinculada e obrigatoria, o que significa que a autoridade fiscal nao pode deixar de efectuar o lancamendto exatamente como manda a lei, nao podendo fazer concessões”.

esclarecer hechos y derecho, instrumentada mediante la opinión del informe del órgano impositivo y la adhesión del contribuyente que darán lugar al acto administrativo de determinación, en palabras de Jarach³² “... no es una transacción, precisamente por la razón dogmática de que repugna a la esencia del Derecho Tributario que la pretensión fiscal del Estado puede ser objeto de transacción”.

c. Acuerdo se aplica exclusivamente a la incertidumbre y no a la controversia

En la controversia es indiferente que las partes estén convencidas del fundamento de cuanto afirma o que les respalde el derecho, ya que mientras que la incertidumbre es un concreto estado de la situación jurídica material, presupuesto eventual del proceso, la controversia es una situación jurídica referida a una relación la incertidumbre procesal que deriva de la instauración de un proceso entorno a una situación jurídica.

Entonces solo tendrá cabida en el contexto del acuerdo la incertidumbre de la liquidación tributaria³³ quedando eliminada la posibilidad que se celebren acuerdo sobre los hechos comprobados.

d. Síntesis

El acuerdo que se base en la renuncia al derecho debe ser rechazado, en cambio aparece con más fuerza el fundamento de esclarecer los hechos y el derecho en los casos de una real existencia de incertidumbre a fin de evitar una controversia jurisdiccional consistente en la determinación de la obligación tributaria acorde a la ley.

³² Jarach Dino Curso Superior de Derecho Tributario Liceo Profesional Cima Buenos Aires 1969 pág. 166.

³³ Romero Flor Luis María ob. cit. pág.53 y nota 88. dice “ese intento por acercar las posiciones de la Administración y del contribuyente, no tiene por finalidad evitar un posible conflicto entre ellas, sino que más bien pretende despejar las incertidumbres existentes en la determinación de la obligación tributaria, dotando de certeza a un hecho o situación incierta”, no a través de la voluntad de las partes sino por medio de los elementos que se derivan de lo regulado por la norma jurídica.”

Por ello, dado que las normas tributarias, participan del derecho público³⁴ y por lo tanto del orden público, son normas de carácter imperativo e irrenunciables imposibilitando apartarse de sus prescripciones dado el carácter coercitivo de la norma, en fin una limitación de la voluntad particular tal como lo sostiene Giuliani Fonrouge, no puede afectarse la integridad e indisponibilidad del crédito fiscal ante la imposibilidad de acuerdo que lo dejen sin efecto y en particular la prohibición de transigir sobre derechos que comprometan el orden público como son las normas de derecho público tributario, concluyendo que la indisponibilidad del crédito fiscal se basa fundamentalmente en el principio de legalidad, no existe tributo sin ley que lo establezca³⁵ ya que el crédito fiscal es de carácter indisponible, nace de la ley y solo esta podría renunciar a ellos por lo tanto no puede ser objeto de transacción.

Entonces los requisitos establecidos para las transacciones no se observan en los acuerdos tributarios dado que su finalidad no es extinguir obligaciones sino efectuar una determinación mediante una colaboración de los contribuyentes tendiente a resolver las incertidumbres existentes sobre los elementos del hecho imponible no existiendo ningún tipo de concesión por parte de la administración fiscal sino que permitirá asegurar la más correcta determinación y limitando su aplicación en forma exclusiva a la existencia de hechos y derechos dudosos.³⁶

³⁴ Giuliani Fonrouge Carlos María Derecho Financiero 10 ed. La ley Buenos Aires 2011 pág. 25 dice “ A modo de síntesis, puede afirmarse con Sáinz de Bujanda que la adscripción del derecho financiero al derecho público está fuera de duda, ya se acoja como valido el criterio del interés que tutela, el del sujeto o la doctrina entre el carácter coercitivo y el dispositivo.”

³⁵ Art. 17 CN “... Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°...”

³⁶ Giuliani Fonrouge Carlos María ob. cit. pág. 539 expresa “La naturaleza de la actividad tributaria del Estado y el poder de imperio ejercitado, impiden hablar de un contrato de tipo privatista, aparte de la incapacidad en que se encuentra la administración para disponer de los derechos que constituyen el objeto de la controversia”.

4. CRITICA A LAS TEORÍAS CONTRACTUALISTAS EN GENERAL

a. Adhesión no crea derechos con fuerza de ley

Una primera cuestión para descartar su consideración como contrato³⁷ está dada por la adhesión que efectúa el contribuyente al informe del órgano de conciliación ya que si lo consideramos de carácter contractual veremos que su efecto será crear una obligación con fuerza de ley³⁸ lo que es negado por el Supremo Tribunal³⁹ al decir “Los impuestos no son obligaciones que emergen de los contratos: su imposición y la fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública”.

Por ello los derechos públicos, dentro de los cuales encontramos al derecho tributario, no son renunciables y eso es así porque están dirigidos a actuar en beneficio del interés público mediante una relación jurídica guiada a una finalidad pública como es la recaudación de los tributos.⁴⁰ como expresa el tribunal cimero⁴¹ “No existe acuerdo

³⁷ Yedro Diuvigildo ob. cit. págs. 106-107. opina “... el acuerdo no tiene en modo alguno la finalidad de sustituir con una regulación contractual la regulación legal de la relación jurídico tributaria, ni siquiera de completar esta con aquella, sino que sirve tan solo para encausar el procedimiento liquidatorio hacia la conclusión, haciendo constar que el contribuyente coincide con la Administración en la valoración de la situación de hecho, con los siguientes efectos para cada parte: a la Administración le servirán de base para sus decisiones los elementos sobre los que haya recaído el acuerdo, y el contribuyente no podrá interponer reclamación alguna que esté en pugna con la conformidad que él haya manifestado a través de la declaración jurada rectificativa presentada en cumplimiento del mismo.”

³⁸ Art 959 CCCN “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes...”

³⁹ CSJN Fallos 167:5 “Don Manuel Manrique y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre devolución de dinero (Impuesto a la herencia” 28 de noviembre de 1932.

⁴⁰ Luqui Roberto Enrique Reflexiones sobre el concepto de orden público La ley 28 de abril de 2016 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos aires págs. 1 y 2.

⁴¹ CSJN Fallos 318:676 “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ ordinario (repetición)” 04/05/1995.

alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones; los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública.”

Por consiguiente, la adhesión del contribuyente al informe no crea ninguna obligación con fuerza de ley, sino que esa conformidad constituye un requisito necesario para el dictado posterior del acto final que emitirá el Administrador Federal surgiendo a favor del contribuyente su estabilidad.⁴²

b. Determinación mediante el acuerdo tiene carácter declarativo de la obligación tributaria

Los sostenedores del negocio jurídico de fijación no discuten que la causa del contrato resida en el nacimiento de la creación de la obligación tributaria, pues esta surge de la ley, no busca a diferencia de otros negocios jurídicos una modificación de la relación jurídica existentes entre partes, sino la fijación de una relación que ha llegado a ser incierta⁴³, es decir fija los elementos inciertos de una relación jurídica y persigue evitar un pleito.

Esta figura es cuestionada por Romero Flor⁴⁴ al decir “... el acto jurídico formado por la convergencia de voluntades entre Administración y contribuyente pone de manifiesto, al menos mentalmente, un cierto carácter negocial, en la medida en que su eficiencia vinculante no se rige por lo establecido por la ley sino por el concurso de apreciaciones de las partes, lo que a su vez constituye una manifestación de la autonomía privada de obligarse sobre un ámbito, el de la indisponibilidad de la obligación tributaria, que no puede reconocerse a ninguna de las partes; y de hacerlo, es decir, si se le dota a las partes con una fuerza jurídica de naturaleza negocial en dicho ámbito, ello sería completamente incoherente con el principio de legalidad que prevalece en el ordenamiento tributario...”

⁴² Art. 19 ley 11.683.

⁴³ González-Cuellar Serrano ob. cit. Pág. 81.

⁴⁴ Romero Flor Luis María ob. cit. págs. 60-61.

Por ello, la determinación no es de carácter constitutivo, sino que tiene carácter declarativo⁴⁵, implicando el mero reconocimiento y cuantificación de la obligación tributaria⁴⁶, que resulta ser un elemento necesario para que el Fisco pueda reclamar eficazmente su crédito tributario, evidentemente la obligación tributaria nace independiente del acto de determinación, es decir nace al configurarse el hecho imponible⁴⁷ independientemente de su determinación.

Por consiguiente, nuestra crítica radica en que para poder decir que existe un negocio jurídico entre las partes, nos obliga a pensar que la determinación efectuada en el marco de un acuerdo tributario adquiere el carácter constitutivo al crear través de esa forma de determinación los elementos determinantes de la obligación tributaria, pudiendo advertir que cuando surgen elementos relevantes que desvirtúan los que ha considerado el acuerdo, si nos basamos en la teoría contractual, dado el carácter constitutivo del acuerdo el mismo no podrá ser modificado, nuestra opinión en cambio es que en esos casos debe admitirse que se revoque el acto administrativo que acepto el acuerdo, ya que no se están teniendo en cuenta hechos que demuestran que los considerados oportunamente fueron falsos o inexistentes, siendo así, el proceso del acuerdo se basó en hecho que no fueron los reales, dado que de haberlos conocido no se hubiera llegado a ese acto,

⁴⁵ Jarach Dino El Hecho Imponible Abeledo-Perrot 3ª edición Buenos Aires 1982 . Prólogo a la tercera Edición págs. XII-XIII expresa "...el ejercicio de la potestad tributaria... que la misma se agota en el establecimiento de la norma jurídica sustancial que define los hechos imposables en sus diferentes aspectos y determina los modos de satisfacer el crédito fiscal con el respeto de los derechos y garantías de la Constitución".

⁴⁶ Giuliani Fonrouge Carlos María ob. cit. pág. 424 expresa "... la relación jurídica tributaria está integrada por los correlativos derechos y obligaciones emergentes del ejercicio del poder tributario, que alcanzan al titular de éste, por una parte, y a los contribuyentes y terceros por otra ...la obligación tributaria, esto es, el deber de cumplir la prestación, constituye la parte fundamental de la relación jurídica tributaria y el fin último al cual tiende la institución del tributo".

⁴⁷ Valdés Costa Ramón Instituciones de Derecho Tributario Ediciones Depalma Buenos Aires 1992 pág.10 expresa "hecho previsto hipotéticamente en la ley, cuyo acaecimiento es la condición necesaria y suficiente para que nazca..." la obligación tributaria lo que nos deriva al principio de reserva de ley en materia tributaria.

con la gravedad del carácter determinativo de la obligación tributaria que siempre debe respetar las normas sustantivas⁴⁸ que establecen el hecho imponible.⁴⁹

Por tal razón los acuerdos tributarios, que son una especie dentro del género de la determinación tributaria, nunca podrán ser constitutivos de la obligación tributaria sino solamente declarativos en cuanto a su interpretación de lo establecido por la ley y su estabilidad dependerá de la exactitud de comprobar que cada uno de los presupuestos del tributo previstos abstractamente en la ley se han verificado, fijando su precisa naturaleza y valorando los restantes elementos preestablecidos en la ley para determinar la medida de la obligación tributaria.

c. Inexistencia de una actividad de negociación entre fisco y el contribuyente para fijar consensualmente los elementos del hecho imponible

Según los contractualistas, en el acuerdo fiscal la función del obligado tributario no se limita a aceptar la propuesta que le realiza el órgano fiscal, sino por el contrario el contribuyente va a tener una participación activa, con la finalidad de lograr junto a la administración la determinación de la obligación tributaria, ello nos obliga a considerar que entre ambas partes existirá una negociación que se manifestará a través de un negocio jurídico bilateral.⁵⁰

Por el contrario, la normativa que fija el procedimiento del acuerdo limita la función del contribuyente a la adhesión o no a la solución

⁴⁸ El principio de legalidad de las normas sustantivas, que definen los supuestos de hecho de las obligaciones tributarias, da preeminencia a la relación jurídica tributaria material subdividiendo de esa manera el derecho tributario sustantivo, que es el que regula todo lo relativo a la existencia y cuantía de la obligación tributaria, del derecho tributario administrativo, que se refiere a la aplicación de la norma material al caso en concreto en los diversos aspectos de la determinación.

⁴⁹ Jarach Dino El Hecho Imponible ob. cit. Prólogo a la segunda Edición pág. XVIII opina "El derecho tributario sustantivo, como lo he dicho en otras oportunidades, no es guía de la administración pública en su actividad de recaudación; es cierto lo contrario y que la actividad administrativa tiende solamente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias propiamente dichas."

⁵⁰ González-Cuellar Serrano ob. cit. Pág. 82.

propuesta por el organismo fiscal, por lo tanto, en la legislación no se ve plasmada esa concurrencia activa del adherente, desapareciendo el sustento que el acuerdo es un negocio jurídico bilateral debido a la existencia de una negociación.⁵¹

Esto nos lleva a concluir que el procedimiento por el cual el contribuyente adhiere a la propuesta conciliadora no es un negocio jurídico de fijación ante la inexistencia legal de una participación directa simultaneidad y reciprocidad de consensos entre aquel y el fisco la que se limita a la mera acepción de la propuesta formulada por el organismo fiscal por parte del obligado tributario .

5. ADHESIÓN DEL CONTRIBUYENTE AL INFORME DE SOLUCIÓN CONCILIADORA. ACTO DE CARÁCTER UNILATERAL Y PREPARATORIO

El acuerdo conclusivo voluntario establece que una vez que el órgano de conciliación emita el informe con la propuesta de solución conciliadora, que puede no solo referirse a hechos y su cuantificación sino también a consecuencias jurídicas de los hechos, dará paso a la manifestación de voluntad del obligado tributario, quién deberá prestar su conformidad o rechazo.

De la adhesión del contribuyente nos interesa establecer si ese acto lo debemos considerar una negociación o contrato de fijación o

⁵¹ Damarco Jorge H El acuerdo conclusivo regulado por la ley 27.430 (primera parte) IMP – Práctica Profesional 2019-L, 86. punto IX.6 dice " Es cierto que no se trata de un acuerdo que se celebra después de una discusión y entendimiento entre las partes. Su génesis es distinta. Existe una decisión unilateral del juez administrativo, otro acto unilateral del órgano colegiado y, finalmente, un acto bilateral en el que las partes concuerdan sobre la materia que originó el procedimiento...En rigor, no existe una etapa conciliatoria distinta a la aceptación. Lo que precede al acuerdo es pura actividad unilateral de la administración tributaria realizada por el órgano colegiado. La conciliación se produce en el mismo acto de aceptación. No hay actos de conciliación antes del acuerdo, porque la administración y el contribuyente concilian con la aceptación de este último. Y como concluye con ese acto la controversia, el legislador lo denomina "acuerdo conclusivo" porque, en los términos de la norma, ese acuerdo pone fin, de modo definitivo a la controversia, una vez que es aprobado por el Administrador Federal de Ingresos Públicos."

simplemente un acto de carácter unilateral y asimismo saber en que etapa del procedimiento lo ubicamos.

a. ¿Negocio de fijación o acto de carácter unilateral?

Parte de la doctrina⁵² sostiene que nos encontraríamos con una manifestación de voluntad del contribuyente que conservaría su autonomía y carácter unilateral: la adhesión o conformidad⁵³, donde ésta será un acto del particular, previsto por la norma tributaria, como un reconocimiento al informe del órgano de conciliación, excluyéndose por lo tanto su naturaleza negocial dado que sus efectos se derivan de la ley en el marco de aplicación del procedimiento de determinación de la deuda tributaria.⁵⁴

En concreto y a pesar de la estrecha vinculación con el informe de órgano de conciliación, no se situaría al mismo nivel ni tendría el mismo valor jurídico, dado que no sería causa del mismo e influiría únicamente sobre sus efectos. El informe del órgano de conciliación constituiría

⁵² Calero Rodríguez, J. R.: "La conformidad del sujeto pasivo con las actas de inspección" en la obra colectiva Estudios de derecho tributario. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1979. Págs. 1.447 y 1.448. señala "la conformidad del sujeto pasivo con las actas de inspección es un acto jurídico del administrado, por el que se adhiere a todo o parte del contenido de un acto de instrucción formulado por el órgano de la Inspección de los tributos"; por lo que el sujeto pasivo, al expresar su conformidad, "no está negociando o conviniendo con el órgano inspector los extremos que han de constar en el acta, sino que simplemente se adhiere a lo determinado unilateralmente por el órgano administrativo".

⁵³ Navarro Egea, Mercedes "Notas sobre la conformidad del interesado con las actas de la inspección (II)". Quincena Fiscal. Núm. 10. 2001. Págs. 19 y 20. define a la conformidad como aquel "acto jurídico del obligado tributario que se corresponde con una declaración de voluntad mediante la cual acepta la propuesta presentada por el órgano competente y se somete al cumplimiento de las consecuencias jurídicas previstas por la norma tributaria".

⁵⁴ Ramallo Massanet, J.: "La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias" en Convención y arbitraje en el derecho tributario 1996 coord. por Gabriel Elorriaga Pisarik. Págs. 233 y 234 dice "la conformidad constituye un acto de adhesión a la propuesta inspectora ... por lo tanto, no será el acuerdo de voluntades el que produce el efecto de manera directa e inmediata sino sólo de manera indirecta ya que al adoptar las partes las posiciones que la ley delimita recíprocamente se produce el efecto que ella también prevé".

el cumplimiento por parte de aquél de la función encomendada por el ordenamiento, mientras que la conformidad sería la adhesión a tal informe en su conjunto por parte del contribuyente permitiendo continuar con el procedimiento del acuerdo conclusivo voluntario descripto por la ley, por lo cual, no se observa ninguna presunción de negociación por parte de la Administración y del sujeto pasivo en aras a determinar de forma consensuada la obligación tributaria.

En consecuencia, no existiría ninguna interferencia entre el acto del informe y la conformidad del contribuyente⁵⁵, siendo el primero completamente autónomo, la propia ley establece que el órgano de conciliación estará compuesto exclusivamente por funcionarios de la Administración Federal de Ingresos Públicos, constituyendo los mismos actos individuales independientes entre ellos, aunque ambos son necesarios para convertir en definitiva la determinación, dado que el primero sería expresión de un administración pública, el órgano de conciliación y el otro constituiría un acto de adhesión al informe emitido, pudiendo ubicarlos en la categoría jurídica de actos preparatorios o de trámite .

Por ello, no nos hallamos ante un acto jurídico bilateral dado que no existe una simultaneidad y reciprocidad de consensos que se exteriorice mediante actividad de negociación entre ambas partes para fijar consensualmente los elementos de cuantificación referidos, sino que el sujeto pasivo se encuentra ante un acto relevante de la administración, el informe, al que no puede más que prestar su adhesión o rechazo siendo un acto unilateral, en definitiva, no surge del mecanismo establecido por la ley ninguna negociación de fijación al carecer de la simultaneidad de consensos entre el fisco y el contribuyente a la deuda tributaria por lo tanto serán actos necesarios del posterior acto unilateral de determinación.⁵⁶

⁵⁵ Giannini A D I concetti fondamentali del Diritto tributario. Unione Tipografico' Editrice Torinese, Turín, 1956 citado por González-Cuellar Serrano ob. cit. Nota 92 manifestó que "las voluntades, la de la Administración y la del administrado, permanecen jurídicamente distintas, siendo la primera la del ejercicio de un poder y dando vida a una resolución, y la segunda, la condición para que dicha resolución pueda ser emanada en un momento determinado y con unos efectos concretos".

⁵⁶ Gordillo Agustín Tratado de derecho Administrativo Tomo I Parte General Capitulo X-6 punto 4.2 5° edición Fundación de Derecho Administrativo define a los actos no jurídicos o actos de la administración como "decisiones,

b. ¿Acto definitivo o acto preparatorio?

Al igual que el informe de la Comisión, la adhesión del contribuyente a sus términos es un acto preparatorio o de trámite, ya que uno de los efectos principales es su necesaria existencia, como causa y validez, para la emisión del acto administrativo definitivo de aceptación del acuerdo por parte de la máxima autoridad del organismo fiscal.

Entonces la adhesión efectuada por parte del contribuyente a la solución propuesta por parte de la administración no constituye el acto final, en razón de no tener efectos directos⁵⁷ sobre la determinación del crédito tributario, sino un acto intermedio⁵⁸, ya que acto administrativo será el emitido por el Administrador Federal el que aceptará o rechazará la propuesta de acuerdo con adhesión.

En síntesis, la conformidad que preste el contribuyente al informe fiscal corresponderá a la categoría jurídica de actos preparatorio o de trámite⁵⁹ tendientes a la formación de la voluntad del Administrador Federal ya que serán requisito necesario para continuar el procedimiento y simultáneamente la causa que contendrá el acto administrativo de aprobación por parte del Administrador .

declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho.”

⁵⁷ PTN 243:279 Dictamen N° 438/02. 05 de noviembre de 2002. Expte. PTN N° 01-0182036/02. Ministerio de Economía. dictaminó “... los dictámenes son actos preparatorios tendientes a la formación de la voluntad de la Administración y, por ende, no son actos administrativos ... (v. Dictámenes 181:151; 183:150; 185:174; 235:175 y 239:314). ... la nota típicamente definitoria del acto administrativo es la producción directa e inmediata de efectos jurídicos. Consecuentemente, los dictámenes carecen, técnicamente de esa condición, en tanto ellos no afectan de modo directo e inmediato la esfera jurídica de los administrados, (Conf. Dictámenes, 181: 151, 183: 150, 185: 174, 233: 175).

⁵⁸ Recordemos que este acto no es recurrible por ser una medida preparatoria (art. 80 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72).

⁵⁹ “Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles Todos estos actos, llamados lato sensu actos de la administración, caben dentro del concepto de las llamadas “medidas preparatorias,” de las que el art. 80 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72 dice que no son recurribles directamente.

6. ACTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO DE APROBACIÓN POR PARTE DEL ADMINISTRADOR FEDERAL

En procura de la búsqueda de la verdad objetiva⁶⁰ o legalidad la ley faculta al organismo fiscal en aquellos casos donde aparece incertidumbre para la determinación de la obligación tributaria a tener un dialogo más cercano con el contribuyente que permita despejar el halo de indeterminación de ese concepto en reemplazo del procedimiento estrictamente unilateral de resolución.

Ese procedimiento alternativo permite al Fisco someter las actuaciones ante el órgano conciliador, que puede emitir un informe recomendado una solución conciliadora que en caso de obtener la adhesión del contribuyente pasaran a consideración del Administrador Federal quien de aceptar la solución conciliadora la transforma en Acuerdo Conclusivo Voluntario⁶¹ que se exterioriza mediante un acto que tendrán la categoría jurídica de un acto resolutorio administrativo⁶² unilateral⁶³ y no de un contrato⁶⁴, consistente en una declaración

⁶⁰ Ivanega Miriam Mabel El alcance del principio de la verdad material en el procedimiento administrativo. "... la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, con independencia de cómo han sido alegadas por las partes, supone que se deseche como han sido alegados y en su caso probados por las partes, supone que se deseche la prevalencia de los criterios que aceptan como verdaderos algo que no lo es o que nieguen la veracidad de algo que lo es. Ello porque con independencia de lo que hayan aportado, la Administración siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público.

⁶¹ Art. A cont. del art 16 5to párrafo ley 11.683.

⁶² Gordillo Tratado tomo I capitulo X pág.11 define al acto administrativo como "una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa „que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

⁶³ Zornoza Pérez Juan Que podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario Español Crónicas Tributarias Numero 77/1996 dice "el acto de determinación que se dicte fijando el resultado final no podrá surgir por voluntad de las partes, sino que "la potestad liquidadora se ejerce siempre mediante un acto administrativo unilateral, de modo que el contribuyente no puede participar en el acto de determinación propiamente dicho".

⁶⁴ Ferreiro Lapazta, J. J ob. cit., Pág.14. sostiene que "existe una participación en el procedimiento que no tiene carácter contractual, sino que responde a un derecho reconocido por la ley a los ciudadanos para que éstos puedan

unilateral⁶⁵ realizada en cumplimiento de la función administrativa⁶⁶ impositiva⁶⁷ mediante el cual determinar la obligación tributaria⁶⁸ consolidando el acuerdo donde la participación del sujeto pasivo se limitó a prestar conformidad al informe emitido por el órgano de conciliación⁶⁹ son la causa⁷⁰ o requisito necesario y justifican la existencia y el dictado posterior del acto administrativo⁷¹.

actuar en el procedimiento. Dentro de este procedimiento puede tener lugar un acuerdo”.

⁶⁵ Nos referimos en esta parte, a los actos administrativos de carácter individual excluyendo por lo tanto del análisis las normas generales, siguiendo a Gordillo en la nota anterior los reglamentos administrativos dictadas por el organismo fiscal en el marco del artículo 7 (normas generales obligatorias reglamentarias) y del artículo 8 (normas de interpretación con carácter general) establecidas ambas en el Decreto 618/97.

⁶⁶ Gordillo ob. cit. Tomo I Capítulo IX pág.48 dice “función administrativa es :...la actividad que realiza los órganos administrativos y autoridades administrativas independientes (criterio subjetivo)...”.

⁶⁷ Alessi define la función tributaria como la función dirigida a la adquisición coactiva de los medios pecuniarios necesarios por el Estado y los otros entes públicos para el desarrollo de sus funciones (citado por Rodríguez María José ob. cit. Págs.45-46).

⁶⁸ Jarach Dino Curso Superior de Derecho tributario ob. cit. pág.390-391 dice “... es materia fundamental del derecho administrativo el procedimiento de determinación de las obligaciones tributarias en toda la parte que compete a los organismos administrativos...”.

⁶⁹ Folco Carlos M. ob. cit. pág.730 dice “ La aprobación del acuerdo es un acto administrativo por lo cual de manera insoslayable deberá reunir los requisitos exigidos por la ley de rito fiscal y los previstos en la ley 19549 y modificaciones de procedimientos administrativos, de aplicación supletoria. En sentido contrario Yedro Diuvigildo ob. cit. Doctrina Tributario Editorial Errepar. pág.112 opina en cuanto al acto emitido por el administrador “... no tratarse de un acto administrativo (dictado conforme a las previsiones del artículo 7 ley 19549 y del art 17 ley 11.683.

⁷⁰ Ley 19549 art. 7 inc. b.

⁷¹ Publiese M. Instituciones de Derecho tributario. Alfonso Cortina, tr., Fondo de Cultura, Méjico, 1976. Pag. 189 citado por González-Cuellar Serrano ob. cit. Pág. 61.

7. CONCLUSIÓN

El objetivo del acuerdo es lograr la eliminación de incertidumbre en la relación jurídica acercando de esa manera la determinación tributaria a la mejor lectura del hecho imponible.

Por lo tanto, el acuerdo tributario no vislumbra ningún tipo de transacción, ya que no participa de las características básicas de esta figura dado que no persigue extinguir sino determinar la existencia de la obligación y su medida y tampoco podemos referirnos a renunciamientos recíprocos sino lo que se busca mediante el acuerdo es la más exacta y correcta determinación la cual debe asegurar el imperio de las normas sustantivas reguladoras de los elementos esenciales de la obligación prevaleciendo el cumplimiento al principio de la búsqueda de la verdad objetiva.

Tampoco observamos su naturaleza de contrato de fijación dado que la adhesión que efectúa el contribuyente no crea derechos con fuerza de ley ya que la determinación que surge del acuerdo tiene carácter declarativo como expresa Valdes Costa⁷² “En los acuerdos, ambas partes de la relación jurídica actúan en colaboración para facilitar la más correcta aplicación de la ley al caso en concreto” y finalmente no se advierte normativa que indique una participación directa simultaneidad y reciprocidad de consensos entre aquel y el fisco la que se limita a la mera acepción de la propuesta formulada por el organismo fiscal por parte del obligado tributario .

Según nuestra opinión, la conformidad del contribuyente al informe del órgano de conciliación se ubica dentro de la categoría jurídica del acuerdo procedimental que no sustituye la determinación de la obligación tributaria, sino que se incorpora dentro de la misma como un acto preparatorio.

Finalmente, en caso de ser aceptado la propuesta el Administrador Federal emitirá un acto definitivo que no podrá prescindir de los hechos determinantes y su cuantificación ni de la aplicación que han sido probados y aceptados en el acuerdo, por consiguiente, ese acto de

⁷² Valdés Costa Ramón Los acuerdo entre la Administración y los contribuyentes ante el principio de la legalidad ob. cit. Pág. 7.

aceptación mediante el cual se da validez y eficiencia al acuerdo conclusivo voluntario seguirá siendo un acto resolutorio administrativo unilateral y no un contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- Atchabahian Adolfo Orden público en el derecho tributario La ley Lunes 16 de noviembre de 2015.
- Calero Rodríguez, J. R.: “La conformidad del sujeto pasivo con las actas de inspección” en la obra colectiva *Estudios de derecho tributario*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1979.
- Cassagne Juan Carlos El Contrato Administrativo Abeledo Perrot Buenos Aires 1999 Contratos sobre actos y potestades administrativas. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos
- Fallos 167:5 “Don Manuel Manrique y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre devolución de dinero (Impuesto a la herencia” 28 de noviembre de 1932.
 - Fallos 308:1799 “Expreso Rool S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” 25 de setiembre de 1986.
 - Fallos 318:676 “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ ordinario (repetición)” 04/05/1995.
- Damarco Jorge H El acuerdo conclusivo regulado por la ley 27.430 (primera parte) IMP – Práctica *Profesional 2019-L*, 86.
- Etman, Gustavo E., “La reforma tributaria ¿habilita un método alternativo para la resolución de conflictos?”, *Doctrina Tributaria Errepar (DTE)* 12/17 Reforma Tributaria 2018 pág. 276.
- Ferreiro Lapatza Juan José Solución convencional de conflictos en el ámbito tributario: una propuesta concreta” *Quincena Fiscal*. Número 9, 1993.
- Folco Carlos M. Breve análisis de los acuerdos conclusivos voluntarios *Doctrina Tributaria Errepar* .
- Giuliani Fonrouge Carlos María Derecho Financiero 10 ed. La ley Buenos Aires 2011.
- González-Cuéllar Serrano M. Luisa Los Procedimientos Tributarios: Su terminación transaccional Editorial Colex Madrid 1997.

- Gordillo Agustín Tratado de derecho Administrativo Tomo 1 Parte General 5° edición Fundación de Derecho Administrativo.
- Ivanega Miriam Mabel El alcance del principio de la verdad material en el procedimiento administrativo.
- Jarach Dino El hecho imponible Abeledo-Perrot 3° edición Buenos Aires 1982.
- Jarach Dino Curso Superior de Derecho Tributario Liceo Profesional Cima Buenos Aires 1969.
- Luqui Roberto Enrique Reflexiones sobre el concepto de orden público La ley 28 de abril de 2016 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
- Navarro Egea, Mercedes “Notas sobre la conformidad del interesado con las actas de la inspección (II)”. Quincena Fiscal. Núm. 10. 2001. Procuración del Tesoro de la Nación. Dictamen
- Tomo: 214, Página: 149 Dictamen 126/1995.
- Tomo 243: Página 279 Dictamen N° 438/02. 05 de noviembre de 2002.
- Ramallo Massanet, J.: “La eficacia de la voluntad de las partes en las obligaciones tributarias” en Convención y arbitraje en el derecho tributario 1996 coord. por Gabriel Elorriaga Pisarik.
- Rodríguez María José El acto administrativo tributario Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma 2004.
- Romero Flor Luis María Las actas con acuerdo en la ley y general tributaria y en el derecho comparado Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha Cuenca 2010.
- Valdés Costa Ramón Los acuerdo entre la Administración y los contribuyentes ante el principio de la legalidad Montevideo 1986.
- Valdés Costa Ramón Instituciones de Derecho Tributario Ediciones Depalma Buenos Aires 1992.
- Yedro Diuigildo El novedoso acuerdo conclusivo voluntario Doctrina Tributario Editorial Errepar.
- Zornoza Pérez Juan ¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho Tributario Español Crónica Tributaria N° 77/1996.

PRIMA DE RIESGO Y DEUDA PÚBLICA

RAÚL A. RODRÍGUEZ¹, FERNANDA PORTELA²
Universidad de Buenos Aires - Argentina

MARÍA BELÉN JOSE³
Universidad de Nacional del Comahue - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 348-369

Resumen: El propósito de este artículo radica en ilustrar cómo la lógica del mercado financiero global incide negativamente en la sostenibilidad de la deuda de los países en vías de desarrollo, mostrando que la valuación de la prima de riesgo en base a los indicadores financieros vigentes necesariamente determina una aceleración del costo de la deuda pública que dificulta el crecimiento económico de esos países. Por medio de un análisis cualitativo de documentación se analizan también las diferentes alternativas propuestas por la comunidad internacional que promueven erradicar o mitigar el impacto negativo de la prima de riesgo respecto de la deuda pública. Finalmente, se concluye sobre la necesidad y viabilidad de esas alternativas, aunque reconociendo que

¹ Abogado UBA, Magister en Ciencias del Estado, Universidad del CEMA, Director de Sumarios Ministerio de Transporte, docarcema@hotmail.com.

² Abogada UBA, Especialización en Asesoramiento Jurídico del Estado, Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, Directora de Asuntos Legales de Industria y PyME del Ministerio de Desarrollo Productivo, fernandaportela.dgaj@gmail.com.

³ Abogada UNCo, Especialización en Abogacía del Estado, Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y Diplomada en Contratos Públicos en Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Jefa del Área de Asuntos Judiciales, Asesoramiento y Sumarios del Ente Provincial de Energía de Neuquén, mbjose@epen.gov.ar.



el éxito de su implementación depende de los escenarios económico-políticos en los cuales sean introducidas y de la justa y equitativa participación de los países en vías de desarrollo en su formulación.

Palabras clave: Deuda Pública; Prima de Riesgo; Sostenibilidad de la Deuda; Sistema Financiero Global

Abstract: The purpose of this paper is to illustrate how the logic of the global financial market negatively affects the debt sustainability of developing countries, showing that the valuation of the risk premium based on current financial indices necessarily determines an acceleration of the cost of sovereign debt that hinders the economic growth of these countries. A qualitative analysis of documentation also analyzes the different alternatives proposed by the international community that promote eradicating or mitigating the negative impact of the risk premium on sovereign debt. Finally, it concludes on the necessity and feasibility of these alternatives, although recognizing that the success of its implementation depends on the economic-political scenarios in which they are introduced, and on the fair and equitable participation of developing countries in its formulation.

Keywords: Sovereign Debt; Risk Premium; Debt Sustainability; Global Financial System

INTRODUCCIÓN

Cuando abordamos este trabajo, partimos de considerar la directa conexión que existe entre los conceptos de prima de riesgo, así como las condiciones impuestas por el mercado financiero internacional inciden en su determinación, por un lado; y el modo en que ello impacta negativamente en la deuda pública de los países en vías de desarrollo, por el otro.

Esta relación entre prima de riesgo y deuda pública en el marco de las operaciones financieras, ha quedado en evidencia luego del llamado “juicio del siglo” entre NML Capital y la República Argentina. Este juicio marcó un hito en las operatorias de los denominados ‘fondos buitres’ en relación a las deudas soberanas y captó la atención de la comunidad internacional sobre el aprovechamiento puramente especulativo de

las condiciones de vulnerabilidad estructural de varios países para el acceso al crédito y la consiguiente sostenibilidad de la deuda.

Sin pretender agotar todas las aristas que presenta el tema, analizaremos la vinculación entre la prima de riesgo y su determinación en las condiciones actuales de operatoria de los mercados bursátiles y extrabursátiles a nivel global, por un lado; y el modo negativo en que ello impacta en la deuda pública de los países en vías de desarrollo, por el otro. Finalmente, se abordarán las diferentes alternativas que a nivel internacional han sido esbozadas como medios para mitigar las consecuencias adversas emergentes de la determinación de la prima de riesgo en las condiciones bursátiles actuales.

Para encuadrar adecuadamente el tema, nos aproximaremos en primer término, a las nociones conceptuales básicas sobre deuda pública y prima de riesgo.

Seguidamente se realizará una reseña sobre el modo en que la prima de riesgo impacta en la deuda pública e, inevitablemente, en el progreso sostenible de un país en vías de desarrollo. Luego, se enumerarán algunas de las alternativas propuestas en la comunidad internacional que podrían contribuir a mitigar las consecuencias adversas de un mercado bursátil altamente especulativo.

Finalmente, se expresarán las inquietudes y reflexiones emergentes del presente análisis que radican en pensar si éstas alternativas resultan válidas o suficientes para romper con la lógica de las operatorias bursátiles especulativas y el círculo vicioso del sistema financiero global en que se encuentran inmersos los países en vías de desarrollo que requieren acceso al crédito, y, en su caso, bajo qué escenarios económico-políticos ello sería posible.

APROXIMACIONES CONCEPTUALES NECESARIAS

La prima de riesgo, en el marco del presente trabajo, no es un concepto que pueda ser abordado con independencia de aquellos otros que determinan su existencia. Por tal, resulta apropiado esbozar una definición del mismo a la luz de la noción de bono en la medida en que se lo integra, y también del concepto de las agencias internacionales calificadoras de riesgo, dada la relación directa que existe entre los

informes de éstas y la cuantificación de la prima. También se estima como relevante definir a las permutas de riesgo crediticio (CDS por sus siglas en inglés) en razón de la incidencia indirecta en la determinación del valor de la prima.

Título Público o Bono

La Bolsa de Comercio de Buenos Aires los presenta como una herramienta de financiación de los Estados, definiéndolos como la promesa de pago por medio de la cual el emisor (Estado) se compromete a devolver el capital que los inversores le prestan, más los intereses correspondientes, en un plazo determinado y según un cronograma acordado (Bolsa de Comercio de Buenos Aires, s.f.).

De esta manera, cuando un Estado decide financiar su gasto público a través de la colocación de deuda en el mercado financiero, divide el total de ésta en alícuotas denominadas “bonos”, los que son adquiridos por los inversores en el mercado bursátil primario. Generalmente son los bancos quienes adquieren estos bonos y luego los comercializan en el mercado bursátil secundario o extrabursátil.

En la generalidad de los casos, los bonos son una inversión atractiva ya que son emitidos por Estados con una alta calificación crediticia, lo que excluye el riesgo de ser declarados en quiebra o *default*, o bien, son emitidos por Estados con baja calificación crediticia pero -sin embargo- con una elevada rentabilidad.

Por esa razón, cuando los Estados deciden colocar deuda, encomiendan a una agencia calificadoras de riesgos que los evalúe ya que los inversores analizan esa información a efectos de determinar si aquella es una inversión segura o conveniente en términos de riesgos-beneficios.

Agencias Internacionales Calificadoras de Riesgo

Según el marco conceptual que nos brinda Tapia (2013), las calificadoras de riesgo son entidades independientes y especializadas que analizan la calidad crediticia de los emisores de instrumentos financieros. Sus opiniones o calificaciones de riesgo tienen vocación

de ser independientes, objetivas y técnicamente fundadas, acerca de la solvencia y seguridad de un determinado instrumento financiero o, en el caso de los instrumentos representativos de deuda, esa opinión refiere a la probabilidad e intención del emisor para cancelarlos oportunamente en las mismas condiciones pactadas.

En este último supuesto, estas agencias miden el riesgo de no pago, ya que -justamente- lo que se negocia en los mercados financieros es la transferencia de riesgo entre los actores intervinientes. Así, el que transfiere el riesgo (emisor) debe pagar o compensar al que lo acepta (inversionista).

Dentro de las más conocidas, Moody's, Standard & Poor's y Fitch-IBCA son las agencias que asignan calificaciones de riesgo a las emisiones de deuda pública, diferenciándose en los indicadores y metodologías utilizados respecto de aquellas que miden el riesgo de la deuda privada.

Básicamente, miden el "riesgo soberano", entendido como la probabilidad de incumplimiento de pago por parte del soberano (Sanabria, 2009). Este índice conforma -junto con el riesgo de transferencia y el riesgo genérico- el tan conocido riesgo país.

Prima de Riesgo

Tal como se refiriera precedentemente, la transferencia del riesgo domina los mercados financieros, siendo la prima de riesgo el precio que el inversor paga para compensar los riesgos asumidos.

Su costo es directamente proporcional al grado de aversión al riesgo de los inversores y del desvío que ellos perciben en la distribución probabilística de la tasa de retorno. Refleja la sobretasa que requiere un inversor para prestar dinero a un Estado a través de la adquisición de sus bonos soberanos. De esta manera, a medida que la confianza en la sustentabilidad de la deuda disminuye y los distintos indicadores macroeconómicos se deterioran, el riesgo de invertir allí crece, disparando el riesgo país ante un posible incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Si bien los conceptos de riesgo país y prima de riesgo no son idénticos, existe una íntima conexión entre ambos. Mientras el riesgo país

es un indicador, la prima de riesgo se traduce en un costo o sobreprecio determinado sobre la base de ese indicador.

Dentro de los principales indicadores de Riesgo País se encuentran el EMBI (*Emerging Markets Bonds Index*), que -creado y publicado por la JP Morgan Chase- refleja la diferencia de tasa de interés que pagan los bonos denominados en dólares, emitidos por países en vías de desarrollo, y los Bonos -libres de riesgo- del Tesoro de Estados Unidos (*Treasury Bonds o T-Bonds*). Se expresa en puntos básicos, de donde 100 puntos básicos significan que el Estado emisor estaría abonando el 1% por encima del rendimiento de los T-Bonds. (JP Morgan Chase, 2021)

A su turno, la prima de riesgo es, justamente, esa diferencia en el rendimiento o tasa de interés de un bono emitido por el Tesoro de un Estado, y la tasa de interés implícita en un bono similar emitido por el Tesoro de un país “sin riesgo”, cuya prima funciona como índice de referencia mundial (actualmente, EE.UU. y Alemania).

Junto con esta acepción teórica de prima de riesgo, consideramos también la acepción subjetiva como eje del presente trabajo, ya que ésta calcula el valor que el mercado estima como verdadero, entrando en juego múltiples factores que ya no se reducen a medir el riesgo cambiario sino que estiman el riesgo macroeconómico.

Bajo ese lineamiento, podemos afirmar que la prima de riesgo existió siempre desde una visión en términos de confianza asociada al riesgo de interrupciones en el pago de servicios de la deuda pública, y es relevante para la toma de decisiones, sea del país que quiere colocar deuda, sea de parte de los inversores.

Así, para el país que quiere colocar deuda, la prima ejercerá influencia en las decisiones sobre políticas públicas enderezadas a mitigar un elevado nivel de riesgo o escasa confianza, procurando la credibilidad del mercado. Para los inversores determinará la adopción de la decisión sobre si es conveniente o no invertir en determinado país y bajo qué condiciones. En este último caso, a medida que la confianza en la sustentabilidad de la deuda disminuye y los distintos indicadores macroeconómicos se deterioran, el riesgo de invertir allí crece, disparando el índice de riesgo país que luego impactará en la prima de riesgo.

De esta manera, la prima de riesgo funciona como un “termómetro”: a menor confianza, mayor prima de riesgo. Por ello, un país no

confiable o poco confiable, deberá pagar un interés mayor para “cubrir” su riesgo, lo que ocasiona que su acceso al crédito sea más oneroso.

Permutas de Incumplimiento Crediticio (*Credit Default Swap* o *CDS*)

Dentro de la heterogeneidad de instrumentos financieros denominados “derivados”, consideramos conveniente introducir brevemente la noción de CDS dada la incidencia que éstos tienen en la determinación de la prima de riesgo y el consiguiente costo de la deuda pública.

Los CDS son derivados crediticios porque su existencia deriva o depende de la existencia de otro activo financiero denominado crédito subyacente (*underlying credit*). Tienen como objeto la cobertura del riesgo crediticio que emerge del activo financiero que le da origen. En el caso de los títulos públicos, a través de un CDS se compra protección crediticia sobre un monto determinado (*notional amount*) expuesto al riesgo en una entidad de referencia, que -en el caso- son los Estados. A cambio de la protección crediticia proporcionada por los CDS, su comprador paga una tarifa periódica acordada al vendedor. Este último se obliga a pagar un monto acordado (generalmente el equivalente a los pagos pendientes e intereses del crédito subyacente) para el caso de ocurrencia del evento de crédito (que en el caso viene dado generalmente por el incumplimiento de pagos o default). (Thomson Reuters)

Estos derivados crediticios también son utilizados por los inversionistas para especular sobre la solvencia crediticia de una entidad, ya que para su conformación no es necesario ser titular del activo subyacente cuyo riesgo crediticio se quiere asegurar. Esta operación especulativa recibe el nombre de “Permuta de riesgo crediticio en descubierta” (*naked Credit Default Swap*) y su particularidad radica en que quien suscribe un contrato de permuta no es, simultáneamente, el poseedor de los activos financieros cuyo riesgo se pretende asegurar.

Los CDS son creados y negociados en el mercado extra-bursátil (*Over The Counter* u *OTC*), y sin reglas determinadas previamente. Ello motivó la creación de la Asociación Internacional de Swaps y Derivados (*ISDA* por sus siglas en inglés), que agrupa a los mayores actores del mercado de derivados financieros (JP Morgan Chase Bank,

Elliot Management Corporation, BNP Paribas, entre otros). Tiene como objetivo establecer marcos de referencia mediante contratos estándar, y uno de sus roles preponderantes es la determinación de la existencia del “evento de crédito” que activa el pago de los CDS. (International Swaps and Derivatives Association, s.f.)

La Relación entre la Prima de Riesgo, la Deuda Pública y el Desarrollo Sostenible

A los fines del análisis del impacto de la prima de riesgo en la deuda pública y su relación con el desarrollo sostenible, partimos de la base de considerar que las economías de los países en vías de desarrollo son -por variadas razones- economías deficitarias.

Sobre éstos, Frenkel (2001) refiere que su proceso de integración al nuevo escenario de globalización financiera que se dio a partir de los años 90, fue asimétrico, en función de la situación de sus deudas al momento de la integración. Expresa el autor que “los países que siguieron las trayectorias conducentes a mayor vulnerabilidad, aunque hayan tenido y superado crisis financieras y cambiarias, exhiben hoy, como consecuencia de su trayectoria pasada, situaciones “estructurales” de mayor vulnerabilidad”.

Ese déficit público describe la situación en la cual los gastos generados por un Estado superan los ingresos no financieros en un determinado período. Y en tanto la cobertura de los gastos es necesaria para afrontar las políticas públicas de desarrollo sostenible, la necesidad de encontrar financiación resulta indispensable.

Sin pretender agotar todas las variables que confluyen en la conformación del déficit público, ni reducir la complejidad del análisis a meros procesos inflacionarios, puede afirmarse que es probable que el déficit se financie, en un primer momento, mediante la emisión de dinero lo que puede llevar a una aceleración de la inflación, impactando directamente en el consumo privado, disminuyéndolo y neutralizando el efecto del mayor gasto público.

Agotados los mecanismos internos para afrontar el déficit público, el Estado puede decidir financiarlo a través de la emisión de deuda pública o soberana, que en el caso de Argentina se realiza a través de

Bonos, Letras del Tesoro y Pagarés del Tesoro. (Gobierno de la República Argentina, s.f.)

Y es en esta instancia, donde la lógica del mercado financiero global determina -directa o indirectamente- que los objetivos de desarrollo sostenible de los países en vías de desarrollo, se conviertan en metas utópicas o inalcanzables.

En este sentido, juegan un rol determinante las agencias calificadoras de riesgo ya que, no obstante la pretendida independencia con la cual declaran actuar, la objetividad de sus mediciones ha sido puesta en tela de juicio en orden a la existencia de cierto sesgo ideológico y un marcado interés económico.

Ello tiene su lógica a poco que se analice que estas agencias surgieron como una necesidad de los inversores de centralizar y organizar la información para formarse opinión sobre la conveniencia de invertir en determinados activos financieros. Puede pensarse entonces que responden en algún punto a los intereses de quienes definen las reglas de funcionamiento del mercado financiero internacional, con la consecuente intervención en la política interna de los países, de modo tal que puedan asegurarse las medidas que garanticen la rentabilidad de sus negocios.

En este sentido, y a modo de ejemplo, es sumamente gráfica la calificación efectuada a Argentina en el 2018 por Moody's Investor, al mencionar que el mayor problema macroeconómico no resuelto es el elevado déficit fiscal del país, aunque confían en los esfuerzos de consolidación y reforma de la -por entonces- gestión de gobierno. Dicho informe destaca que -por oposición a las medidas adoptadas por la gestión de gobierno precedente- se generarán ahorros fiscales que asegurarían la mejora de las cuentas fiscales. A su vez, el informe celebró la reforma previsional operada en Argentina en 2017 por la cual se indexaban los pagos futuros de pensiones y otros gastos sociales a la inflación pasada, como opuesto al mecanismo de la gestión anterior que ligaba esos desembolsos a aumentos salariales y cambios en los ingresos de la seguridad social. (Gobierno de la República Argentina, 2018)

Bajo esta óptica, es fácil advertir que la medición objetiva y metodológica de las agencias calificadoras de riesgo no es tal, y que -por el

contrario- son las responsables de crear los escenarios propicios para garantizar exorbitantes rendimientos de las inversiones a los inversores especulativos, a quienes son completamente funcionales.

En esa lógica, la implementación de políticas de reducción del gasto público y reajuste serán necesarias para lograr una buena calificación crediticia y, junto con ella, la posibilidad de colocar deuda pública para cubrir el déficit fiscal.

Ahora bien, esta reducción del gasto público se efectúa en la casi totalidad de los casos a través de la detracción de partidas presupuestarias destinadas a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, tales como salud o educación, entre otros. Ello afecta el crecimiento económico e impide la recuperación de la economía, lo que a su vez determina que el Estado cuente con menos fondos. La escasez de fondos, a su turno, importa severas dificultades para reducir el déficit y pagar las deudas. Lo que a la postre significa mayor reducción del gasto y colocación de deuda.

Bajo este escenario, y cuando el grado de probabilidad de impago de la deuda se torna elevado, la lógica del mercado financiero global indica que los inversores en deuda pública salgan rápidamente a deshacerse de sus bonos ante el cada vez más elevado riesgo de impago.

Esas transacciones, en función de alto riesgo, se efectuarán por un precio sensiblemente inferior al valor nominal de los bonos (bonos bajo la par). Y, peor aún, dichas transacciones posiblemente se concretarán a favor de los denominados “fondos buitres”. Estos últimos, -con el objeto de obtener ganancias extraordinarias- adquirirán en el mercado secundario y a muy bajo costo bonos en *default* o próximos a entrar en *default*, para luego buscar el pago íntegro del capital y los intereses, mediante el ejercicio de presiones sobre los gobiernos, el inicio de demandas judiciales y el impulso de campañas de lobby, dirigidas a influir sobre el sistema político y la opinión pública, desprestigiando a los países deudores.

La baja de la cotización de los bonos en el mercado secundario, tendrá incidencia directa en las sucesivas emisiones de deuda pública, ya que el Estado deberá aceptar pagar tasas de interés más elevadas a los efectos de que la adquisición de bonos resulte más atractiva y competitiva para los inversores.

A su turno, el incremento de las operaciones de CDS tendientes a asegurar el cada vez más elevado riesgo de impago de los bonos también generará una desconfianza que repercutirá en la determinación del valor de la prima de riesgo. En idéntico sentido, el hecho de que el evento de crédito (*default*) que activa el pago de estos CDS sea determinado por una organización privada conformada por los mayores capitales del mercado como lo es ISDA, configura una herramienta de manipulación peligrosa sobre la suerte que correrá el Estado involucrado en las sucesivas colocaciones de deuda.

Se verifica, entonces, que las operaciones en el mercado secundario o extra bursátil las que tienen una incidencia directa en el cálculo de la prima de riesgo, lo que resulta a todas luces inadmisibles en tanto se trata de un mercado prácticamente desregulado y altamente especulativo.

Esto explica de alguna manera la razón por la cual muchos de los países en vías de desarrollo se encuentran estancados en lo que podría denominarse una *trampa de financiamiento*: el mayor costo financiero se traduce en insostenibilidad de la deuda que -de terminar en un impago- generará, a su vez, mayor costo de financiero.

El impacto negativo de esta operatoria en el crecimiento económico y sostenible de los países en vías de desarrollo como Argentina, impone la búsqueda de alternativas válidas para el acceso al crédito, no sólo como una necesidad impostergable sino también, como una obligación a la luz de los compromisos asumidos por el Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016) sostuvo que “Todo Estado parte que aspire a recibir asistencia financiera debe tener presente que toda condición injustificable impuesta en la concesión de un préstamo que obligue al Estado a adoptar medidas regresivas en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales constituirá una violación del Pacto”.

Como se puede advertir, el excesivo coste del servicio de la deuda se presenta como uno de los mayores obstáculos para el crecimiento sostenible de los países en desarrollo y la erradicación de la pobreza. Lo descripto muestra la forma en que esos países -más allá de las políticas internas que establezcan- se encuentran insertos en el mercado

financiero global, participando de un sistema de circulación del capital del que no pueden salir sin comprometer su propio desarrollo, que se encuentra sostenido en muchos casos por la inversión externa frente a la falta de capital, incluso por la preferencia de sus propios ciudadanos de elegir instrumentos de inversión foráneos.

Es por esta razón que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas -encargado de la supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- registra como uno de sus principales tópicos de análisis el efecto negativo de la carga de la deuda y de las medidas consiguientes de ajuste sobre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016)

De estas consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales, se hizo eco la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, al respaldar mediante Resolución 20/10 los Principios Rectores sobre deuda externa y los derechos humanos. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012)

También la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD sus siglas en inglés) refirió que “solo en el contexto de las condiciones y mecanismos creados por el sistema financiero global que el creciente endeudamiento de los países en desarrollo se puede entender”, ya que este sistema aún sigue ejerciendo su influencia sobre la sostenibilidad de la deuda de los países en vías de desarrollo. (United Nation Conference on Trade and Development, 2019)

Así las cosas, corresponde replantearse el rol de la prima de riesgo en la colocación o reestructuración de la deuda pública, bajo la premisa planteada por Rapaport (2002), quien afirma: “... El verdadero riesgo para un país es no crecer, que la salud, la educación y la seguridad de los ciudadanos, que la corrupción y la ilegitimidad corroan los fundamentos del sistema democrático, que se carezca de una ciencia y tecnologías propias, que se deba depender exclusivamente del capital extranjero y del endeudamiento externo, que no haya un aparato productivo y exportador viables. El país está en riesgo cuando sus ciudadanos no tienen perspectiva de progreso, sus hijos se van a vivir al exterior, o sus nietos, si es que quedan, deban seguir pagando una deuda que no tomaron...”

Alternativas para Morigerar el Impacto Negativo de la Prima de Riesgo en la Sostenibilidad de la Deuda

Retomando el planteo acerca del modo en que ciertos países se encuentran insertados en el mercado financiero global, participando de un sistema de circulación del capital del que no pueden salir sin comprometer su propio desarrollo, resulta necesario analizar alternativas que mitiguen el rol de la prima como remuneración del riesgo en las inversiones en deuda pública, y que permitan morigerar su impacto en el acceso al crédito, así como la sostenibilidad de la deuda (máxime si –como en el precedente judicial de NML Capital- ese riesgo se encuentra neutralizado íntegramente por orden de un juez).

En tal sentido, Stiglitz (2014) afirma que “cuando un país paga una prima de riesgo sobre su deuda, significa que la moratoria es una posibilidad. Pero si un tribunal dictamina que un país siempre debe reembolsar su deuda, no existe un riesgo de suspender pagos que deba ser compensado”.

Dentro de las opciones posibles a analizar, se encuentran la de evaluar de forma distinta el riesgo; la posibilidad de que el descuento de la prima de riesgo juegue un papel determinante en las reestructuraciones de deudas (judiciales o extrajudiciales) y, también, una tercera alternativa relacionada con obtener el crédito de otras fuentes o al menos en condiciones distintas y más favorables en las cuales la prima de riesgo no represente un factor de incidencia en el costo de la colocación de deuda pública.

Cambio en la Evaluación del Riesgo

La primera alternativa, contempla la posibilidad de que el riesgo soberano sea evaluado por métodos y en base a indicadores distintos a los que utilizan las agencias calificadoras de riesgo o el propio EMBI (*Emerging Markets Bonds Index* o Indicador de Bonos de Mercados Emergentes) como referente del riesgo país.

Esta idea está mayormente vinculada con el componente de Riesgo País y requiere también, que la evaluación sea realizada por instituciones verdaderamente independientes.

El Centro Latinoamericano de Ecología Social (CLAES) propone un indicador alternativo al EMBI: Lo denomina “Índice de Riesgo País Alternativo (IRPA)”, y analiza la relación de autonomía que enfrenta un país respecto del proceso globalizador del mercado, en cuanto a las perspectivas sociales y ambientales.

Dentro de las potencialidades, Buonomo y Gudynas (2010) destacan que el índice alternativo: “deja en evidencia la fragilidad de las calificaciones convencionales, ofrece un indicador alternativo más abarcador, pero sobre todo exige y promueve la discusión sobre cuáles son los riesgos aceptables y cuales los inaceptables, en forma participativa y plural y por lo tanto, contribuye a precisar las orientaciones en las estrategias de desarrollo”.

Este indicador, según la propuesta, exige considerar la capacidad que tiene una nación para discutir y definir sus propias estrategias de desarrollo, y el riesgo debe ser evaluado en relación a sus propias metas de desarrollo, lo que implica que la ciudadanía sea consultada y pueda participar en la discusión de cuáles son los aspectos y variables relevantes, cuáles son los “riesgos aceptables” para cada caso, que además podrán ser diferentes para cada país y para cada comunidad.

Descuento de la Prima de Riesgo

Como segunda alternativa, y en cuanto al rol concreto que la prima de riesgo podría tener en los procesos de colocación primaria de los títulos o de renegociación de la deuda, se ha planteado la posibilidad de que la prima de riesgo se descuenta del monto a reestructurar.

Según Müller y Benassi (2013), esta idea encuentra sustento en que “frente a una situación de default de la deuda pública, situación a la que contribuyó la elevación de las tasas de interés por mayor riesgo, la quita de la deuda es a la vez inevitable y justificada”.

Por el contrario, adquirir un bono, cuyo interés reconoce el riesgo de insolvencia esperando un reintegro completo, y obtenerlo finalmente, configuraría además de un negocio abusivo, un enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, si la refinanciación tiene por objeto restaurar la sostenibilidad de esa deuda pública con perspectivas de que pueda

ser cumplida, y los costos altos contribuyeron a su insostenibilidad, no resulta razonable arrastrar dichos costos a la nueva negociación.

Es oportuno recordar, tal como lo mencionan Stiglitz y Guzmán (2016), que desde 1970, más de la mitad de los episodios de reestructuración con acreedores privados fueron seguidos de otra reestructuración o de un default en menos de cinco años.

Condiciones Diferentes de Acceso al Crédito

La tercera alternativa requiere del diseño de políticas internacionales, que establezcan un marco regulatorio multilateral que contenga las pautas de regulación del accionar de todos los actores que participan en el mercado financiero global y de reestructuración de deuda soberana, y que permita el tratamiento igualitario y responsable de los mismos.

Los “Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana” aprobados por la ONU, así como la Hoja de Ruta de la UNCTAD (United Nation Conference on Trade and Development, 2015), detallan algunas medidas que los países pueden tomar antes y durante el proceso de reestructuración de la deuda. Establecen el punto de partida para el diseño de la arquitectura legal necesaria para el desarrollo del mercado financiero global, dentro de las cuales está la idea de creación de una Institución de Renegociación de Deuda Soberana (*Sovereign Debt Workout Institution*).

Dicha institución deberá contar con el mandato de apoyar a los estados deudores individuales que buscan una solución, principalmente a través de la facilitación de un diálogo inclusivo con la totalidad de sus acreedores, de mediación y arbitraje y proporcionar el apoyo técnico y logístico para los arreglos de la deuda soberana, incluyendo un registro público de reestructuraciones anteriores.

A pesar de la fundada resistencia de algunos sectores de aceptar al Fondo Monetario Internacional como el foro apropiado para discutir o diseñar estas políticas, vale mencionar también un antecedente válido de este organismo, referido a la creación del *Sovereign Debt Restructuring Mechanism* a partir del año 2000, con el objetivo de generar un marco regulatorio internacional para lidiar con las crisis de deuda, mediante una opción estatutaria.

Tal como describe Fernández Alonso (2018), el proyecto preveía la instauración de un esquema estatutario que posicionaba al propio Fondo en el rol capital de la gestión y/o administración de los episodios de reestructuración. En este sentido, la iniciativa estipulaba que los Estados en dificultades acudiesen al organismo a los fines de solicitar asistencia ante la inminencia de una crisis de deuda soberana. En dicho contexto, el país recibiría financiamiento extraordinario por parte del FMI y de eventuales agentes privados a condición de que implementase un programa económico que le permitiese sortear las contrariedades que habían conducido a la crisis e iniciase prontamente el proceso de negociación con sus acreedores.

No obstante, terminó predominando la propuesta de promover y fortalecer una solución de mercado a través la inclusión de Cláusulas de Acción Colectiva (CAC) en los instrumentos. (Krueger, 2012)

En este punto, debe recordarse que las Cláusulas de Acción Colectiva son aquellas que, incorporadas en los prospectos de emisión de como cláusulas aplicables a los bonos soberanos, permiten que -a través de la toma de decisiones por parte de la mayoría de tenedores de esos bonos-, se modifiquen los términos y condiciones de los mismos, incluyendo fechas de pago, reducción del monto adeudado, cambio de lugar de pago, etc.

Según refieren Martner y Tromben (2004), otras opciones propuestas para apuntalar el sostenimiento de la deuda en término de obtener crédito en mejores condiciones, versan sobre la emisión de deuda por parte de las instituciones financieras internacionales en una nueva unidad de cuenta: un índice de una canasta de moneda de cada país, en la proporción en que dicha unidad de cuenta participaría en dicha nueva unidad o incluso los países podrían emitir bonos indexados al crecimiento de su PBI, ayudando así a reducir el sesgo procíclico de la política fiscal, ya que el pago del interés bajaría en épocas recesivas y aumentaría en períodos de auge.

Por otra parte, la existencia de garantías adicionales en la forma de fondos de acceso contingente, a disposición de países que enfrentan dificultades, podría reducir el riesgo soberano, en forma similar a la de prestamista de última instancia que cumplen en el plano nacional los bancos centrales de muchos países.

En ese sentido, señala Frenkel (2001) que “una mayor disponibilidad de fondos -de origen público u obtenidos en los mercados con garantía indirecta de los gobiernos de los países desarrollados- y condiciones de acceso más amplias y automáticas podrían tener un efecto significativo sobre las Primas de Riesgo y mejorarían el funcionamiento del sistema porque reducirían las probabilidades de crisis”.

Para ello, agrega el autor, resulta indispensable que las instituciones de financiamiento internacional realicen aportes contundentes en cuanto a: (i) flexibilizar el rigor de las condicionalidades, (ii) apuntalar a los países a acceder al crédito internacional en condiciones más igualitarias y a un costo financiero más reducido, (iii) acompañar los procesos de reestructuración, ordenando y promoviendo mecanismos que incentiven la emisión de bonos soberanos indizados a una canasta de monedas y a la capacidad de repago de los países.

CONCLUSIÓN

A lo largo del artículo hemos mencionado las posibles causas por las que los países en vías de desarrollo se encuentran insertos en el mercado financiero global en una especie de trampa.

Esta trampa de financiamiento ocasiona que el mayor costo financiero para acceder al crédito se traduzca en la insostenibilidad de las deudas soberanas, lo que a su vez -de terminar en un impago- generará mayor costo financiero, generándose un círculo vicioso altamente perjudicial para los países en desarrollo.

Por ello, la búsqueda de alternativas que permitan modificar la lógica de funcionamiento del mercado, resulta imprescindible si se quieren generar marcos de desarrollo en igualdad de condiciones, que favorezcan el ejercicio pleno de la soberanía de los Estados en la búsqueda de recursos para financiar su crecimiento y como correlato, promover al bienestar de todos sus ciudadanos.

Teniendo en consideración el desequilibrio de fuerzas que se evidencia en las relaciones entre países emisores de deuda soberana e inversores privados, entendemos que resulta fundamental trabajar en el desarrollo de un marco legal internacional que regule el mercado financiero y establezca pautas para la emisión, negociación, calificación

y renegociación de deudas, que reflejen los principios rectores aprobados por la ONU y la hoja de ruta de la UNCTAD.

Se requieren políticas internacionales que, por un lado, busquen como resultado empréstitos públicos con fines productivos y sociales, que sean sustentables y razonables, sin comprometer el margen de acción de los gobiernos para la realización efectiva de los derechos humanos, y por el otro, la participación de inversores no especulativos, desincentivando y sancionando concretamente el accionar contrario a sus principios rectores.

De igual forma, ese marco legal internacional podría recoger ideas vinculadas con la modificación de las calificaciones y la ampliación del mercado de calificadoras, aportando transparencia e independencia a la información y a los criterios, dentro de las cuales promovemos la implementación de una “prima de riesgo de no cooperación” que eventualmente pudiera ser calificada como lo es el riesgo país. En efecto, si el “mal comportamiento” de los países es evaluado y calificado y tiene como consecuencia el encarecimiento del costo financiero para su acceso al crédito, otorgando mayor rentabilidad a un inversor que conoce de antemano esta situación, entonces ¿por qué el “mal comportamiento” del inversor que adquiere una deuda en *default* o próxima a un *default* y que actúa como un “fondo buitres” no tiene ningún impacto concreto en las operaciones financieras que realiza, ya sea de adquisición de títulos de deuda o de su renegociación?

Por su parte, y con relación a la propuesta de descuento proporcional de la prima de riesgo en los casos de reestructuración de deuda, consideramos que podría ser implementada por los mismos instrumentos que fueron incorporadas las cláusulas de acción colectiva (CAC) en las renegociaciones o canjes de deuda. Así, en función del porcentaje de capital e intereses que el país deudor acuerde pagar, se disminuiría o eliminaría el componente de prima de riesgo proporcionalmente a la disminución del riesgo de impago por pago efectivo del capital y los intereses.

Atendiendo el camino que han seguido proyectos como el *Sovereign Debt Restructuring Mechanism*, e incluso la alta oposición a los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana aprobados por la ONU por parte de países económicamente

dominantes, consideramos que resulta necesario recurrir a la implementación de opciones que permitan más concretamente resolver las dificultades actuales.

Adicionalmente a lo propuesto respecto del descuento de la prima de riesgo, entendemos que la participación de las instituciones financieras internacionales es fundamental para ofrecer, por un lado, alternativas de financiamiento o instrumentos que al menos permitan abaratar el costo financiero del crédito, y por el otro para ejercer un verdadero contrapeso que equilibre las fuerzas de los distintos actores.

A tal fin, las opciones vinculadas con la flexibilización de las condicionalidades y el desarrollo de líneas de crédito indexadas por otros ítems que estén más atados al desarrollo real del país emisor, antes que al desarrollo de un país de referencia, podrían permitir a los países obtener financiamiento en condiciones más igualitarias e incluso resolver crisis de deuda que disminuyan el riesgo de impago.

Finalmente, incentivar la inversión interna o crear fondos de contingencia internacionales en el ámbito de organizaciones internacionales distintas a las instituciones financieras tradicionales, podría también abrir un camino alternativo para acceder al crédito en condiciones más equitativas y razonables.

Sea cuales fueren las alternativas a adoptar para modificar la arquitectura del sistema financiero global en orden a la deuda pública de los países en vías de desarrollo, lo cierto es que las mismas deberían ser adoptadas con la activa participación y consenso de los gobiernos de estos países, generando espacios de análisis y discusión para la toma de decisiones conjuntas que otorguen mayor peso en la relación de fuerzas. A tal fin, la *Sovereign Debt Workout Institution* creada por la UNCTAD podría constituir un espacio adecuado.

Como señala el inglés William Hutton (que fue hace unos años asesor de Tony Blair), la idea de que *“no podemos escoger, que estamos predestinados a ser como somos”* y que la *“única eficiencia posible a nuestro alcance es la que nos brinda la asignación de recursos del mercado”*, constituye la doctrina *“más insidiosa”* de nuestra época (Hutton, 1997)” (Rapaport, 2002). Recuperar el protagonismo y lograr espacios justos y equitativos de negociación de la deuda pública es el desafío de los países en vías de desarrollo.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de Julio de 2012). *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/20/10*. Obtenido de <https://www.undocs.org/es/A/HRC/RES/20/10>.
- Bolsa de Comercio de Buenos Aires. (s.f.). *Títulos Públicos*. Obtenido de <https://www.bcba.sba.com.ar/capacitacion/invertir/en-que-invertir/titulos-publicos>.
- Buonomo, M., & Gudynas, E. (2010). Riesgo País: una medida alternativa para Mesoamérica. *Revista Mesoamérica en Movimiento*(4). Obtenido de <http://economiasur.com/wp-content/uploads/2016/02/OdeDBuonomoGudynasRPaisActualizado09.pdf>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (22 de Julio de 2016). *Deuda Pública, medidas de austeridad y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de <https://www.undocs.org/en/E/C.12/2016/1>.
- Fernández Alonso, J. (19 de Julio de 2018). La economía política de las crisis de deudas soberanas: el estado actual del debate en torno al mecanismo de reestructuración. *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*. Obtenido de t.ly/ykUX.
- Frenkel, R. (2001). Reflexiones sobre el financiamiento del desarrollo. *CEPAL N° 74*.
- Gobierno de la República Argentina. (23 de Abril de 2018). *Opinión crediticia de Moody's Investors Services*. Obtenido de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/argentina_credit_opinion_april_2018.pdf.
- Gobierno de la República Argentina. (s.f.). *Informes Trimestrales de la Deuda*. Obtenido de Ministerio de Economía: <https://www.argentina.gob.ar/economia/finanzas/deudapublica/informes-trimestrales-de-la-deuda>.
- International Swaps and Derivatives Association. (s.f.). *Strategy Statement*. Obtenido de <https://www.isda.org/mission-statement>.
- JP Morgan Chase. (2021). *Suite Indices*. Obtenido de <https://www.jpmorgan.com/insights/research/indices/product#em>.

- Krueger, A. O. (Abril de 2012). *A New Approach to sovereign debt restructuring*. Obtenido de Fondo Monetario Internacional: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/sdrm/eng/sdrm.pdf>.
- Martner, R., & Tromben, V. (Diciembre de 2004). La sostenibilidad de la deuda pública. *Revista de la CEPAL*(84). Obtenido de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/10979/1/084099115_es.pdf.
- Ministerio de Económica. Finanzas.* (s.f.). Obtenido de Gobierno de la República Argentina: <https://www.argentina.gob.ar/economia/finanzas/deudapublica/informes-trimestrales-de-la-deuda>.
- Müller, A., & Benassi, A. (2013). *Default y reestructuración: ¿Cuál fue la real quita de la deuda pública argentina?* Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, Centro de Estudios de la Situación y Perspectivas de la Argentina. Obtenido de http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/econ/collection/docin/document/docin_cespa_032.
- Rapaport, M. (2002). Orígenes y actualidad del pensamiento único. En C. L. CLACSO (Ed.), *La Globalización Económico Financiera. Su impacto en América Latina*. Obtenido de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101004010747/22.pdf>.
- Sanabria, C. (2009). Choques financieros globales y la evolución del Riesgo País. *Tópicos Económicos, Departamento de Investigación Económica y Financiera del Banco Central de Reserva del Salvador*. Obtenido de <https://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/1193420407.pdf>.
- Stiglitz, J. (23 de Agosto de 2014). La moratoria “a la Griesa” de Argentina. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/economia/2014/08/22/actualidad/1408732136_001362.html.
- Stiglitz, J. E., & Guzmán, M. (Octubre de 2016). *Instituto Argentino para el Desarrollo Económico*. Obtenido de https://static.nuso.org/media/documents/guzman_y_stiglitz_2017_FF.pdf.
- Thomson Reuters. (s.f.). *Practical Law*. Obtenido de [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-384-4512?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-384-4512?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&firstPage=true).

- United Nation Conference on Trade and Development. (11 de Julio de 2019). *Current challenges to developing country debt sustainability*. Obtenido de <https://unctad.org/webflyer/current-challenges-developing-country-debt-sustainability>.
- United Nation Conference on Trade and Development. (Abril de 2015). *Sovereign Debt Workouts: Going forward roadmap and guide*. Obtenido de https://unctad.org/system/files/official-document/gdsddf2015misc1_en.pdf.
- United Nation Conference on Trade and Development. (23 de Febrero de 2015). *Working Group Meeting on Debt Workout Mechanism no.5*. Obtenido de <https://unctad.org/es/node/25465>.



**EXPERIENCIAS Y
DOCTRINAS DEL CUERPO
DE ABOGADOS/AS DEL
ESTADO**

HORACIO GOETT

KAFKA, ABOGADO DEL ESTADO

HORACIO GOETT¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 373-379

I. KAKFA, EL ESCRITOR

El nombre de Franz Kafka, nos es familiar, lo evocamos como el gran escritor checo que narró con maestría la desesperante soledad del ser humano frente a la injusticia de una absurda maquinaria burocrática, Pero, menos conocida es su profesión de abogado al servicio del Estado Checo, donde se desempeñó hasta el fin de su vida.

Su obra literaria, sólo se conoció luego de su muerte. Su carácter tímido, el miedo al rechazo, su frágil salud, lo llevaron a ocultar su obra, donde, los sentimientos de su vida privada y su experiencia como abogado, se proyectaron.

Por fortuna para la literatura, su amigo y albacea Max Brod desobedeció ampliamente su última voluntad de quemar todos sus manuscritos, y se ocupó personalmente de su publicación.

No se comprende a una persona tan sólo registrando sus propias palabras y algunos hechos de su vida. Sólo se la entiende cuando uno la ve en su contexto completo el de su familia de origen, su educación, las mentalidades e ideologías de la época, los hechos históricos contemporáneos a su vida entre otras manifestaciones y esa, es una tarea titánica, reservada para pocos y grandes biógrafos o escritores.

Jorge Luis Borges en su prólogo a “La metamorfosis”, nos pone en contexto acerca del mundo que marcó la vida de Kafka y que éste

¹ Asesor Jurídico Especializado. Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.



narrara magistralmente en su obra. En ese prólogo señala: "... Sitiados y vencidos, los Imperios Centrales capitularon en 1918. Sin embargo, el bloqueo no cesó y una de las víctimas fue Franz Kafka... En el verano de 1924, agravado su mal por las privaciones de la guerra y de la posguerra, murió en un sanatorio cerca de Viena".

Agrega luego Borges, "Desoyendo la prohibición expresa del muerto, su amigo y albacea Max Brod publicó sus múltiples manuscritos. A esa inteligente desobediencia debemos el conocimiento cabal de una de las obras más singulares de nuestro siglo. Se repitió así la historia de Virgilio, a quien sus amigos desoyeron y publicaron luego de su muerte, la inconclusa "Eneida"".

Borges sostiene con acierto, que en realidad no los desoyeron, sino que entendieron los íntimos sentimientos y temores de estos grandes autores frente a su propia obra.

Franz Kafka y Max Brod fueron amigos, se conocieron en la universidad en 1902 mientras estudiaban Derecho en Praga. Desde entonces entablaron una amistad que duraría hasta la muerte de Kafka por tuberculosis en 1924.

Autores como Ruiza (2004) y otros, sostuvieron con acierto que "no se puede ser más amigo, ni mejor amigo que aquel que siendo consciente del potencial de otro lo empuja y se niega a acatar sus órdenes, cuando estas suponen destruir el fruto de su trabajo".

Brod -antes de que Kafka fuera Kafka- gozaba de reconocimiento como escritor, vendía libros y tenía una carrera brillante.

La labor editorial de Brod en relación con Franz Kafka continuó hasta su muerte. De hecho cuando por la persecución nazi, huyó de Praga en 1939, con destino a Israel, llevó consigo una maleta con papeles de su amigo que publicó en seis volúmenes de diarios, cartas, notas, y su biografía, en la cual, los hechos íntimos que registra, narran con cercanía, la desavenencia con el padre, la soledad, los estudios jurídicos, los horarios rutinarios de oficina, la profusión de manuscritos, la tuberculosis, y todo lo que nos acerca al alma de Kafka.

Según cuentan algunos de sus biógrafos, y analistas literarios, los personajes de Kafka son todo menos pacientes; esa impaciencia es una de las razones de la angustia, especialmente en las novelas "El proceso" y "El castillo". El propio Kafka era muy impaciente cuando se trataba

de sus escritos –quería la perfección o nada– pero era paciente con la gente, sentía empatía sobre todo con los más débiles. Esto tenía que ver con una profunda sensibilidad social. Aun cuando observaba que las personas tomaban decisiones completamente equivocadas, no trataba de enseñarles cosas desde un punto de vista superior. Más bien trataba de seducirlas hacia la decisión correcta. De manera que era muy exitoso como consejero, según Reiner Stach.

II. KAFKA, EL ABOGADO

Especializado en derecho de seguros, Kafka trabajó primero, por muy breve tiempo, en la empresa Assicurazioni Generali, en el ámbito privado. Luego ingresaría a la administración pública, cumpliendo funciones en el Instituto de Seguros de Accidentes de Trabajo del Reino de Bohemia.

Allí se confirma que no resultan extrañas a lo largo de su obra las referencias a lo jurídico. Y que no pocas de ellas tienen dicho ámbito precisamente como tema principal. Podemos citar al respecto “El proceso”, “En la colonia penitenciaria”, “El nuevo abogado”, “Sobre la cuestión de las leyes”, “Abogados”, “Ante la ley”, “Un sueño” y “El castillo”.

Su obra es una muestra más de todo lo que la literatura le debe al mundo del Derecho, como inspiración y reflexión social.

“Kafka parece criticar la no consideración de otros elementos en la aplicación de la ley, tales como la sociología, la historia, la economía”. Esto lo pone en la vereda opuesta de la postura asumida por Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, en la cual postuló la visión del derecho como un fenómeno autónomo en sí, emancipado de toda otra consideración.

Aunque parezca lo contrario a primera vista, ambos tenían bastantes puntos en común: tenían sólo dos años de diferencia; habían nacido bajo el mismo imperio austrohúngaro; su ascendencia judía y el haber estudiado o enseñado en la universidad de Praga. Pero no pueden ser más opuestas, desde la doctrina o la literatura, sus visiones del derecho.

Las leyes para Kafka, cuando no respondían a las necesidades más acuciantes de los más débiles, eran un instrumento de la aristocracia

de la época y así lo sostuvo en su obra cuando señaló “Nuestras leyes, por desgracia, no son conocidas por todos; son un secreto de un grupo pequeño de aristócratas que nos domina”.

“Están para dificultarle a la gente la resolución de sus conflictos, no facilitan la vida, no regulan aspectos diarios sino más bien tienden a ser abstracciones muy elevadas de la realidad que viven las personas”, Kafka a través de sus relatos expresa una gran insatisfacción frente a ese sistema de leyes.

III. EL SISTEMA KAFKIANO

Los personajes en las novelas de Kafka, son maltratados y amenazados por instancias ocultas, materializadas en las autoritarias estructuras burocratizadas y anónimas creadas por la misma sociedad. Así, el protagonista de “El proceso” no llegará a conocer el motivo de su condena a muerte, y el agrimensor de “El castillo” buscará en vano el rostro del aparato burocrático en el que pretende integrarse; ambos padecen la angustiada desorientación, la impotencia y finalmente el sentimiento de culpa y desamparo frente a un mundo ininteligible y deshumanizado que escapa a todo intento de control y que acaba degradando y sometiendo al hombre.

Hasta el presente, cuando nos referimos al absurdo de ciertas respuestas burocráticas o procedimientos judiciales, decimos con indignación, “esto parece kafkiano” o “si Kafka viviera, sería hoy, un escritor costumbrista”.

Todo este sistema se fundamenta en el principio de la condena a priori: “La culpa es siempre indudable”, así es la teoría procedente del consejero en temas penales de “La colonia penitenciaria”, operador y defensor del “procedimiento judicial y de castigo”.

El héroe de la segunda novela, Josef K., progresivamente abrumado por un insensato proceso, no logra averiguar el delito de que lo acusan, ni siquiera enfrentarse con el invisible tribunal que debe juzgarlo; éste, sin juicio previo, acaba por hacerlo degollar.

En “El proceso”, se afirma: “Posiblemente alguien había calumniado a Josef K., pues sin que éste hubiera hecho nada malo, fue detenido una mañana...”. Sembrar la duda para luego condenar judicialmente.

Cualquier similitud con los desvíos e iniquidades de nuestro poder judicial, es mera coincidencia.

IV. KAFKA Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El 29 de noviembre de 2012 Alain Supiot dicta la conferencia inaugural de la cátedra de Derecho Social en el College de France, donde se enseña derecho desde el siglo XVII.

Allí dijo: “Algunos afirman que este denso bosque de reglas dispares, que creció con la revolución industrial, se está marchitando inexorablemente. ¿Están equivocados? Ciertamente, no si significan que el Estado Social es solo un momento en la larga historia de las formas humanas de solidaridad, y que las diversas formas que ha adoptado no están garantizadas, ni son definitivas. Pero seguramente se equivocarían al pensar que la cuestión de la justicia social se ha vuelto irrelevante.”

Como François Ewald demostró convincentemente, el Estado Social nació en la cúspide de los siglos XIX y XX con la adopción, en todos los países occidentales, de un nuevo régimen de responsabilidad por accidentes laborales. Uno de los testigos menos reconocidos pero más astutos de este punto de inflexión legal fue Franz Kafka, quien dedicó toda su vida profesional a implementar la ley sobre accidentes laborales adoptada por Austria-Hungría en 1887. Sus estudios de derecho lo habían dejado con sentimientos encontrados sobre este tema en particular.

En 1908, dos años después de defender su tesis, Kafka ingresó al servicio del “Instituto de Seguro de Accidentes de Trabajo para el Reino de Bohemia”, un ente estatal, del cual sería abogado de planta.

Dicen sus biógrafos, que experimentaba injusticia a diario, cuando visitaba fábricas, o recibía hombres que quedaron discapacitados por el trabajo y luchaba con una burocracia que se las arreglaba para no compensarlos. Esta experiencia no solo lo llevó a abogar por una interpretación amplia del área de aplicación de la ley de 1887 en sus escritos legales, sino que también impulsó poderosamente su trabajo literario.

Su amigo Max Brod recordó que Kafka “se sintió profundamente conmovido en su sentido de solidaridad social cuando vio las

discapacidades que habían afectado a los trabajadores debido a las deficiencias de los dispositivos de seguridad. “Qué humildes son estos hombres”, una vez me confió –dice Brod- con una mirada distante: ‘En lugar de tomar el edificio por asalto y saquear todo, vienen a pedir nuestra ayuda’.

Este comentario dice mucho sobre la lucidez de Kafka con respecto a los límites de los sistemas de seguridad social. La compensación por accidentes de trabajo fue el precio a pagar por procesar los desechos humanos de la empresa industrial, un precio que se calculó lo más bajo posible.

Por eso señaló Kafka “tan grande es la renuncia de los débiles hacia los fuertes, tan arraigada es la sumisión de los aldeanos a la señores del castillo”. Sus palabras también dicen mucho sobre los problemas que sustenta la ley social, sobre la necesidad de las barreras que erige para evitar que la injusticia excesiva abra las compuertas del deseo ciego de “saquear todo”.

“Las masacres impensables de la primera mitad del siglo XX mostraron lo que sucede cuando la pauperización masiva se atribuye a los chivos expiatorios y alimenta el odio del otro: odio nacional o racial, odio de clase u odio religioso”, señala Supiot y repica tan estridentemente en la actualidad política internacional.

El mundo y la visión de Franz Kafka, siguen increíblemente presentes en el siglo XXI. El egoísmo y la ambición desmedida de ganancias de ciertos grupos dominantes, hacen tropezar una y otra vez a la humanidad, con las mismas piedras.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y CITADA

- Borges, J.L prologo a “La metamorfosis”. Buenos Aires, Editorial Losada, La Pajarita de Papel, 1938.
- Londoño Hidalgo, J.M “Introducción al derecho en la obra de Franz Kafka.” <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/45122>
- Stach, R. “Kafka: Los primeros años / Los años de las decisiones / Los años del conocimiento.” Ed. El Acantilado. 2016
- Ruiza, M., Fernández, T. Y Tamaro, E. (2004). Biografía de Max Brod. En Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea.

Barcelona (España). Recuperado de <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/brod.htm> el 8 de junio de 2020.

Supiot, Alain (2012) “Grandezas y Miserias del Estado Social de Derecho”. <https://books.openedition.org/cdf/3093>.

Ewald, F. Histoire de l'Etat providence: Les Origines de la solidarité, 1996. ed. con Jean-Hervé Lorenzi) Encyclopédie de l'assurance, París: Economica, 1997.



DOSSIER

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN

**UNA LECTURA DESDE EL DERECHO,
LA CIENCIA POLÍTICA Y LA SOCIOLOGÍA
UNA AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE BATALLA**

HÉCTOR S. MAZZEI

LUCIANO ANDREACCI

LETICIA BARRERA

JULIÁN BERTRANOU

MARIANA GENÉ

LUISINA PERELMITER

LUCAS GONZÁLEZ

LORENA POBLETE

INTRODUCCIÓN

HÉCTOR S. MAZZEI¹

UNSAM - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 383-389

“A ti también te interesó el mundo. Fue hace mucho tiempo; te pido que los recuerdes. El campo de la norma ya no te bastaba, no podías seguir viviendo en el campo de la norma; por eso tuviste que entrar en el campo de batalla”.

Michel Houellebecq Ampliación del Campo de Batalla

Esta introducción se propone presentar un conjunto de investigaciones surgidas de dos Centros de la Universidad de San Martín enfocados en los estudios sobre el Estado desde la Sociología –la Escuela IDAES-; y la Ciencia Política –la Escuela de Política y Gobierno, como una forma de enriquecer las entradas de análisis que habitualmente realizamos desde el Derecho Público a un mismo objeto de estudio, ya sea desde la doctrina y la docencia como también, a partir de los dictámenes de los servicios jurídicos.

Tanto la Ciencia Política como la Sociología tienen puntos comunes con el derecho, en especial el Derecho Público y si realizamos un análisis histórico, son disciplinas que comienzan en las facultades de derecho y luego inician un proceso de autonomía disciplinar que acompaña la autonomía de las ramas de derecho como resultado de la ola positivista en las ciencias.

¹ Abogado. UBA. Magister en Administración y Políticas Públicas. UdeSA. Administrador Gubernamental. Secretario de Gobierno y RRII UNSAM.



Esto tuvo evidentes ventajas en la precisión de la definición de los diferentes objetos de estudio, de las metodologías aplicadas en cada una y de la alta especialización que el proceso deparó. Sin embargo, también es cierto que, llegados a este punto histórico, todas estas ramas de las ciencias sociales han perdido en cuanto a la precisión de las investigaciones, la formulación de las causas y efectos de los fenómenos sociales explicativos de una realidad cada vez más compleja y diversa. ¿Es lógico que en las carreras de sociología y Ciencias Políticas las materias de derecho estén casi ausentes? ¿No resulta paradójal el estudio del derecho, independiente de los procesos sociales y de las relaciones de poder?

El presente dossier busca llamar la atención con un conjunto de trabajos que enfocan una temática cercana al derecho, en su formulación, aplicación en casos prácticos algunas de las cuales son habituales en el trabajo diario de los servicios jurídicos, pero desde una perspectiva diferente. En las diferentes investigaciones, nos vamos a encontrar con objetos de estudios comunes a la tarea doctrinaria y profesional del derecho, pero donde vemos con claridad la utilización de metodologías, formas de abordaje, aplicación de principios y reglas que seguramente serán de utilidad para ampliar el campo de análisis y de estudios para el análisis del derecho. Volviendo a la metáfora de la frase que encabeza esta introducción; ampliar nuestro campo de batalla para lograr una mirada panorámica más rica y fundamentada no desde la opinión sino desde la aplicación de una nueva caja de herramientas para el análisis, surgidas del proceso de especialización de las ciencias sociales.

En un trabajo donde se analiza la relación entre Derecho Público y Administración Pública, Phillip J. Cooper manifiesta su preocupación por el avance de una concepción de la Administración Pública independiente del Derecho y de un creciente grado de especialización del Derecho Administrativo hacia el derecho procesal administrativo. Sostiene que los primeros autores de administración pública como disciplina utilizaban lo que se denomina “concepto amplio de derecho administrativo”, que contemplaba no sólo la parte procedimental (concepto restrictivo) sino aspectos ligados a la organización del Estado, las formas regulatorias y los mecanismos de control y transparencia. Mientras que en las Facultades de Derecho y en los programas de Derecho Administrativo la tendencia es poner énfasis en los aspectos

procesales, lo que denomina “derecho administrativo en sentido estrecho”. Esta situación, hace perder relevancia a líneas de investigación sobre la estructura del Estado y a aspectos metodológicos que anteriormente estaban contemplados en el análisis de derecho como el aspecto estructural e institucional del derecho administrativo y aspectos ligados al derecho político o a la historia del derecho.

En el Dossier que presentamos en esta edición veremos dos grandes áreas de las ciencias sociales interactuando con aspectos institucionales, procedimentales y del manejo de poder interactuando en estructuras jurídicas de diversos niveles: desde la estructura del Estado y sus diversas manifestaciones e influencias, hasta el federalismo en forma dinámica. También una visión desde el derecho de la regulación comparado y análisis sociológicos con una mirada antropológica sobre el impacto de determinadas regulaciones a nivel micro.

MIRADAS DESDE EL PODER

En el artículo de Lucas González, vemos el sistema federal de gobierno en nuestro país desde su institucionalidad y desde su funcionamiento dinámico. En dicha dinámica, el poder relativo de los presidentes y los gobernadores genera políticas más proclives a la descentralización o la centralización de los recursos. Lucas González sitúa en la negociación política entre los actores de la federación la clave para determinar los resultados de dichas políticas y la gravitación de las provincias más pequeñas en esa negociación.

Luciano Andrenacci presenta un trabajo donde intenta encontrar patrones de dificultad entre los objetivos y resultados de un conjunto de políticas públicas. El proyecto de investigación se propuso averiguar si había circunstancias lo suficientemente recurrentes, transversales a diferentes sectores, como para disputar su carácter anecdótico y asumir que constituían *patrones problemáticos* de gestión que influyen decisivamente sobre la acción de los gobiernos. Se asumió que para hablar de patrones de este tipo debían encontrarse evidencias razonables de repetición, de poder inercial y de transversalidad; o, si se prefiere, marcadores de *institucionalización* en el sentido político-sociológico del término”.

Por su parte, Julián Bertranou, presenta un interesante trabajo donde analiza las diferentes estructuras que va adquiriendo el Estado a partir de la historia reciente, desde la clásica organización weberiana, hasta los modelos de agencia, descentralizados, fideicomisos públicos, etc. En tal sentido, la acumulación de esas experiencias presenta serios problemas de coordinación interestatal y de interpretación desde el derecho administrativo de los conflictos interinstitucionales.

UNA SOCIOLOGÍA ANTROPOLÓGICA DEL ESTADO:

En el trabajo de Mariana Gené, se investiga a partir de la conformación del Ministerio del Interior, sus misiones y funciones; pero también su conformación histórica, lo que la autora denomina “el oficio del político” y sus múltiples manifestaciones. Desde ahí se puede verificar dentro de un sistema democrático cómo se vinculan las normas escritas con las no escritas e informales dentro de un juego burocrático compartido.

En la investigación de Lorena Poblete analiza en forma comparativa en tres países la legislación del trabajo doméstico. Utilizando una metodología de regulación comparada, el artículo se propone analizar el rol de las convenciones internacionales, en este caso la C189 de la OIT en las reformas de las leyes nacionales relativas al trabajo doméstico. Particularmente, busca comprender la manera en la que el C189 fue utilizado durante el proceso de producción legislativa. El artículo se focaliza en dos aspectos fundamentales y controvertidos: el establecimiento de un mínimo de horas de trabajo y la definición de los componentes de la remuneración de las trabajadoras domésticas.

Luisina Perelmiter – a quien le debo la excelente selección de los trabajos de IDAES- realiza un estudio desde la antropología sociológica a partir de un seguimiento de la tarea de inspectores del Ministerio de Trabajo en talleres clandestinos de producción textil en CABA. La autora acompaña a esos inspectores y verifica las relaciones entre ellos y los inspeccionados, sus tensiones, negociaciones y conflictos en los que ella define entre “hacer cumplir la ley” y “hacer justicia, la idea de justicia”. En el centro del análisis hay

una regulación de fondo y un procedimiento que se debe cumplir. Pero cuando el Estado llega “al nivel de la calle” las conclusiones y vivencias son bien diferentes.

Leticia Barrera estructura una investigación centrada en los agentes y funcionarios de la Corte Suprema de Justicia y su actuación a partir de la intervención y circulación de expedientes desde una mirada sociológica y antropológica. El expediente como objeto habitual en nuestra profesión se presenta como un objeto de estudio donde se manifiesta el saber experto y cómo los productores se ven a sí mismos, una tarea muy habitual en nuestro trabajo diario en los servicios jurídicos, puestos bajo el análisis de la sociología.

CONCLUSIÓN: CONFLICTO Y NORMA JURÍDICA

Guillermo O´Donnell, el máximo referente de la Ciencia Política en Latinoamérica y citado en todo el mundo, tuvo una formación de base como abogado. Quizás por eso sostuvo que, desde una mirada preocupada por la producción de las normas, es necesario poner el énfasis en el conflicto y en las huellas que dichas relaciones de fuerza y de poder dejan en un sistema normativo y sus instituciones. La estructura jurídica y en especial el aparato estatal son moldeados por ese conflicto y sus momentos de negociación. Al analizar el caso argentino, el autor destaca la fluidez e inestabilidad de las diferentes alianzas políticas dominantes. “Este fue un Estado recurrentemente arrasado por cambiantes coaliciones de la sociedad civil. En su nivel institucional, las pendulaciones fueron como grandes mareas que por un momento cubrían todo y que, cuando se replegaban, arrastraban consigo pedazos de ese Estado...”² El resultado fue un Estado colonizado por las diferentes alianzas al interior de la sociedad civil, carente de autonomía para desarrollar políticas.

Desde una visión más amplia, Martín D` Alessadro resume que en O´Donnell encontramos cuatro dimensiones del Estado: a) El Estado como un conjunto de burocracias jerárquicas orientadas a la eficacia; b) Como un sistema legal que pretende ser efectivo; c) Como

² Ibid Anterior pág. 297.

foco de identidad colectiva (credibilidad) y d) Como regulador de diversas fronteras del territorio, el mercado y la población en busca del bienestar.³

Posteriormente O`Donnell comienza un camino de intersección entre la Ciencia Política y el Derecho. Así asegura que “estoy convencido que una definición *politicista* o solamente basada en el régimen, es un componente necesario pero insuficiente para una definición adecuada de democracia.”

Para el autor, la efectividad del estado de derecho comporta certeza por un lado y rendición de cuentas por el otro. De esta forma amplía las clásicas definiciones de *estado de Derecho*, reforzando al sistema legal indispensable con una serie de características que van más allá de los procedimientos autorizados de aprobación de la ley. Se trata de un conjunto de *garantías* para que la ley sea cumplida, pero en especial de un sistema de rendición de cuentas institucionalizado a fin de que el incumplimiento por parte de las autoridades de un derecho constitucional –en especial a los sectores más desfavorecidos de la sociedad- no quede impune. Dice el autor: “El estado de derecho debería considerarse la norma basada en la legalidad del Estado democrático. Esto supone que existe un sistema legal que es, en esencia, democrático en tres sentidos. Uno, defiende las libertades políticas y las garantías de las libertades políticas. Dos, defiende los derechos civiles de todo el conjunto de la población. Y tres, establece redes de responsabilidad y rendición de cuentas”⁴.

El derecho administrativo, sus operadores y los ciudadanos en particular se beneficiarán con una mirada comprensiva de nuestra materia, que preste mayor atención a las cuestiones ligadas al poder, a la legitimidad, a la autoridad y sus fundamentos. Para ello, ampliar las metodologías disponibles nos permitirá un análisis más rico de las problemáticas que llegan desde los expedientes.

³ La Ciencia Política de Guillermo O`Donnell. D`ALESSANDRO, Martin, IPPOLITO-O`DONNELL, Gabriela (Compiladores). EUDEBA 2015.

⁴ Ibid pag 66.

BIBLIOGRAFÍA

- D'alessandro, Martin, Ippolito-O'Donnell, Gabriela (Compiladores)
“La Ciencia Política de Guillermo O'Donnell. EUDEBA 2015.
- O'Donnell, Guillermo. “La Irrenunciabilidad del estado de Derecho”
Instituto de Desarrollo Institucional 1999.
- Cooper, Phillip J. “El Derecho Público y la Administración Pública: El
Estado de la Unión”. En Administración Pública. El Estado Actual
de la Disciplina. Naomi Lynn y Aaron Wildavsky (Compiladores).
FCE. Mexico 1990.
- Houellebecq, Michel. Ampliación del Campo de Batalla. Anagrama
1994.
- Mazzei, Hector S. Agencia Ciudadana, Derechos Humanos y Desarrollo
Económico en el contexto de los nuevos Liderazgos Democráticos
y el Populismo”. Human Rights Review. 2017.

LOS PATRONES PROBLEMÁTICOS DE GESTIÓN ESTATAL NACIONAL DE LA ARGENTINA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SUS PROTAGONISTAS

UN ESTUDIO EXPLORATORIO (2010-2016)¹

LUCIANO ANDRENACCI²

Escuela de Política y Gobierno, UNSAM - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 390-424

Resumen: En este trabajo se presentan los resultados de un estudio realizado entre 2010 y 2016 sobre los problemas de gestión estatal más comunes que se presentaron en procesos de políticas públicas del Estado Nacional de la República Argentina entre 2007 y 2015.

¹ Este trabajo es el resultado de un proyecto de investigación que se desarrolló entre 2010 y 2015 en la Escuela de Política y Gobierno de la Universidad Nacional de San Martín (Argentina). Agradezco a Michael Barzelay (London School of Economics and Political Science, Reino Unido), Gonzalo Diéguez (CIPPEC, Argentina), Daniel Hernández (Universidad Nacional de San Martín, Argentina), Jorge Hintze (Universidad Nacional de San Martín, Argentina), Ana Laura Rodríguez Gustá (Universidad Nacional de San Martín, Argentina), Fernando Tenório (Fundação Getúlio Vargas, Brasil) y Eva Thomann (Universidad de Exeter, Reino Unido) por los muy útiles comentarios vertidos a versiones previas de este trabajo, presentadas en diferentes foros académicos y profesionales, entre 2016 y 2019. Agradezco también a Héctor Mazzei (Universidad Nacional de San Martín, Argentina) la invitación a publicarlo en este volumen.

² Licenciado en Ciencia Política por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Magister (DEA) y Doctor en Estudios Sociales Latinoamericanos por la Universidad de la Sorbonne-Nouvelle (Paris III, Francia). Contacto: landrenacci@unsam.edu.ar y landrenacci@flacso.org.ar.



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



Reconstruyendo cualitativamente un conjunto de trece procesos, que abarcaron varios sectores, a partir de fuentes primarias y secundarias, aislamos un conjunto de situaciones y prácticas recurrentes que dificultaron más o menos decisivamente el alineamiento de resultados con propósitos, y que proponemos denominar *patrones problemáticos* de gestión pública. Este estudio exploratorio no adscribe causas a dichos patrones; pero presenta sus rasgos más característicos y algunas conjeturas educadas respecto de su importancia relativa. Sugiere también que reflejan aspectos estructurales de la gestión estatal del país, mucho más que aspectos coyunturales de un gobierno; y que comprenderlos mejor abre posibilidades de discusión de los desafíos que representa la gestión estatal en el nivel nacional de Argentina; así como algunos desafíos de gestión estatal comunes a los reformismos progresistas de países democráticos en desarrollo.

INTRODUCCIÓN

En la primavera austral de 2012, en un pequeño café próximo a la Plaza de Mayo, la “mano derecha” de un decisor clave en un ministerio clave del gobierno nacional de Argentina, escuchando pacientemente mis preguntas a pesar de la reunión de trabajo inocultablemente agotadora de la que había salido, me dijo: “¿Sabés lo que pasa? Te lleva un año apagar los fuegos que tenés que apagar para poder gobernar otro año...”. Se trataba de un funcionario con participación directa y recursos de poder importantes, en un gobierno que, como el de la Presidenta Cristina Fernández, había dispuesto, al menos hasta entonces, de tiempo, recursos y apoyo ciudadano en dosis comparativamente altas respecto de antecesores y sucesores. ¿Qué fuegos?

En la gran mayoría de los países latinoamericanos, los gobiernos y las agencias estatales de todos los sectores y niveles son frecuentemente acusados de hacer políticas públicas de polémica calidad (procedimental, legal, ética), resultados poco convincentes (insuficientes, lentos, caros) e impactos cuestionables (inestables, insostenibles, indeseados). Los estudios provenientes de fuentes académicas, tanto como los informes de organismos multilaterales y de observatorios de organizaciones no gubernamentales, incluso los reportes de la prensa de investigación,

citan a menudo, entre otras cosas: la resistencia al uso de precedentes o de evidencia empírica en la toma de decisiones; los defectos de diseño y de planificación de las acciones; la inadecuación organizacional de la implementación; y la falta de control institucional y de transparencia en las prácticas; la ausencia de seguimiento y de evaluación de resultados e impactos. ¿Es esta una visión sólo externa a los procesos de políticas públicas? ¿Es una visión compartida por los funcionarios políticos y técnicos que toman decisiones y coordinan acciones en el Estado?

Este trabajo se propone contribuir a la discusión de estos asuntos a partir de la evidencia empírica que surge de un conjunto de procesos de políticas públicas del Estado Nacional de Argentina, que abarcaron varios sectores, y que se desplegaron en líneas temporales diferentes, la mayor parte durante el primero o segundo gobierno de la Presidenta Cristina Fernández, aunque algunos se remontan al gobierno del Presidente Néstor Kirchner.

Como veremos, los hallazgos permiten hacer hipótesis descriptivas y explicativas sobre algunos rasgos estructurales de la gestión estatal en Argentina. Con este fin presento, en primer lugar algunas consideraciones de índole más teórica sobre cómo se aborda la cuestión del éxito y fracaso en el análisis de políticas públicas, en general, y en los estudios sobre la gestión de políticas públicas, en particular. Sigo a continuación con una nota metodológica; y con los resultados de la reconstrucción de los procesos de políticas públicas observados a lo largo de la investigación. Cierro, finalmente, con las conclusiones que el estudio permite extraer; con algunos nuevos interrogantes que permite abrir; y con otros viejos interrogantes que podría contribuir a reorientar.

1. LOS CRITERIOS NORMATIVOS DE ÉXITO Y FRACASO EN LA GESTIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

¿Qué es gestionar “bien” o “mal” en política pública? O planteado de otro modo ¿una gestión representa un “éxito” o un “fracaso” respecto de qué o de quién (Mc Connell, 2020; Howlett, 2012)? Los dos campos académicos que confluyen en el estudio de políticas públicas, el análisis de políticas públicas y los estudios administrativos, ofrecen respuestas diferentes a esta pregunta.

La ciencia política orientada al Estado y al gobierno, o “ciencia de las políticas”, suele combinar dos tipos de criterios de éxito en sus análisis de políticas públicas: cómo se movieron las variables clave del problema que la política se propuso resolver; y cuánto éxito político obtuvieron los gobiernos y gobernantes, agencias y funcionarios clave vinculados a la política observada. Una política económica, por ejemplo, es evaluada por su impacto positivo en las variables macroeconómicas que se propuso afectar (crecimiento del producto, aumento del empleo, disminución de la inflación, mejora de la distribución del ingreso) y por el éxito político de sus actores y grupos clave (aumento de la opinión pública favorable al partido / fracción / líder, éxito electoral; aumento de poder relativo en las tramas del sistema político).

Estos dos criterios son generalmente “exógenos” al proceso estatal: lo miran “de afuera”. Dicho de un modo metodológico, *consideran a los procesos intraestatales como variables dependientes*. Tanto la reconstrucción de cómo se mueven los aspectos considerados como clave del problema -crece o no crece la economía del país, se distribuyen o no se distribuyen equitativamente los ingresos- como la reconstrucción de la suerte de los gobiernos o las agencias clave -impacta positiva o negativamente en la opinión pública, ganan o pierden las elecciones- se hacen desde una perspectiva que no interroga sistemáticamente al propio proceso estatal. Los objetivos políticos y programáticos pueden ir por caminos diferentes (Bovens, t'Hart y Peters, 2001) pero son siempre los responsables de éxitos y fracasos.

Desafortunadamente la evidencia muestra que esta relación no es mecánica. El “buen gobierno” -el gobierno visto como bueno por lxs ciudadnxs- no proviene sólo de la legitimidad del gobernante. Una parte históricamente creciente deriva de su eficacia (Rosanvallon, 2015).

Para los primeros pasos de las ciencias políticas orientadas al gobierno, “gobernar bien” era una tarea casi científica: encontrar el conjunto de soluciones más eficaces y eficientes para un problema dado, usando los recursos del conocimiento técnico y organizacional (Lasswell, 1951). Pronto fue evidente, sin embargo, que la naturaleza del asunto no es sólo técnica. Los problemas y las soluciones varían notablemente entre diferentes intereses y mapas cognitivos (Pressman y Wildavsky, 1973). En sistemas políticamente abiertos el “bien” es *político*: deliberativo,

conflictivo y aproximativo (Lindblom, 1959; Dahl, 1971). Dada la complejidad sociopolítica, organizacional y técnica inherente a un proceso de política pública, para entender éxitos y fracasos es necesario hacer un “mapeo hacia atrás” (*backward mapping*) de la implementación, que puede o no ser consistente con el “mapeo hacia adelante” (*forward mapping*) que habrían hecho los decisores, y que nos puede señalar las claves de la consistencia o inconsistencia del plan respecto del problema y de los resultados (Elmore, 1979 y 1983).

¿Qué es lo que hace posible esa inconsistencia? ¿Por qué no basta con saber cuál era la voluntad política y cuáles fueron los resultados cuantificables de un proceso para evaluarlo como éxito o fracaso?

Las subdisciplinas orientadas al estudio de los propios procesos de políticas -la “administración pública” o la “gestión pública”- abordan este problema con una perspectiva “endógena” sobre el proceso estatal. Probablemente porque estas disciplinas tienen usos profesionales: asesorar las decisiones, alimentar los diseños, evaluar resultados e impactos. Desde una perspectiva administrativa, una política es un flujo de acciones y recursos (Painter y Pierre, 2015) que tiene éxito si consigue resolver los problemas organizacionales y de contexto que permiten alinear resultados con propósitos. Esto no está exento de dilemas, tampoco. ¿No hay entonces ningún criterio superior de valor para juzgar éxitos y fracasos en política pública, que sea independiente de la cuestión estrictamente organizacional?

Los estudios que llegan más cerca de brindar una respuesta académicamente popular a esta pregunta son acaso los del “triángulo” de Mark Moore (1995). Gestionar “estratégicamente” (por añadidura: bien) un emprendimiento público depende de conseguir tres cosas: viabilidad política, capacidad operativa y valor público. Los dos primeros son elementos predominantemente organizacionales, mientras que el tercero es predominantemente normativo. La perspectiva de Moore ha sido extremadamente influyente en el desarrollo de estudios de gestión pública; así como de instrumentos de evaluación de los resultados de la gestión de políticas públicas.

Michael Barzelay (2019) propuso recientemente darle una vuelta de tuerca a esta perspectiva, reuniéndola con los enfoques clásicos que derivan de los trabajos de Herbert Simon (1996 y 1997). Una política

pública es el resultado de una organización / emprendimiento diseñado para obtener un propósito, un organismo artificial o “artefacto” que debe “funcionar”, alineando resultados con intenciones en el contexto existente. En un régimen político democrático o poliárquico (donde hay libre competencia electoral y el poder político no está unificado ni excesivamente concentrado) los gobiernos diseñan y ponen en marcha emprendimientos que están justificados por argumentos políticos acerca de la producción de valor público. Estos argumentos son naturalmente debatibles, y están más o menos apoyadas por la ciudadanía y los actores clave. Pero estos artefactos objetivamente *funcionan* cuando resuelven adecuadamente los desafíos organizacionales que implican.

Este trabajo se recuesta en esta última perspectiva. Independientemente de nuestro juicio sobre el valor público contenido en una política, interesan sus aspectos funcional-operacionales en tanto artefactos organizacionales diseñados para alinear resultados con propósitos. Estudiar estos artefactos organizacionales requiere reconstruir sus propósitos, planes y puestas en práctica. En términos metodológicos: “recuperar” el diseño y documentar cómo su gerenciamiento resolvió sus desafíos contextuales y operativos (Moore, 1995; Barzelay, 2007; y un resumen en Andrenacci, 2020).

Pero abordar estos problemas con investigación es difícil. En primer lugar, un proceso de política pública es un campo de conflicto en el que (para pesar de la ciencia política) no hay relaciones lineales entre la decisión política y la ejecución administrativa, ni siquiera en entornos de fuerte centralización estatal o ejercicio vertical de la autoridad. En segundo lugar, porque los decisores y sus colaboradores tienen, en general, recortes y percepciones de problemas, preferencias ideológicas o éticas, urgencias temporales, restricciones financieras, conflictos y alianzas, expectativas de impacto político partidario, fraccional o personal, que se reflejan de modos difíciles de delimitar en las decisiones tomadas. Por lo cual, no es fácil reconstruir propósitos y proyectos.

Pero tampoco es imposible. Estas relaciones no lineales o no mecánicas podrían verse como una forma de *difracción*. Se llama así a los fenómenos que se producen cuando una onda, por ejemplo, de luz o sonido, cambia de características o altera su ruta, como consecuencia

del encuentro con un obstáculo o del atravesamiento de un medio con propiedades particulares. Entre la física clásica y la mecánica cuántica contemporánea, estos fenómenos son objeto de modelizaciones y ecuaciones que permiten identificar patrones y anomalías.

Una política pública no carece de parecidos con una onda, aunque sea recurrentemente presentada como un trayecto lineal: su punto de partida es inestable o indeterminado, su direccionalidad es múltiple, sus propiedades cambian según el medio que atraviesa. No es posible reducir esta complejidad a medidas cuantitativas que expliquen curvas y velocidades, y predigan las formas de difracción. Pero la opacidad tampoco es infinita, y presenta *regularidades* que se pueden mapear cualitativamente, aunque no se puedan cuantificar o predecir (o por lo menos no del todo, en el estadio presente de las tecnologías de información).

En este trabajo presento los resultados de un ejercicio de identificación de esas regularidades en la gestión de políticas públicas. Presto particular atención a las que denotan o revelan dificultades para obtener alineamiento entre resultados y propósitos, mapeando sus circunstancias. Son las que más interesan para pensar opciones y estrategias de mejora de la gestión pública. El resultado es un estudio descriptivo que, espero, permita percibir desde perspectivas más contextualizadas algunas de las cosas que la literatura sobre la gestión estatal en Argentina³ y América Latina⁴ acostumbran señalar; y agregue algunas otras que son menos frecuentemente citadas, aunque igual de interesantes.

³ La investigación latinoamericana comparativa sobre gestión pública, por su parte, se concentró históricamente en los modos en que la política impacta sobre los procesos de políticas públicas, atribuyendo (un poco mecánicamente) las debilidades del Estado a su captura por grupos de interés o por las asimétricas redes de poder global (Bresser-Pereira, 1977; Oszlak y O'Donnell, 1981; Medellín Torres, 1997 and 2004); las relaciones entre la baja capacidad estatal y el autoritarismo (O'Donnell, 1993); la falta de cualidades y competencias técnicas en los partidos políticos y los decisores (Aguilar Villanueva, 1995; Lora, 2007); o las formas en que el cortoplacismo o los intereses personales y faccionales predominantes en la política local se reflejan en el diseño y gestión de políticas (Medellín Torres, 1997 y 2004; Scartascini, Spiller, Stein & Tommasi, 2011). Una compilación reciente muestra una promisorio "fertilización cruzada" en desarrollo (Peters, Alba y Ramos, 2021, en especial en la segunda parte). Una nueva generación de estudios ha comenzado a interrogar sistemáticamente a la

2. NOTA METODOLÓGICA

El estudio surgió, en su momento, como un ensayo de respuesta a la reflexión autocrítica compartida por un número importante de cuadros medios y altos, políticos y técnicos del gobierno argentino, a algunos de los cuales tuve la responsabilidad de prestarles apoyo técnico, respecto de la lentitud de maduración y de impacto de iniciativas de políticas clave para el Poder Ejecutivo Nacional.

El proyecto de investigación se propuso averiguar si había circunstancias lo suficientemente recurrentes, transversales a diferentes

gestión propiamente dicha (Zuñanic y Iacoviello, 2010; Iacoviello y Chudnovsky, 2015), lo que permite esperar que nuevos estudios comparativos expandirán nuestro conocimiento del problema en el futuro próximo.

⁴ En Argentina, el interés por el aparato burocrático o las agencias del Estado como ámbitos de estudio se debe históricamente a los trabajos de Oscar Oszlak (Oszlak y O'Donnell, 1981; Oszlak y Felder, 2000; Oszlak, 1999 y 2003). En todos ellos se enfatiza la importancia de las relaciones virtuosas entre objetivos de políticas, recursos y flujos, reglas y protocolos; maneras esenciales de garantizar éxito en cualquier proceso, y fuentes sistemáticas de fracasos. Trabajos más recientes enriquecieron el debate. Ernesto Stein y Mariano Tommasi insistieron en los “círculos viciosos” de déficit institucional que crean obstáculos para desarrollar y gerenciar políticas de mayor calidad, en particular en el ámbito macroeconómico (Stein y Tommasi, 2006 y 2011). Guillermo Alonso, Fabián Repetto y Ana Laura Rodríguez Gustá abordaron la discusión del concepto de capacidad estatal, tanto en sus aspectos epistemológicos como en su operatividad analítica (Alonso, 2007). En un sentido semejante Carlos Acuña condujo esfuerzos colectivos para discutir los complejos lazos entre actores, relaciones de poder e instituciones políticas (Acuña, 2013; 2014a and 2014b). Más cerca de este estudio Roberto Martínez Nogueira (2002 y 2010) insistió en los problemas de los estilos de gestión y de la (in)coherencia de políticas, encontrando patrones repetitivos de implementación, “nudos problemáticos” cargados de consecuencias negativas, entre ellos la falta de complementariedad y coordinación entre programas y agencias, la ausencia de (o el explícito desdén hacia) la planificación, y la extrema contingencia de resultados que todo esto acarrea, sobre todo en políticas dirigidas a problemas estructurales. Julián Bertranou (2015) invitó a medir capacidad estatal en la coordinación inter-niveles e intra-agencias; en los grados de autonomía o captura política de las agencias públicas; en la manera en que se produce el “enraizamiento” estatal, o las articulaciones entre lo público y lo privado; y en la calidad del aparato burocrático. La nueva generación de estudios orientados a la gestión también produjo algunos resultados de gran interés, como en Iacoviello et al (2010).

sectores, como para disputar su carácter anecdótico y asumir que constituían *patrones problemáticos* de gestión que sobredeterminan a los gobiernos. Se asumió que para hablar de patrones de este tipo debían encontrarse evidencias razonables de repetición, de poder inercial y de transversalidad; o, si se prefiere, marcadores de *institucionalización* en el sentido político-sociológico del término (Acuña y Chudnovsky, 2013).

¿Cómo identificarlos? Un proceso de política pública es, empíricamente hablando, una sucesión incremental de acciones que, por problemas inherentes a las características del campo de la política, y a las relaciones que se producen en las organizaciones estatales: (a) no tiene un punto de partida único y determinable por fuera de la óptica del observador que lo construye; y (b) da lugar a múltiples acciones y contrapuntos, efectos y consecuencias, difíciles de registrar de modo completo o exhaustivo. La subdisciplina no se ha cansado de abordar estos problemas de diferentes modos, presuponiendo orden o caos, voluntad o inercia, plan o contingencia (ver un buen resumen en Sabatier, 2007).

En consecuencia, se seleccionaron procesos de políticas públicas que las autoridades nacionales de Argentina consideraran públicamente importantes o definitorios del gobierno; y cuyo abordaje y reconstrucción desde la perspectiva de las autoridades fuesen posibles. Se retuvieron procesos para los que (a) se pudiesen realizar entrevistas en relativa profundidad a actores clave (o ya se hubiesen realizado); (b) que esta reconstrucción cualitativa permitiese reconstruir los propósitos, el desenvolvimiento y las percepciones de éxito-fracaso en resultados e impactos; y que (c) la información pudiese ser razonablemente triangulada con otras fuentes primarias y secundarias.

Elegidos las trece políticas (ver más abajo), se usó un “mapa” para codificar los problemas de gestión de sus procesos, derivado de la metodología de estudios de casos de gestión de políticas públicas (Barzelay et al, 2002; Barzelay y Cortázar Velarde, 2004) y el enfoque de la ingeniería inversa de conjuntos funcionantes (Barzelay, 2019; Andrenacci, 2020).

El mapa identifica partes del proceso, aisladas para su comprensión (entrelazados en la práctica). El **Contexto** es el trasfondo en el que *asuntos* de diversa índole surgen, o asuntos existentes entran en cuestión, siguiendo las pautas que imponen las arenas político-institucionales del régimen político; entran en las *agendas* de gobierno, transformándose

en objetos de intervención pública; y se forman *coaliciones* a su alrededor, promoviendo distintas formas de procesarlos. En el proceso del **Diseño** estos asuntos son problematizados por *diagnósticos*; son objeto de *decisiones* explícitas o implícitas; y se transforman eventualmente en *planes* de acción (o inacción) -complejos más o menos razonados de metas y caminos para conseguirlas. El *propósito* de una política se genera y define (pasa de percepción borrosa a plan de acción) en este complejo de procesos que llamamos “diseño” y su interacción con el contexto.

En el proceso de puesta en práctica, o **Gerenciamiento**, los planes son activados con *estrategias* que desarrollan *capacidades* para garantizar los *flujos de recursos* necesarios, en el marco de *reglas* -leyes, protocolos- más o menos limitantes que tiene un Estado democrático. Las estrategias tienen la doble tarea de mantener favorable al contexto político-institucional; y generar la coordinación organizacional necesaria para que se consigan los propósitos de la política. Si se consiguen o no estos propósitos es lo que refleja, de diferentes modos, el momento de las **Secuelas**, que en políticas públicas encontramos útil separar en *resultados* (lo que efectivamente se hizo) e *impactos* (las consecuencias de los resultados).

Este enfoque ayuda a identificar las principales secuencias de hechos y situaciones relevantes para comprender la gestión: la favorabilidad-hostilidad del contexto; las percepciones del problema que filtran los protagonistas; las micro y macro decisiones políticas que constituyen las agendas y proyectos; y los procesos administrativos a través de los cuales se definen propósitos, se generan planes, y se los hace funcionar (o no). En estas secuencias quedan al descubierto los “organismos artificiales”, “artefactos con propósito” con los que Herbert Simon (1996 y 1997) nos invitaba a identificar la naturaleza y la mecánica de las organizaciones y emprendimientos públicos (Barzelay, 2019). Según nuestro enfoque, es en el funcionamiento de estos artefactos que se define el éxito o fracaso relativo de una política, como *alineamiento de secuelas con propósitos*. Desde este punto de vista, nuestros *patrones problemáticos* son secuencias transversales (presentes en varios procesos) que pueden ser plausiblemente tenidas por *responsables del no alineamiento* de secuelas con propósitos. Son patrones en la medida

que “saturan”, haciéndose omnipresentes, recurrentes o, en la terminología de las ciencias sociales, “institucionales”.

Se puede entrever que un proceso de gestión es un fenómeno difícil de reconstruir. La ausencia o el desinterés por la archivística sistemática -que caracterizan a nuestro país- los hace difíciles de documentar. Las fuentes de investigación clásica de la Ciencia Política, que usan como corpus prioritario los discursos públicos, los instrumentos legales, o los rastros estadísticos y presupuestarios, tienen importantes limitaciones para inferir lo que realmente ocurrió *en* la gestión. En consecuencia, se la considera inaccesible (una “caja negra”) o se la asume como una variable dependiente (una política es la puesta en práctica mecánica de una decisión gubernamental, una variable que se mueve según la voluntad de otra).

Los estudios de gestión apuntan a la reconstrucción cualitativa de los procesos singulares de cada caso a través de las experiencias, observaciones y opiniones de lxs directamente involucradxs. Estas opiniones son “marcadores” (signos que denotan la existencia de procesos o situaciones) que tratamos como fuentes relevantes de evidencia. La estrategia metodológica de este proyecto fue captar, a través de esos marcadores, lo que ocurría en los ambientes clave de la gestión gubernamental que representan las “mesas chicas”. Se le llamó *mesa chica*, tomando prestada la expresión popular, al conjunto de promotores (Sabatier, 1998) que, dentro de la agencia estatal nodal de la política elegida, participan, de manera formal e informal, sistemática o episódica, de la producción, consumo y discusión de la información; del barajado de opciones; de la explicitación y selección de criterios; de la toma de decisiones; y eventualmente del seguimiento de procesos. Las mesas chicas son el ámbito de coordinación “natural” entre la alta dirección política y la alta dirección del servicio civil en la administración estatal (Iacoviello et al, 2010).

Se seleccionaron trece iniciativas de gobierno importantes, originadas en el nivel nacional / federal de Argentina, activas durante el período 2010-2015, para las cuales fue posible captar razonablemente bien a sus “mesas chicas”. Las fuentes fueron recolectadas entre 2012 y 2016; y son de cuatro tipos: observación (incluyendo diálogo no estructurado con actores clave); entrevistas no estructuradas a

informantes clave (al menos dos, en diferentes posiciones y/o perspectivas respecto de lxs decisorxs principales); estudios de caso de investigación (la mayoría supervisados o evaluados por mí); y otras fuentes académicas. En uno de los casos la información proviene de mi participación personal en el proceso. En todos los casos se refleja la opinión dominante o las opiniones presentes en las mesas de decisión, reconstruida por participantes (“informantes directxs”) o muy próximos (“informantes indirectxs”).

Lxs entrevistadxs fueron esencialmente invitadxs a narrar sus visiones del proceso de la política: definición de los propósitos; la dinámica de los procesos; y las percepciones y debates alrededor de los resultados e impactos. Luego fueron invitadxs a identificar problemas de gestión, sin inducir definiciones académicas o técnicas alrededor del término “gestión”. Las fuentes secundarias sirvieron para captar los aspectos empíricos singulares de cada proceso; completar las lagunas narrativas y “triangular” (hacer comprobaciones cruzadas sobre) las percepciones de lxs involucradxs.

Es importante recordar que el fin del ejercicio era mapear problemas de gestión para comprenderlos mejor. No estaba en sus posibilidades o propósitos evaluar cada emprendimiento gubernamental en particular. Hubiera sido ideal continuar el estudio a gobiernos anteriores y posteriores, pero la tarea era prácticamente inviable. Algunos de estos procesos, sin embargo, fueron rastreados después de 2015, durante el gobierno del Presidente Mauricio Macri. Sorprendentemente o no, funcionarixs clave de dicho gobierno hacían referencias a problemas análogos o semejantes, en diferente contexto socioeconómico y sociopolítico, lo que refuerza la hipótesis de que los “marcadores” denotan patrones en la gestión estatal de Argentina. Pero esta conclusión debería ser el objeto de investigaciones futuras.

En los dos cuadros que siguen se presenta la información básica de los procesos seleccionados: (1) sectores, síntesis descriptivas de propósitos y planes, fuentes; y (2) precepciones generales de las mesas chicas sobre las secuelas. En la sección siguiente se presentarán las percepciones sobre los problemas de gestión que, según lxs entrevistadxs, explican dificultades superadas, éxitos matizados y fracasos relativos.

Cuadro N° 1: Políticas observadas (2010–2015). Síntesis y fuentes

Sector	Propósito	Plan	Fuentes
Agricultura	Aumento de productividad y sostenibilidad en la agricultura no pampeana.	Financiamiento para pequeños productores y asistencia técnica para encadenamientos productivos en regiones agrícolas no pampeanas; en cogestión con gobiernos provinciales.	Observación e informantes directxs (3).
Agua y saneamiento	Expansión y mejoras de la red de agua potable y sanitaria en áreas urbanas.	Obras de infraestructura financiadas por el gobierno nacional y gestionadas por los gobiernos provinciales.	Observación e informantes directxs (2). Acuña et al (2018).
Corrupción	Reforzamiento de la lucha anticorrupción.	Relanzamiento de la Oficina Federal Anticorrupción.	Beasley (2012); Uzarowicz (2020).
Defensa	Replanteo de la defensa nacional bajo control civil.	Creación de un sistema ("Ciclo") de planificación y monitoreo autoritativo para las acciones del Estado Mayor Conjunto.	Informantes directxs (2); Salesi (2020).
Educación pública	Mejora de la calidad de la educación pública secundaria.	Proyectos de mejora de la infraestructura de escuelas y esquemas de capacitación docente, cogestionados con gobiernos provinciales.	Observación e informantes directxs (2); González (2014).
Elecciones	Democratización partidaria y aumento de la participación electoral.	Creación de primarias abiertas obligatorias y reformulación del apoyo estatal a los gastos operativos de los partidos.	Participación e informantes directxs (4).
Exportaciones	Captación fiscal de una mayor proporción de la renta de exportaciones agrícolas.	Aumentos y redistribución de los adelantos de impuestos (retenciones) a las exportaciones agrícolas en una coyuntura de ingresos extraordinariamente altos del sector.	Informantes indirectxs (2); De Anchorena (2017).

Inflación	Reducción del índice inflacionario en productos básicos.	Acuerdos con mayoristas y minoristas para topes de precios en productos de consumo básico (Programa Precios Cuidados).	Informantes directxs (2); Quiroga (2015).
Inmigración	Regularización de inmigrantes.	Creación de un esquema de regularización para inmigrantes ilegales de países limítrofes y América del Sur (Programa Patria Grande).	Informantes directxs (2); Bueno (2012).
Medios de comunicación	Descartelización del acceso a medios de comunicación pública.	Nueva ley regulando el acceso a la creación y uso de medios de difusión pública audiovisual ("Ley de Medios").	Informantes indirectxs (2); Younker (2012).
Pobreza	Optimización de las transferencias monetarias a hogares sin ingresos.	Reforma del complejo de planes de transferencia monetaria condicionada (Asignación Universal por Hijo/a).	Informantes directxs (3); Pautassi et al (2013).
Seguridad social	Expansión de las jubilaciones y pensiones estatales no contributivas.	Estatización de las AFJP y reforma de la Agencia Nacional de la Seguridad Social.	Informantes indirectxs (2); Costa et al (2014); Danani y Hintze (2014).
Tránsito	Reducción de la alta siniestralidad en accidentes de carretera.	Creación de una Agencia Nacional de Seguridad Vial que monitoree el problema y coordine la intervención de las policías provinciales.	Observación, informantes directxs (2); Lora Grünwaldt (2014).
Transporte público	Aumento de la calidad y de la conectividad del transporte en la Región Metropolitana.	Reestatización y renovación de los servicios de ferrocarriles públicos.	Informantes indirectxs (2); Barbero y Bertranou (2014).

Fuente: Elaboración propia

Cuadro N° 2: Procesos observados (2010–2015). Secuelas y percepción de resultados e impactos

Procesos	Secuelas	
	Percepción de resultados	Percepción de impactos
Agricultura no pampeana	Los proyectos cumplieron sus ciclos con retrasos producidos por fricciones con autoridades provinciales y entre comunidades receptoras (+ -)	Los proyectos permitieron la regularización de la tenencia de la tierra, pero no tuvieron impactos significativos en productividad o sostenibilidad (+ -)
Agua potable y saneamiento urbano	La mayoría de los proyectos cumplieron sus ciclos con importantes retrasos y aumentos de costos (- +)	La proporción de población con cobertura de agua y saneamiento registró avances limitados (- +)
Oficina Federal Anticorrupción	La Oficina Federal Anticorrupción volvió a funcionar, pero con importantes limitaciones operativas (- +)	La capacidad operativa de la Oficina Federal Anticorrupción registró avances limitados (- -)
Ciclo de Planificación de la Defensa Nacional	El nuevo sistema de planificación y monitoreo de la Defensa Nacional quedó inconcluso (- -)	El nuevo sistema de planificación y monitoreo de la Defensa Nacional generó experiencias útiles (- +)
Mejoras en la educación pública secundaria	La mayoría de los proyectos cumplieron sus ciclos con importantes retrasos y aumentos de costos, o quedaron inconclusos (- +)	Los proyectos indujeron mejoras pero no mostraron indicios de impacto en la calidad educativa (- +)
Reforma electoral	Todos los componentes de la reforma se llevaron a cabo en tiempo y forma (+ +)	Los gastos operativos de los partidos se redujeron, pero las primarias obligatorias tuvieron una recepción polémica (+ -)

Fiscalización de exportaciones agrícolas	El cambio de índices se produjo en circunstancias fuertemente resistidas por las comunidades fiscalizadas y debatidas entre autoridades gubernamentales (- +)	El cambio no produjo un aumento significativo de la renta fiscal estatal, y produjo un conflicto político inusualmente largo y profundo (- -)
Precios Cuidados	Los acuerdos de precio se hicieron efectivos y fueron bien recibidos por los consumidores (+ +)	Hay indicios de que los acuerdos impactaron positivamente en la evolución de precios (+ +)
Patria Grande	El programa se llevó a cabo, pero no despertó el interés de esperado entre lxs inmigrantes (+ -)	No hay indicios concluyentes de que el programa haya acelerado la regularización de la inmigración ilegal (- +)
Ley de Medios	La ley fue aprobada y promulgada (+ +)	La ley despertó el rechazo de los grupos mediáticos concentrados y generó menos apoyo del esperado (+ -)
Asignación Universal por Hijo/a	El nuevo sistema se puso en marcha en tiempo, aunque sin apoyo parlamentario y con montos limitados (+ -)	El nuevo sistema generó rechazos políticos iniciales, pero mostró importantes indicios de impacto positivo (+ +)
Seguridad social no contributiva	El nuevo sistema se puso en marcha en tiempo, aunque sin apoyo parlamentario (+ -)	El nuevo sistema mostró importantes indicios de impacto positivo, pero debate sobre el uso de fondos públicos (+ +)
Agencia Nacional de Seguridad Vial	La agencia no consiguió construir datos de monitoreo confiables ni coordinar acciones (- -)	No hay indicios de que las actividades de la agencia hayan tenido impactos sobre el problema de origen (- -)
Ferrocarriles públicos metropolitanos	La reestatización y renovación de los servicios de ferrocarriles públicos se llevó a cabo con formas legales cuestionadas (+ -)	Se registraron mejoras importantes en el funcionamiento de las principales líneas, pero en tiempos y a costos debatidos (+ -)

Fuente: Elaboración propia.

3. PROBLEMAS DE GESTIÓN

Para facilitar la codificación (la organización en un esquema útil) de la información proveniente de la observación, las entrevistas y las fuentes secundarias, descompose las partes estándar del proceso de política pública, a los que hice referencia más arriba, en una tabla de “aspectos problemáticos clave” relevantes o significativos (o simplemente temas frecuentes) para los estudios de gestión de políticas públicas.

La favorabilidad u hostilidad de los contextos, en primer lugar, depende de la naturaleza del problema, de la “tratabilidad” de los actores políticos y civiles; y de la capacidad estatal. Comprender el *contexto* es importante, porque en contextos de alta hostilidad es inusual que haya políticas viables, por bien diseñadas o gestionadas que estén. En los procesos que llamamos *diseño* se juegan la consistencia y seriedad de los planes. En los procesos *gerenciales* se juegan flujos de actividades que hacen posible a una política, así como el control del entorno en el que tienen que desarrollarse. Finalmente, las *secuelas* son “momentos de la verdad” en los que quedan de manifiesto las consecuencias de las políticas públicas.

Cuadro N° 3: Tabla de momentos y aspectos clave

Momentos	Aspectos clave	Síntesis
Contexto + favorable - hostil	<i>Problemas</i>	Transparencia y controlabilidad de los factores clave del problema y sus redes de causa-efecto; existencia de precedentes.
	<i>Arenas</i>	Visibilidad y proclividad a la negociación de los actores e involucrados en el problema; tradiciones de negociación.
	<i>Estado</i>	Legitimidad y capacidad administrativa y política de las agencias estatales nodales e involucradas.
Diseño + estratégico - errático	<i>Propósitos</i>	Comprensión de problemas; claridad de metas; coherencia relativa de agendas.
	<i>Planes</i>	Factibilidad técnica y política de proyectos; planificación informada de fases, riesgos y escenarios.

Gerencia + efectiva - inefectiva	<i>Recursos</i>	Disponibilidad de recursos financieros y humanos;
	<i>Flujos</i>	Gestión de los flujos de actividades.
	<i>Protocolos</i>	Adecuación de/a reglas y procedimientos existentes o generación de reglas y procedimientos nuevos.
	<i>Coordinación</i>	Consistencia operativa entre agencias o subagencias estatales / niveles de gobierno involucrados.
	<i>Ecosistemas</i>	Interactividad (diálogo y negociación) entre agencias estatales y actores clave en el "ecosistema" de la política.
Secuelas + esperadas - inesperadas	<i>Resultados</i>	Culminación efectiva del ciclo de implementación con niveles razonables de eficiencia (tiempo y costo).
	<i>Impactos programáticos</i>	Efectos en las variables clave del problema del modo previsto en los proyectos y planes.
	<i>Impactos políticos</i>	Efectos en la opinión pública y en las relaciones políticas.
	<i>Impactos organizacionales</i>	Efectos en la legitimidad y las capacidades de las agencias estatales.

Fuente: Elaboración propia.

Distribuidas en ese mapa, las percepciones reconociendo la existencia de problemas fueron claramente dominantes, formando repertorios notablemente consistentes de circunstancias y prácticas que se repiten en casi todos los procesos, incluso en aquellos en donde hay "éxito", o alineamiento de secuelas (resultados e impactos) con diseño (propósitos y planes). En consecuencia, parece adecuado hablar de *patrones problemáticos*.

Cuadro N° 4a: Patrones en los aspectos clave de los contextos observados

Patrones no problemáticos	Patrones problemáticos
<p style="text-align: center;">Aspecto clave: Problemas <i>Transparencia y controlabilidad de los factores clave del problema y sus redes de causa-efecto; existencia de precedentes.</i></p>	
<p>Hubo acuerdos relativos entre partidos, actores clave y opinión pública sobre el carácter problemático de las situaciones y la necesidad de buscarles solución.</p> <p>Había precedentes adecuados, provenientes de experiencias subnacionales o de otros países.</p>	<p>Los factores clave de los problemas eran antiguos y resistentes. Su inercia y/o resiliencia provenía de su gravedad, de la conflictividad política que involucraban, y/o de los recurrentes fracasos de las intervenciones estatales previas.</p> <p>Los factores clave del problema respondían a un número alto de variables, interrelacionadas de modos que atravesaban a muchos sectores y niveles de política pública.</p>
<p style="text-align: center;">Aspecto clave: Arenas <i>Visibilidad y proclividad a la negociación de los actores e involucrados en el problema; tradiciones de negociación.</i></p>	
<p>La mayoría de los grupos de actores e involucrados consideraban que el régimen político democrático era el ámbito de tratamiento adecuado de los problemas.</p> <p>La distancia entre las puntas del arco político-ideológico representado en la mayoría del parlamento no era excesiva respecto de la mayoría de los problemas.</p> <p>Se formaron coaliciones promotoras de políticos y técnicos que fueron importantes y en algunos sectores fueron determinantes.</p>	<p>Los grupos de actores e involucrados tuvieron posicionamientos ubicuos o inestables, y liderazgos frecuentemente contestados.</p> <p>La brecha entre los mandatos formales y los intereses concretos de grupos de actores e involucrados fue difusa o abiertamente alta.</p> <p>Los grupos de actores e involucrados controlaban un número alto de variables clave de los problemas de su sector; y en algunos casos tenían importantes grados de penetración y control de funcionarios clave de las agencias estatales involucradas en sus sectores.</p>

Aspecto clave: Estado <i>Legitimidad y capacidad administrativa y política de las agencias estatales nodales e involucradas.</i>	
<p>Las agencias estatales vivieron una etapa de renovación de cuadros profesionales y revisibilización pública. La generalización gradual del uso de estrategias de gobierno electrónico hizo más ágil a las agencias estatales.</p>	<p>La superposición de múltiples agencias estatales alrededor de mismos problemas, con nombres y funciones cambiantes, en abierta competencia entre sí, con funciones y recursos dependientes de la posición político-partidaria de sus decisores clave, complicaron la coherencia estatal. Los conflictos entre facciones político-partidarias o con organizaciones sindicales neutralizaron a muchas agencias estatales. La baja receptividad, intransparencia o ilegibilidad de las agencias estatales para el público y los actores clave complicaron la legitimidad estatal.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Los patrones problemáticos del contexto mostraron dos cuestiones centrales: las marcas de problemas estructurales de difícil solución para democracias en desarrollo; cuyo tratamiento fue dificultado por una arena política predominantemente democrática, pero de alta conflictividad relativa. Los conflictos afectaron la interacción del Estado con los actores clave; la posibilidad de construir consensos entre partidos; y la consistencia institucional entre agencias del propio Estado. Lo que a su vez disminuyó la capacidad de las políticas estatales de obtener éxito sobre problemas estructurales, al menos de modo duradero.

Cuadro Nº 4b: Patrones en aspectos clave de *los diseños* observados

Patrones no problemáticos	Patrones problemáticos
Aspecto clave: Propósitos <i>Comprensión de problemas; claridad de metas; coherencia relativa de agendas.</i>	
Las agencias estatales vivieron una etapa de activismo o de reactivación de agendas que las llevó a redescubrir problemas y ensayar soluciones.	Los problemas entraban, permanecían y salían de las agencias estatales por medio de iniciativas personalizadas, no alimentadas por información técnica, por individuos con objetivos cambiantes o erráticos, o con objetivos faccionales. Los ejercicios de diagnóstico o prospectiva estuvieron limitados por la falta de tiempo o de interés de lxs decisorxs, el intuicionismo, el hermetismo, o la ausencia de información confiable.
Aspecto clave: Planes <i>Factibilidad técnica y política de proyectos; planificación informada de fases, riesgos y escenarios.</i>	
El cambio tecnológico y la disposición de recursos financieros y políticos hicieron viable proyectar intervenciones ambiciosas sobre problemas importantes.	Las brechas significativas entre metas programáticas y metas políticas personales o faccionales disminuyeron la consistencia y coherencia de los proyectos. Los procesos decisionales fueron dominados, en muchos casos, por decisiones basadas en insuficiente conocimiento de variables clave; o bajo presión de pirámides de poder político y consideraciones electorales. Las agencias estatales contaban con información incompleta, inadecuada o inconfiable sobre variables clave de sus tareas cotidianas. Elementos de planificación esenciales, como los cálculos de costos, los ejercicios de prospectiva y de riesgo, o la selección de escenarios, fueron imposibles, muy aproximativos, o descartados como irrelevantes. La información útil disponible o producida se mantuvo en canales herméticos. Los mecanismos de seguimiento y evaluación fueron inexistentes, no fueron tenidos como relevantes por la mayoría de los decisores, o fueron utilizados sólo formalmente frente a terceros involucrados o en estrategias de comunicación a la opinión pública.

Fuente: Elaboración propia.

Los patrones problemáticos del diseño mostraron las dificultades operacionales de las agencias estatales para leer problemas, producir proyectos y planificar adecuadamente su puesta en práctica. Estas dificultades no parecen haber provenido centralmente de los déficits competencias de funcionarixs políticxs y técnicxs, sino del meta-déficit de información y de las prácticas de gestión que prescinden del uso de evidencia para la gestión. Particularmente notoria resulta la falta de fuentes y sistemas de información confiable; y el poco interés relativo en producirla y usarla, por fuera de canales herméticos circunstanciales y politizados. La consecuencia más importante de estas prácticas fue la generalización de un estándar de baja calidad de planes y proyectos; y la ausencia de evidencia confiable en su preparación, aumentando notablemente el margen de riesgo y error.

Cuadro N° 4c: Patrones en aspectos clave de *los gerenciamientos* observados

Patrones no problemáticos	Patrones problemáticos
Aspecto clave: Recursos <i>Disponibilidad de recursos financieros y humanos.</i>	
<p>Se trató de una época con amplia disponibilidad de recursos financieros estatales; con renovación de cuadros técnicos e incorporación de recursos humanos jóvenes.</p>	<p>Los problemas financieros fueron frecuentes: presupuestos subestimados (mal calculados) o sobreestimados (costos ocultos), alteraciones imprevistas (por conflictos personales o políticos), y cambios de prioridad pronunciados (en coyunturas electorales o de cambio de autoridad). A pesar de la expansión y la mejora en las condiciones de empleo público, los procesos de reclutamiento fueron frecuentemente inadecuados a las tareas, la capacitación errática, la sub-remuneración y la contratación informal o semiformal omnipresentes. Esto promovió dependencias de patronazgo político-personal y para-legalidad en los recursos humanos. Los problemas de recursos financieros y humanos generaron frecuentemente cuellos de botella operativos para los flujos de actividades esperados.</p>

Aspecto clave: Flujos <i>Gerenciamiento de los flujos de actividades.</i>	
El activismo estatal favoreció la activación y reactivación de agencias públicas esclerotizadas o "abandonadas".	La autoridad se concentró en los estratos superiores de decisión, que funcionaron con verticalidad relativa, bajo número de integrantes de las "mesas chicas" y alta discreción gerencial, sólo limitada por otras relaciones de autoridad política vertical. Esto favoreció problemas de principal-agente importantes, procesos abortados o suspendidos, y bloqueos difíciles o imposibles de destrabar sobre líneas enteras de resultados esperados.
Aspecto clave: Protocolos <i>Adecuación de/a reglas y procedimientos existentes o generación de reglas y procedimientos nuevos.</i>	
Hubo intentos de revisar protocolos y procedimientos anticuados e inadecuados a la dinámica de gestión necesaria.	La idea de protocolizar como mecanismo de mejora de la calidad de políticas recibió poco interés institucional. Como consecuencia, los protocolos permanecieron obsoletos, subestimados o desconocidos, abriendo un margen importante de vulnerabilidad en la legalidad de procesos. Las auditorías y controles de resultados fueron frecuentemente incompletos, lentos; y las irregularidades y errores no se continuaron en acciones legales, dejando al Estado en situación de gran vulnerabilidad jurídica.
Aspecto clave: Coordinación <i>Consistencia operativa entre agencias o subagencias estatales / niveles de gobierno involucrados.</i>	
Hubo intentos de destrabar problemas clásicos de coordinación inter-agencias e inter-niveles de gobierno.	En ausencia de mecanismos institucionales efectivos, y de tradiciones políticas de soporte, la coordinación de políticas se basó casi exclusivamente en el ejercicio de autoridad política vertical, en la solidaridad política, en los intercambios de patronazgo interpersonal e interfaccional, o en transacciones para-legales.

Aspecto clave: Ecosistemas	
<i>Interactividad (diálogo y negociación) entre agencias estatales y actores clave en el "ecosistema" de la política.</i>	
<p>Los partidos políticos tienen tradición de diálogo entre sí y con actores clave de la sociedad civil.</p>	<p>Como consecuencia de la percepción pública negativa de los procesos de negociación política, y la polarización de apoyos y resistencias, la interacción entre agencias estatales y actores clave no fue sistemática, o tuvo que quedar semiculta. Esto favoreció la aparición de intermediarios con baja representatividad o legitimidad política.</p> <p>En los problemas que requerían intervenciones sostenidas con apoyos multi-agencias o multi-niveles de gobierno, la construcción de consensos estratégicos fue difícil o imposible.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Los aspectos problemáticos de la gerencia o el gerenciamiento de los procesos observados mostraron importantes problemas en todas las funciones organizacionales del Estado, en el sentido otorgado a la expresión por la literatura clásica (Fayol, 1916; Gulick y Urwick, 2012). Entre ellos: la disposición de recursos presupuestarios contra la dificultad de gerenciar el propio proceso financiero; la disposición de recursos humanos contra la dificultad para resolver problemas de principal-agente (respuestas aceptables a decisiones de comando); el no respeto de procedimientos; la inconsistencia de operaciones entre agencias y unidades de gobierno; y la dificultad para evitar la hostilización del ecosistema de las políticas. Estos problemas son particularmente discapacitantes en los procesos de políticas públicas, y suelen tener como consecuencia amenazas serias al alineamiento de secuelas con propósitos.

Cuadro N° 4d: Patrones en aspectos clave de *las secuelas* observadas

Patrones no problemáticos	Patrones problemáticos
<p align="center">Aspecto clave: Resultados <i>Culminación efectiva del ciclo de implementación con niveles razonables de eficiencia (tiempo y costo).</i></p>	
<p>En las áreas estudiadas fue notable el redespigüe y dinamismo de la política pública, abordando un número alto de problemas clave.</p>	<p>De las evidencias disponibles se puede inferir un número elevado de ciclos de gestión de cumplimiento parcial y de baja eficiencia administrativa: duración final de procesos superior a la prevista; costos superiores a los previstos, incluso a moneda constante; auditorías suspendidas o invisibilizadas.</p>
<p align="center">Aspecto clave: Impactos programáticos <i>Efectos en las variables clave del problema del modo previsto en los proyectos y planes.</i></p>	
<p>Un número importante de objetivos clave fueron convincentemente alcanzados.</p>	<p>Un número importante de subprocesos de políticas muestran impactos selectivos, parciales y temporarios. Indirectamente, esto se deriva de dos tipos de razones comúnmente esgrimidas: (a) mayor número mayor resiliencia de los factores problemáticos existentes respecto de los previstos; y (b) actitud no cooperativa de una parte importante de los actores clave.</p>
<p align="center">Aspecto clave: Impactos políticos <i>Efectos en la opinión pública y en las relaciones políticas.</i></p>	
<p>El gobierno nacional mantuvo un grado razonable de legitimidad y apoyo político-ciudadano, lo que facilitó la gestión estatal.</p>	<p>La construcción de las carreras políticas públicas, o la movilidad política ascendente al interior de partidos y fracciones de partido, de los decisores clave de las agencias estatales observadas, quedó conectada sólo parcialmente con los logros o fracasos de la gestión. Razones comúnmente esgrimidas: (a) la construcción de identidad de los liderazgos no tiene en los logros de gestión su fuente de legitimidad más importante; y (b) la indefinición y/u objetabilidad de los logros de la gestión no facilitan su uso como estrategia de construcción política.</p>

Aspecto clave: Impactos organizacionales	
<i>Efectos en la legitimidad y las capacidades de las agencias estatales.</i>	
El mayor activismo y la mayor disposición de recursos permitieron construir o recuperaron legitimidad para el Estado y el régimen político; y abrieron posibilidades de expansión de las capacidades estatales.	Las agencias estatales observadas son frecuentemente cuestionadas por observadores internos y externos en sus niveles generales de eficacia y eficiencia. Razones comúnmente esgrimidas: (a) recurrencia de las instancias de refundación legal y burocrática de agencias, recambios políticos de sus decisores, multiplicación de iniciativas con ciclos de gestión parcial o trunco; (b) parcialidad, temporalidad, indefinición o abierta objetabilidad de sus logros.

Fuente: Elaboración propia.

Como suele ser inexorable que ocurra, los planes erráticos y la gerencia inefectiva, sobre todo en contextos hostiles, atentan contra la posibilidad de cerrar ciclos programáticos y alinear resultados con propósitos, produciendo una importante frustración en cuadros políticos y técnicos, así como pérdidas en la legitimidad institucional del Estado y en los apoyos políticos del gobierno (además del cierre de ventanas de oportunidad y la destrucción de recursos humanos y presupuestarios).

Los fracasos son acompañados por efectos colaterales graves, como los mismos involucrados revelan. Enumeremos las tres más comunes a continuación:

i) Los resultados e impactos no convincentes o debatibles agravan la intratabilidad de las arenas políticas, alejando aún más la posibilidad de consensos estratégicos sobre políticas clave; y disminuyen la legitimidad institucional del Estado, socavando su credibilidad como forma de resolver problemas públicos relevantes.

ii) La necesidad de cubrir o disimular resultados no conseguidos o impactos negativos aumenta la opacidad pública del Estado (los “discos rígidos vaciados”); y alcanza muchas veces a bloquear los ejercicios de auditoría y evaluación (que, de cualquier manera, en el Estado argentino, no son ni sistemáticos ni abarcativos).

iii) Las carreras políticas de los funcionarios clave quedan considerablemente afectadas, produciendo dos efectos llamativos: el ocultamiento,

o la construcción de perfiles públicos evitando las referencias a la gestión pasada; o el abandono de la política (“la picadora de carne”).

El resultado de este estudio debe ser considerado exploratorio, porque no todas las mesas chicas fueron cubiertas con la misma rigurosidad, ni arrojan la misma claridad de percepciones. A pesar de estas limitaciones, cierta saturación de las percepciones de lxs involucradxs permite descubrir perspectivas ineludibles para comprender los problemas que presentan los procesos de políticas públicas desde el punto de vista de su funcionamiento; o para abrir hipótesis de investigación al respecto.

ALGUNAS HIPÓTESIS EN TORNO A LOS PATRONES PROBLEMÁTICOS

Los procesos observados fueron escogidos porque hubo información primaria o secundaria de la cual inferir, con un nivel de exigencia razonable (respecto del desafío metodológico que esto implica), lo ocurrido durante los procesos de gestión a partir de la percepción de los integrantes de las “mesas chicas” que los condujeron o coordinaron. Necesitamos saber más sobre su naturaleza, dinámica y resiliencia, investigando más sectores y niveles, y remontando hacia atrás y adelante en el tiempo, para reducir el carácter anecdótico y aumentar los indicios de “institucionalidad” en estas prácticas. Sin embargo, aunque se obtuvo indicios no exhaustivos para una escala limitada de políticas, es un buen “vistazo” sobre el cual asentar hipótesis y hacer algunas conjeturas.

Si el vistazo está correctamente encaminado, se infiere que la literatura había identificado correctamente cómo una gran parte de los problemas de gestión se generan en el territorio clave de la relación entre política y gestión, en el espacio que ocupan en las prácticas y representaciones de los gobernantes, cosas tales como la información, la estrategia y los protocolos. Pero la gestión no es un reflejo ni de la política ni de la técnica: conocemos la luz tanto por sus formas de difracción que como sus propiedades físicas o su intensidad en el punto de partida.

Es evidente que las decisiones y las formas de gestión pueden tener una dosis alta de responsabilidad en los costos y riesgos de los procesos de políticas públicas, reduciendo su éxito relativo, o agravando el carácter parcial o errático de resultados e impactos. La habitual percepción

de lxs involucradxs acerca de que estos asuntos son cosas de sentido común, y de que “así es la política”, o “así es la gestión”, hace comprensible la inercia institucional, y mayor el desafío de comprender dinámicas y efectos de estos patrones.

Cierro este trabajo con dos tipos de reflexiones que derivan de este estudio de patrones problemáticos de gestión. De acuerdo a la naturaleza de las disciplinas que confluyen en el campo de las políticas públicas, algunas de estas reflexiones están orientadas a la investigación académica y otras a la práctica profesional.

Desde el punto de vista de la investigación académica, este ejercicio sirva para mostrar las posibilidades de estudiar políticas públicas con el enfoque de los “fenómenos funcionantes” (*working phenomena*) que deriva de la tradición analítica de Herbert Simon, continuada por Michel Barzelay (Barzelay, 2007 y 2019; Andrenacci, 2020; Barzelay et al, 2021). Los resultados e impactos de las políticas públicas admiten una dosis de contingencia, pero no son azarosos. Son las consecuencias de artefactos que funcionaron, o que no funcionaron. Y la ingeniería inversa de dichos artefactos es el tipo de análisis que permite establecer qué, cómo y por qué (provisto que la investigación tenga un acceso razonable a procesos clave de la “caja negra” del Estado). La mecánica que deja a la luz la ingeniería inversa, esta “difracción explicada”, es clave para que los estudios de administración pública no sean una acumulación de recomendaciones normativas o de herramientas independientes de los contextos. Si esta perspectiva es correcta, resulta importante aumentar el repertorio de estudios de caso, lo que permitirá comprender mejor la dinámica, las posibilidades y problemas de la gestión pública *en Argentina*.

Desde el punto de vista de la práctica profesional, no es difícil hipotetizar que estos rasgos problemáticos, que aparecen como patrones institucionales, no sean sólo anecdóticos o particulares de un gobierno. Aunque sean inseparables de los contextos en que aparecen, hay elementos suficientes para hacer la conjetura “educada” (y muchos entrevistadxs con trayectoria más larga en el Estado se preocupan por subrayarlo) de que se trata de aspectos estructurales de la gestión estatal en Argentina; aspectos que acompañan al país al menos desde la restauración de la institucionalidad democrática.

Esta estructuralidad de los patrones no exime a lxs protagonistas -en particular a las élites partidarias y actores clave del país- de los déficits de liderazgo que refleja su notable inercialidad. Reformar el Estado para que consiga alinear resultados operativos con propósitos políticos de sus gobiernos democráticos no es precisamente una tarea simple, sin lugar a dudas. Pero mantener su estructura y dinámica sustancialmente inalteradas por tanto tiempo tiene consecuencias cotidianas graves. Sería esperanzador que fuese objeto de mayor atención política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña, Carlos (compilador) (2013): *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina. Siglo XXI - OSDE, Buenos Aires.*
- Acuña, Carlos (compilador) (2014a): *El Estado en acción. Fortalezas y debilidades de las políticas sociales en Argentina. Siglo XXI - OSDE, Buenos Aires.*
- Acuña, Carlos (compilador) (2014b): *Dilemas del Estado argentino. Política exterior, económica y de infraestructura en el siglo XXI. Siglo XXI - OSDE, Buenos Aires.*
- Acuña, Carlos y Chudnovsky, Mariana (2013): "Cómo entender las instituciones y su relación con la política: lo bueno, lo malo y lo feo de las instituciones y del institucionalismo". En Acuña, Carlos (compilador): *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina; Siglo XXI - OSDE, Buenos Aires* (pp. 19-67).
- Acuña, Carlos; Cetrángolo, Oscar; Cáceres, Verónica y Goldschmidt, Ariela (2018): "La economía política de la política de agua y saneamiento en la Argentina. Historia, actualidad y perspectivas". En *Estado Abierto* Vol. 2, N° 2 (pp. 109-178).
- Aguilar Villanueva, Luis (1993): "Estudio introductorio". En Aguilar Villanueva, Luis (editor): *Problemas públicos y agenda de gobierno; Porrúa, México* (pp. 15-86).
- Alonso, Guillermo (editor) (2007): *Capacidades estatales, instituciones y política social. Prometeo, Buenos Aires.*

- Andrenacci, Luciano (2020). "On Public Management's Signature Knowledge: A Perspective on Michael Barzelay's Ideas about Public Management as a Design-oriented Professional Discipline". En *China Public Administration Review* Vol. 2, No. 3 (pp. 29-41).
- Barbero, José & Bertranou, Julián (2014): "Una asignatura pendiente: Estado, instituciones y política en el sistema de transporte". En Acuña, Carlos (compilador): *Dilemas del Estado argentino. Política exterior, económica y de infraestructura en el siglo XXI*. Siglo XXI - OSDE, Buenos Aires (pp. 191-244).
- Bardach, Eugene (1994). "Presidential address. The extrapolation problem: How can we learn from the experience of others". En *Journal of Policy Analysis and Management*, 23: 2 (pp. 205-220).
- Barzelay, Michael (2007). "Learning from second-hand experience: Methodology for extrapolation-oriented case research". En *Governance*, 20: 3 (pp. 421-543).
- Barzelay, Michael (2019). *Public Management as Design-oriented Professional Discipline*. Londres, Edward Elgar.
- Barzelay, Michael y Cortázar Velarde, Juan Carlos (2004). "Una guía práctica para la elaboración de estudios de caso sobre buenas prácticas en gerencia social". En *Documentos de Trabajo del INDES-BID*. Washington DC, INDES-BID.
- Barzelay, Michael; Gaetani, Francisco; Cortázar Velarde, Juan Carlos y Cejudo, Guillermo (2002). "Investigación sobre Reformas a la Política de la Gestión Pública en la Región de América Latina: Marco Conceptual, Guía Metodológica y Estudios de Caso". *Documento de Trabajo para el Diálogo Regional de Política*. Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Barzelay, Michael; Andrenacci, Luciano; Seabra, Sérgio and Yan, Yifei (2021). "Good Trouble in the Academy: Inventing Design-focused Case Studies about Public Management as an Archetype of Policy Design Research". En Fontaine, Guillaume y Peters, B. Guy. *Handbook of Policy Design*. London, Edward Elgar (en prensa).
- Beasley, Caitlin (2015): *Transparency Initiatives: Analysis of Public Policies Applied by Argentina's Anti-Corruption Office, 2000-2013*. Master of Arts Thesis in Development Management and Policy, Buenos Aires, UNSAM – Georgetown University.

- Bertranou, Julián (2015): "Capacidad estatal: revisión del concepto y algunos ejes de análisis y debate". En *Revista Estado y Políticas Públicas* N° 4 (pp. 37-59).
- Bovens, Mark; t'Hart, Peter & Peters, Guy (2001): "Analysing governance success and failure in six European states". En Bovens, Mark; t'Hart, Peter & Peters, Guy (editores): *Success and Failure in Public Governance: A Comparative Analysis*. Edward Elgar, Cheltenham-Northampton (pp. 12-31).
- Bueno, Verónica (2012): *Gestionando la migración regional: el programa Patria Grande*. Tesis de Maestría en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo; Buenos Aires, UNSAM.
- Bresser-Pereira, Luiz Carlos (1977): *Estado e Subdesenvolvimento Industrializado*. Editora Brasiliense, São Paulo.
- Costa; María Ignacia; Curcio, Javier & Grushka, Carlos (2014): "La institucionalidad de la Administración Nacional de la Seguridad Social en el Sistema de Seguridad Social argentino. Estructura organizativa y financiamiento (1991-2012)". En Danani, Claudia & Hintze, Susana (coordinadoras): *Protecciones y desprotecciones (ii). Problemas y debates de la seguridad social en la Argentina*; UNGS, Los Polvorines (pp. 17-66).
- Dahl, Robert (1971): *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven-London, Yale University Press.
- Danani, Claudia & Hintze, Susana (2014): "Personas, instituciones y políticas. Reconstrucción y balance de la protección del Sistema de Seguridad Social en la Argentina, 2010-2013". En Danani, Claudia y Hintze, Susana: *Protecciones y desprotecciones (II). Problemas y debates de la seguridad social en la Argentina*. Los Polvorines, UNGS (pp. 363-378).
- De Anchorena, Beatriz (2017): *La autonomía en disputa: capacidades estatales y poder empresario en el conflicto agropecuario argentino de 2008*. Tesis de Maestría en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo; Buenos Aires, UNSAM.
- Elmore, Richard (1979): "Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions". En *Political Science Quarterly*, Vol. 94, N° 7 (pp. 601-616).

- Elmore, Richard (1983): "Forward and Backward Mapping: Reversible Logic in the Analysis of Public Policy". En *International Workshop on Interorganizational Implementation*; Rotterdam, Erasmus University (pp. 3-60).
- Fayol, Henri (1916). "Administration industrielle et générale". En *Bulletin de la société de l'industrie minière* N° 10 (pp. 5-162).
- González, Victoria (2014): "Dinámicas de planificación educativa. Estrategias de planificación y gestión del Plan Nacional de Educación Obligatoria y Formación Docente 2012- 2016". Proyecto de tesis de Maestría en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo; Buenos Aires, UNSAM (inédito).
- Gulick, Luther y Urwick, Lyndall (editores) (2012): *Papers on the Science of Administration*. Londres, Routledge.
- Howlett, Michael (2012): "The lessons of failure: learning and blame avoidance in public policymaking". En *International Political Science Review*, Vol. 33, N° 5 (pp. 539-555).
- Iacoviello, Mercedes y Chudnovsky, Mariana (2015): "La importancia del Servicio Civil para el desarrollo de Capacidades Estatales: un análisis de trayectorias de reforma en América Latina". *Documento de Trabajo* N° 2015/02. Caracas, Corporación Andina de Fomento (CAF).
- Iacoviello, Mercedes; Pando, Diego; Mendelson, Nélica y Essayag, Sebastián (2010): "Desafíos y competencias para el fortalecimiento de la Alta Dirección Pública en Argentina". En *Revista Venezolana de Gestión Pública* Vol. 1, N° 1 (pp. 161-195).
- Knoepfel, Peter; Larrue Corinne; Varone, Frédéric y Sacard, Jean-François (2006). *Analyse et Pilotage des Politiques Publiques*; Glarus, Verlag Rüegger.
- Lasswell, Harold (1951): "The policy orientation". En Lerner, Daniel y Lasswell, Harold (editores): *The Policy Sciences*; Stanford University Press (pp. 3-15).
- Lindblom, Charles (1959): "The science of 'muddling through'". En *Public Administration Review*, Vol. 19, N° 2 (pp. 79-88).
- Lora, Eduardo (editor) (2007): *El estado de las reformas del estado en América Latina*; Banco Mundial - Banco Interamericano de Desarrollo - Mayol, Washington DC - Bogotá.

- Lora Grünwaldt, Martín (2014): "Patrones de gestión en políticas públicas argentinas: el caso de la Agencia Nacional de Seguridad Vial". Proyecto de tesis de Maestría en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo; Buenos Aires, UNSAM (inédito).
- McConnell, Allan (2010): "Policy success, policy failure and grey areas in-between". En *Journal of Public Policy*, Vol. 30, N° 3 (pp. 345-362).
- Martínez Nogueira, Roberto (2002): "Las administraciones públicas paralelas y las capacidades institucionales: la gestión por proyectos y las unidades ejecutoras". En *Reforma y Democracia* N° 24.
- Martínez Nogueira, Roberto (2010): "La coherencia y la coordinación de políticas públicas. Aspectos conceptuales y experiencias". En Acuña, Carlos (compilador): *Los desafíos de la coordinación y la integralidad de las políticas y gestión pública en América Latina*. Proyecto de Modernización del Estado, Jefatura de Gabinete de Ministros de la República Argentina, Buenos Aires (pp. 13-45).
- Medellín Torres (1997): "Inestabilidad, incertidumbre y autonomía restringida: Elementos para una teoría de la estructuración de Políticas Públicas en Países de Baja Autonomía Gubernativa". En *Reforma y Democracia* N° 8.
- Medellín Torres (2004): "La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad". *Serie Políticas Sociales*, N° 93, CEPAL, Santiago de Chile.
- Moore, Mark (1995): *Creating Public Value. Strategic Management in Government*. Harvard University Press.
- O'Donnell, Guillermo (1993): "Acerca del Estado, la democratización y algunos problemas conceptuales. Una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas". En *Desarrollo Económico*, vol. 33, N° 130.
- Oszlak, Oscar (1999): "Quemar las naves". En *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*, Año 6, N° 14.
- Oszlak, Oscar (2003): "Estados capaces. Un desafío de la integración". En Blejmar, Bernardo (compilador): *Liderazgo y Desarrollo Sostenible*; Manantial, Buenos Aires.
- Oszlak, Oscar (2011): "Burocracia estatal: política y políticas públicas" [2005]. En *POSTData* N° 11 (pp. 11-56).

- Oszlak, Oscar y Felder, Ruth (2000): "A capacidade de regulação estatal na Argentina". En *Revista do Serviço Público*, Año 51, N° 1 (pp. 5-38).
- Oszlak Oscar y O'Donnell, Guillermo (1981): "Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación". En *Documentos GE-CLACSO N° 4*, CEDES, Buenos Aires.
- Painter, Martin y Pierre, Jon (2005): *Challenges to State Policy Capacity. Global Trends and Comparative Perspectives*. Houndmills, Palgrave-Macmillan.
- Pautassi, Laura; Arcidiácono, Pilar y Straschnoy, Mora (2013): "Asignación Universal por Hijo para la protección social de la Argentina. Entre la satisfacción de necesidades y el reconocimiento de derechos". *Serie Políticas Sociales* N° 187; Santiago de Chile, CEPAL.
- Peters, B. Guy; Alba Tercedor, Carlos y Ramos Conrado (2021): *The Emerald Book of Public Administration in Latin America*; Bingley, Emerald.
- Pressman, Jeffrey and Wildavsky, Aaron (1984): *Implementation. How Great Expectations in Washington Are Dashed in Oakland*. Berkeley, University of California Press.
- Quiroga, Juan Pablo (2015): *Control(es) de Precio y capacidades estatales. Disciplinamiento, transferencia y redes informales de control, monitoreo y sanción. El caso de Precios Cuidados en Argentina y su aceptación por parte del empresariado del retail local*. Tesis de Maestría en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo; Buenos Aires, UNSAM.
- Rosanvallon, Pierre (2015): *Le bon gouvernement*. París, Seuil.
- Sabatier, Paul (1991): "Toward Better Theories of the Policy Process". En *Political Science & Politics* Vol. 24, N° 2 (pp. 147-156).
- Sabatier, Paul (1998): "The Advocacy Coalition Framework: Revisions and Relevance for Europe". En *Journal of European Public Policy*, Vol. 5, N° 1 (pp. 98-130).
- Sabatier, Paul (2007): *Theories of the Policy Process*. Boulder, Westview.
- Salesi, Alejandro (2020): *Gestión de políticas públicas en el área de la Defensa Nacional: el caso del Primer Ciclo de Planeamiento de la Defensa Nacional dentro del Estado Mayor Conjunto de las*

- Fuerzas Armadas de la República Argentina, 2007-2012*. Tesis de Maestría en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo; Buenos Aires, UNSAM.
- Scartascini, Carlos; Spiller, Pablo; Stein, Ernesto & Tommasi, Mariano (editores) (2011): *El juego político en América Latina: ¿cómo se deciden las políticas públicas?* BID-Mayol, Washington DC.
- Simon, Herbert (1996). *Sciences of the Artificial* [1968]. Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press.
- Simon, Herbert (1997). *Administrative Behavior*. Nueva York, Free Press.
- Stein, Ernesto & Tommasi, Mariano (2006): “La política de las políticas públicas”. En *Política y Gobierno* Vol. XIII, N° 2 (pp. 393-416).
- Stein, Ernesto & Tommasi, Mariano (2011): “Un país sin rumbo. ¿Cómo se hacen las políticas públicas en Argentina? En Scartascini, Spiller, Stein y Tommasi, Mariano (op. cit.) (pp. 77-156).
- Subirats, Joan; Knoepfel, Peter; Larrue, Corinne y Varonne, Frédéric (2008): *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona, Ariel.
- Pressman, Jeffrey y Wildavsky, Aaron (1973): *Implementation*. Berkeley, University of California Press.
- Uzarowicz, Alexander (2020): *Argentine federal reforms of the Judiciary and the judicial delay of corruption cases: from the 35th accord of 2003 to the repentance law of 2016*. Master of Arts Thesis in Development Management and Policy, Buenos Aires, UNSAM – Georgetown University.
- Yunker, Kyle (2012): *The Coalition and the Open Window: Breaking the Media Policy Monopoly in Argentina*. Master of Arts Thesis in Development Management and Policy, Buenos Aires, UNSAM - Georgetown University.
- Zuñanic, Laura y Iacoviello, Mercedes (2010): “La burocracia en América Latina”. En *Revista Centroamericana de Administración Pública* N° 58-59 (pp. 9-41).

EXPEDIENTES, PERSONAS Y AGENCIA

UNA MIRADA ETNOGRÁFICA SOBRE LAS PRÁCTICAS DE PRODUCCIÓN Y CIRCULACIÓN DEL SABER EN LA CORTE SUPREMA ARGENTINA¹

LETICIA BARRERA²
CONICET/IDAES, UNSAM- Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 425-456

Resumen: Existe el presupuesto generalizado en las culturas jurídicas de Occidente que el funcionamiento de la justicia se materializa en prácticas similares a las de una burocracia profesional cuyo saber se asienta sobre una base racional, objetiva, y por lo tanto, con pretensión de universalidad. Partiendo de ese supuesto, este artículo explora

¹ Una versión anterior de este texto fue publicada en inglés bajo el título de “Files Circulation and the Forms of Legal Experts” en el *Journal of Legal Anthropology*, Vol. 1 No. 1 (2008) pp. 3-24. ISSN 1758-9576 (Print); ISSN 1758-9584 (Online); [DOI:10.4059/jla.2008.2602], www.anthropologies-in-translation.org, ©2008 Aequitas Publishing, Reino Unido. La misma fue traducida al castellano por Juan González Bertomeu con la colaboración de la autora, y publicada con la debida autorización, como “La circulación de los expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema argentina”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, N° 1 (2009), pp. 221-240. Con algunas correcciones y actualizaciones, la presente versión reproduce el contenido de las anteriores casi en su totalidad.

² Abogada UNT, Master en derecho y doctora en Ciencias Jurídicas (con orientación en antropología) por la Universidad de Cornell, Estados Unidos. Es investigadora independiente del CONICET en la Escuela de Altos Estudios Sociales (IDAES), de la Universidad Nacional de San Martín, donde coordina además el Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones.



en un modo etnográfico algunos aspectos materiales de la práctica judicial, concretamente, la creación y circulación de expedientes, para analizar instancias de la producción del saber que la burocracia no permite acceder, y que resultan en cierto modo, el punto de ciego de los estudios sociojurídicos, más preocupados por indagar cómo deciden o piensan los jueces, o los efectos de la decisión judicial. El prestar atención a un dispositivo tan cotidiano de la burocracia judicial como lo es el expediente, permite dirigir la mirada hacia las formas de las intervenciones de los actores que producen ese tipo de documentos, figuras que tienden a ser percibidas y descriptas como impersonales e intercambiables en la lógica burocrática. Y a la vez, también apreciar las diferentes modalidades de agencia que se activan o quedan en suspenso en el circuito burocrático de los expedientes. Esta dinámica, según se sostendrá, puede ser interpretada a la luz de las reflexiones de la antropóloga Marilyn Strathern (1988) acerca de las formas de objetivación y personificación que se producen en dos “espacios sociales concebidos etnográficamente” (Pottage 2001): por un lado, la economía euro-americana basada en el comercio de commodities, y por el otro, la economía de Melanesia articulada en base al intercambio de dones.

Palabras clave: expedientes; Burocracia; Agencia; sujetos; Corte Suprema

INTRODUCCIÓN

El 19 de diciembre de 2005 me encontraba haciendo trabajo de archivo para mi tesis doctoral en la biblioteca de la Corte Suprema argentina cuando recibí una llamada telefónica de un secretario letrado, en la que me decía que le habían informado que existía o se encontraba en trámite un expediente sobre mi trabajo de investigación en la oficina de Administración General de la Corte. Superada mi sorpresa inicial (al principio no lograba darme cuenta de qué modo podía estar conectada mi investigación con cuestiones administrativas), decidí hacer una visita a esta oficina para corroborar esta información. En la mesa de entradas, un empleado me confirmó que existía una actuación administrativa caratulada “Expediente No. 3737/05 Barrera, Leticia Cornell University Law School s/ pasantía a la CSJN”, pero que, no obstante, no podía consultar en ese momento porque estaba listo para

ser circulado entre los siete jueces de la Corte Suprema para su consideración. Respondí que, como nunca había presentado mi trabajo a la Administración General de la Corte, quería saber quién había hecho tal petición en mi nombre. Esta persona me contestó que, de acuerdo con lo que podía rastrear en los registros electrónicos, una de las oficinas de uno de los jueces había enviado una carta (el empleado no podía darme más detalles sobre su contenido) a dicha Administración para su análisis; y que la Asesoría Jurídica de esta oficina había concluido que todos los jueces de la Corte debían considerar la carta antes de otorgar el consentimiento para mi pedido de “pasantía”. También me aclaró que mi pedido necesitaría una mayoría de cinco votos (de los siete jueces de la Corte) para que fuera aprobada, como en cualquier otro caso que se somete a consideración del tribunal.³ Sólo un tiempo más tarde me di cuenta que la carta en cuestión podía ser una de las cartas de presentación dirigidas a los jueces que había traído conmigo para hacer mi trabajo de campo, cumpliendo con la política de Consentimiento Informado seguida por la Universidad de Cornell. Estas cartas brindaban una descripción general de la investigación etnográfica que quería hacer en la Corte, los métodos que aplicaría, mi plan de trabajo dentro de la institución, y, sobre todo, mi compromiso de confidencialidad. En su momento, elegí entregar las cartas en persona en cada uno de los despachos de los jueces, en vez de hacerlo por medio de la Mesa de Entradas de la Corte, de manera de evitar formalidades innecesarias. Pero más allá de cuál fuera mi intención original respecto a cómo presentar mi trabajo a los jueces, el hecho de haber elegido hacerlo por escrito implicó, a los ojos del cuerpo judicial, que había presentado una petición que debía ser analizada y decidida de acuerdo con las reglas y mecanismos procesales que regulan la actuación de la Corte.

Curiosamente, lo que percibí en un comienzo como frenos burocráticos a mi trabajo de campo en la institución, se volvió un canal,

³ Esta mayoría calificada (5 votos sobre un total de 7 jueces) se explicaba por las dos vacantes generadas en la Corte entre Septiembre de 2005 (después de la renuncia del juez Belluscio) y Diciembre de 2006, cuando se sancionó la Ley 26183 (B.O. 18 de Diciembre de 2006) que redujo el número de miembros de nueve a cinco. No obstante, dado que el número de jueces era siete al momento de la sanción, la ley lo fijó provisionalmente en siete y determinó que la mayoría se conformaría con el voto de cuatro.

una oportunidad, para mi práctica etnográfica: desde aquella primera visita a la administración de la Corte, mis movimientos dentro de la institución judicial para seguir el estado de mi expediente se tornaron una especie de imitación de los movimientos de los litigantes en sus interacciones cotidianas con el aparato judicial. En este artículo me propongo utilizar ese objeto que emerge en el marco de mi trabajo de campo, el expediente, como una herramienta para mirar y “hacer público” el funcionamiento de la burocracia⁴; para buscar en los intersticios de la producción jurídica con el fin de “descubrir”⁵, y traer a la superficie lo que no resulta discernible a primera vista, por ejemplo, la mirada de la Corte sobre sí misma en términos de división del trabajo. Esto, sin embargo, no implica necesariamente suponer que la actividad burocrática se mueve en terrenos ocultos. Por esa razón, la metodología propuesta es “mirar ‘a’ en vez de ‘a través de’”⁶.

Los atributos de los funcionarios judiciales, sus relaciones, y las maneras en que deciden han sido examinados ampliamente por parte de la academia sociojurídica, como por ejemplo en la literatura de los Estudios Críticos del Derecho [*Critical Legal Studies*] y de Derecho y Sociedad [*Law and Society*]. Sin embargo, algunos de estos análisis resultan a mi entender insuficientes cuando intentan “comprobar” sus observaciones empíricas en relación con esquemas preestablecidos de organizaciones judiciales tomados como “ideales”.⁷

En este trabajo, busco alejarme de perspectivas normativas sobre el modo de construcción de la decisión judicial y enfocarme en un dispositivo de la burocracia judicial, el expediente, con el fin de estudiar las formas de intervenciones hechas por los sujetos que producen este tipo de documentos; figuras que tienden a ser percibidas y descriptas como impersonales e intercambiables en la lógica burocrática. Mi

⁴ Véase, Annelise Riles, *The Network Inside Out*, Ann Arbor: University of Michigan Press 2000.

⁵ Marie-Andrée Jacob, *Matching Organs with Donors. Legality and Kinship in Transplants*, Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2012.

⁶ Jacob, op. cit.

⁷ Véase, Mirjan Damaška, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven and London: Yale University Press, 1986.

argumento es que existen instancias de la práctica judicial, además de la decisión judicial (esta última considerada como el resultado de un proceso), a través de las cuales se puede acceder y conocer cómo se construye el saber jurídico; instancias que, no obstante, parecen ser el punto ciego de los estudios sociojurídicos debido a su peculiar carácter instrumental.⁸

Comienzo, entonces, considerando la perspectiva sobre los documentos que da sustento a este ensayo y el trabajo académico sobre el que se apoya. Luego describo las figuras en las que se centra mi trabajo: los secretarios y secretarías letradas de la CSJN, y su esquema de división del trabajo basado en los puestos formalmente asignados dentro de la estructura judicial. Más tarde considero el modo en que los propios letrados y letradas experimentan y actúan esa división del trabajo, vinculando esto con el pensamiento de la antropóloga Marilyn Strathern⁹ sobre las formas a través de las cuales personas y cosas son “objetivadas” desde una lógica basada en el intercambio de *commodities*, propia de la economía euro-americana. El argumento aquí, es que estas formas se reproducen en los modos en que los sujetos de la burocracia se vuelven visibles al observador externo a través de los documentos que ellos mismos crean. Más adelante, también me valgo del análisis de Strathern sobre la lógica de intercambio de dones en Melanesia para demostrar, por otro lado, la forma en que tales sujetos también pueden volverse visibles desde una perspectiva diferente, no como documentos, sino propiamente como personas. Finalmente, conecto ambas perspectivas a través del relato que una secretaria letrada me hiciera de su trabajo en la Corte.

LA ESTÉTICA DE LOS DOCUMENTOS

La anécdota sobre mi expediente suena a un argumento muy conocido en la literatura sociológica, antropológica, e incluso jurídica: que

⁸ Véase, Leticia Barrera, *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires: Siglo XXI.

⁹ Véase, Marilyn Strathern, *The Gender of the Gift. Problems with Women and Problems with Society in Melanesia*, Berkeley, CA: University of California Press, 1988.

la decisión judicial en las culturas occidentales se materializa en unas prácticas que se asemejan a los modos de operación de una burocracia profesional y despersonalizada¹⁰ —prácticas que cientistas sociales han hallado igualmente centrales en la construcción del saber en otros sistemas, como la contabilidad, la auditoría, las ciencias, e incluso la etnografía.¹¹ Un componente esencial de la racionalidad enraizada en esas prácticas, fue el surgimiento de documentos escritos que promovieron el nivel de separación (de los individuos, por un lado, y sus posiciones de trabajo, por el otro; o bien, la separación de la institución de la persona) que caracterizaba a las organizaciones del tipo que Weber describía: “*Los asuntos de estado estaban aquí personificados en registros escritos que tendían a distanciarlos de los asuntos personales del funcionario y a ofrecer algún tipo de rendición de cuentas.*”¹² Basándose en Weber, la socióloga Dorothy Smith señala que estas prácticas documentales de hecho “*coordinan, ordenan, brindan continuidad, monitorean y organizan relaciones entre diferentes segmentos y fases de los cursos de acción organizacionales*”, otorgándole a las organizaciones sus atributos esenciales: “*formalidad, su carácter de diseño, planificación y organización*”.¹³ Las bases documentales, comenta Smith, “*objetivan el conocimiento, la organización, y los procesos de toma de decisión, distinguiendo lo que los individuos hacen para sí mismos*

¹⁰ Véase, Max Weber, (1968) “Bureaucracy”, en *Max Weber On Charisma and Institution Building: Selected Papers*, (Samuel N. Eisenstadt ed.), Chicago; University of Chicago Press, 1968, pp. 66-77.

¹¹ Véase Kenneth Dauber, “Bureaucratizing the Ethnographer’s Magic”, *CURRENT ANTHROPOLOGY* 36 (1): 75-95 (1995); Marilyn Strathern, *Audit Cultures: anthropological studies in accountability, ethics, and the academy* (2000); Annelise Riles, “Real Time: Unwinding technocratic and anthropological knowledge”, *AMERICAN ETHNOLOGIST* 31 (3) 392-405 (2004); Bill Maurer, “Anthropological and Accounting Knowledge in Islamic Banking and Finance. Rethinking Critical Accounts”, *JOURNAL OF THE ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE* (N.S) 8: 645-667 (2002); Barbara Yngvesson y Susan Bibler Coutin, “Backed by Papers: Undoing Persons, Histories, and Return”, *AMERICAN ETHNOLOGIST* 33(2):177-190 (2006).

¹² Citado en Jack Goody, *The logic of writing and the organization of society*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 106.

¹³ Dorothy Smith, “Textually mediated social organization”, *INTERNATIONAL SOCIAL SCIENCE JOURNAL* 36 (1): 59-75 (1984), p. 66.

de lo que hacen organizacional o discursivamente, y constituyendo por ello las propiedades de la organización formal o de la publicidad o de su discurso que no pueden ser atribuidas a los individuos".¹⁴

El argumento recién expuesto sitúa al poder judicial como una organización formal que define su propósito de universalidad en la construcción y diseminación del saber sobre una base racional¹⁵, sin importar las diferentes formas en las que la autoridad judicial se estructura en las culturas legales euro-americanas. En este marco, la figura del expediente resume por antonomasia el funcionamiento del aparato judicial. De hecho, los expedientes son objetos cotidianos –y tal vez los más comunes– en la vida de un tribunal. Ellos son las formas que ponen en movimiento la dinámica de trabajo de un tribunal, organizando su actividad. No obstante, esta cualidad de los expedientes, tan de sentido común, se da por sentada, al punto que su estudio resulta marginal para la teoría del derecho.¹⁶

Los expedientes dan cuenta de eventos, registran procedimientos, y dan lugar a numerosas relaciones que operan dentro del aparato legal en la construcción del saber. Más aún, fijan los límites de su propia realidad, es decir de la realidad del saber judicial. También es importante señalar que en el sistema jurídico argentino –como en todas las culturas jurídicas construidas sobre una marcada tradición de procedimientos legales escritos y usualmente impersonales¹⁷ – los expedientes obran como dispositivos que fijan los límites del alcance de la actividad judicial. Es decir, la búsqueda de la verdad [legal, o, más específicamente, judicial]¹⁸

¹⁴ Smith, op. cit., pp. 61-2.

¹⁵ Véase Weber, op. cit.

¹⁶ Bruno Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris: La Decouverte/Poche, 2004, p. 83.

¹⁷ Al decir de Latour, el expediente es el objeto material en que cada asunto se corporiza. Latour, op. cit.

¹⁸ Al respecto, Carlo Ginzburg diferencia entre verdad histórica y la verdad legal, y las diferentes metodologías que emplean el historiador y el juez, respectivamente, para alcanzar cada una. Carlo Ginzburg, *The Judge and the Historian: marginal notes on a late-twentieth-century miscarriage of justice*, London-New York: Verso, 1999. Véase, también, Cornelia Vismann, 2008. *Files: Law and Media Technology*. Stanford, CA: Stanford University Press.

se alcanza, cuestiona y negocia sólo dentro de las fronteras del expediente judicial.¹⁹

De modo similar, los procedimientos judiciales sobre prueba de hechos –por ejemplo, la declaración de testigos—, dictámenes, y demás procedimientos, son asentados meticulosamente en el expediente, práctica que de algún modo se asemeja a un registro de operaciones contables de doble entrada. Esta práctica de documentación²⁰, sin embargo, no puede ser tomada sólo como la inscripción de palabras sobre el papel. Antes bien, tiene que ver con el compromiso que los actores, sujetos de mi investigación, exhiben hacia el expediente como fuente de autoridad²¹: desde el punto de vista de los funcionarios y las funcionarias judiciales con que interactué en mi trabajo de campo, los expedientes son los canales de construcción del saber. Esto es, aquello que se considera como saber jurídico es de hecho lo que está *en* los expedientes.

Como sugerí en la introducción, mi interés actual en el expediente es en gran medida instrumental. De esta manera, otros modos de analizar las tecnologías de los documentos, por ejemplo, la búsqueda de sus dimensiones normativas²², están más allá del alcance de este artículo.

¹⁹ Vale la pena destacar que algunos de mis interlocutores, defensores de métodos alternativos de solución de controversias, ven la figura del expediente judicial, tal como se la concibe en la cultura judicial local, como una restricción para la búsqueda de la verdad. Entrevista, 9 de Noviembre de 2006.

²⁰ Algunos académicos ven en este énfasis en los documentos, tan común en países de tradición civilista, una suerte de fetichismo por los textos. Agradezco a Mariana Valverde esta observación (comunicación personal, 19 de Junio de 2008). Otros interpretan esa marcada influencia de los textos legales en el proceso de toma de decisión judicial como la expresión de una concepción del derecho predominantemente positivista. Ginzburg, *op. cit.*

²¹ Véase, Jacques Derrida, *Mal de Archivo. Una impresión Freudiana*, Madrid: Trotta, 1997.

²² Como sostiene Adam Reed: “Foucault ha dirigido nuestra atención hacia el poder discursivo de estos dispositivos [documentos]; los documentos no deberían ser vistos simplemente como herramientas; también como textos, responsables por producir u objetivar a los sujetos que los utilizan [...] Además, sería posible conectar la tecnología del documento y los regímenes de observación y vigilancia que hacen posible la práctica de documentación”. Adam Reed, “Documents Unfolding”, en *Documents, Artifacts of Modern Knowledge*

Específicamente, me baso en el expediente, “*un objeto encontrado del trabajo de campo*”²³ para llamar la atención sobre un efecto particular que el expediente genera en el aparato judicial; esto es, las formas en las que los documentos revelan los sujetos que los crean. Trabajar con esta dimensión técnica o instrumental del derecho implica no sólo convertir las propias herramientas del saber legal en objetos de investigación²⁴, sino también usarlos como medios para avanzar en hacia un conocimiento acerca del derecho. Esta estrategia reproduce, en cierta medida, lo que la antropóloga y jurista Annelise Riles ha denominado “literalización” de la metáfora Realista; esto es, el pensamiento Realista sobre la naturaleza instrumental del derecho se vuelve, en sí, un instrumento real.²⁵

Riles ha mencionado que el lado instrumental del derecho es visto habitualmente como “no estratégico” en la literatura socio-jurídica, dado que para los estudios humanistas del derecho los “tecnicismos legales”, tales como la administración [managerialism], el instrumentalismo legal, los procedimientos, los tecnócratas del derecho y las formas de las doctrinas legales, entre otras cuestiones, son demasiado “mundanas” y “profundamente poco interesantes” como para

(Annelise Riles, ed.), Ann Arbor: University of Michigan Press, 2006, pp. 158-77, op. cit. p. 158.

²³ Reed, op. cit., p. 158. Véase, también Annelise Riles, “Property as Legal Knowledge: Means and Ends”, *JOURNAL OF THE ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE*, (N.S.) 10:775-795 (2004). Mi descripción del expediente como un “objeto encontrado del trabajo de campo” busca destacar el giro inesperado de mi solicitud de investigación, que, al convertirse en un expediente, pasó a ser mi dispositivo, mi propia herramienta analítica y mi “punto de entrada”, de acceso, a las prácticas de formación del saber de mis sujetos. Este hallazgo, sin embargo, no resulta novedoso: los documentos, como objetos de la modernidad, son los “dispositivos sobresalientes que los etnógrafos y las etnógrafas están obligadas a encontrar en diferentes contextos de la modernidad, sea en sus trabajos de campo, el derecho, la ciencia, las artes, la religión, activismo, e instituciones de mercado” (Riles 2006a: 4). Más aún, lo inesperado e impredecible es una característica esencial al trabajo de campo. Agradezco a uno de los evaluadores anónimos del *Journal of Legal Anthropology* por esta observación.

²⁴ Véase Annelise Riles, “A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the technicalities”, *BUFFALO LAW REVIEW* 53: 973-1033 (2005).

²⁵ Riles, op. cit., p. 1009.

involucrarse en su análisis.²⁶ En oposición a esta perspectiva, dicha autora invita a estos académicos y académicas a redirigir su atención hacia los instrumentos del razonamiento y el saber jurídico, con el fin de convertirlos en objetos de investigación humanística. “*De hecho, es precisamente la cualidad de sentido común del objeto lo que hace del apego del abogado por esos instrumentos un punto que, para un etnógrafo, resulta apropiado para entrar al [análisis del] derecho y las instituciones contemporáneas.*”²⁷ Consecuentemente, lejos de presuponer que las personas se amparan en la aporía de la indiferencia burocrática, este artículo demostrará que una mirada a las prácticas documentales de la Corte permite un retrato más diferenciado de las relaciones entre los sujetos de burocracia judicial y los documentos que ellos crean. Estas relaciones, sin embargo, son accesibles etnográficamente dependiendo de las formas en que las mismas se presentan en el análisis de las prácticas documentales de la institución.²⁸⁻²⁶ En otras palabras, el efecto estético de los expedientes puede presentar versiones diferentes de las mismas relaciones. Esto significa que incluso las “*personas, sus acciones y relaciones pueden ser entendidas como un efecto*”²⁹ de los expedientes.³⁰

AL ENCUENTRO DEL SABER EXPERTO: SECRETARIAS Y SECRETARIOS LETRADOS

Como se sabe, además de los cuatro jueces (ministros) y una jueza (ministra) que hoy componen la Corte, existen varios abogados y abogadas que trabajan para el tribunal. Los mismos pueden desempeñarse

²⁶ Riles, op. cit. p. 976.

²⁷ Riles, “Introduction. Making Sense of the Means: Private Governance and the Legal Technologies of Collateral”, en *Collateral Knowledge: Legal Reason in the Global Financial Markets Collateral Knowledge*, Chicago: University of Chicago Press 2011.

²⁸ Véase, Strathern, *The Gender of the Gift* (1988); *Property, Substance and Effect: Anthropological Essays on Persons and Things*, London & New Brunswick, NJ: The Athlone Press, 1999.

²⁹ Riles, *The Network Inside Out*, p. 68.

³⁰ Véase, Latour, op. cit.

como secretarios o prosecretarios letrados en la vocalía de un juez o de la jueza, o bien, como secretarios letrados o prosecretarios letrados en una de las secretarías judiciales de la Corte, cada una de las cuales es dirigida por un secretario de Corte y se especializa en una rama diferente del derecho.³¹

Ambos tipos de secretarios son funcionarios judiciales, lo que es indicativo de su importancia en la jerarquía del tribunal. De hecho, desde un primer momento varios secretarios letrados me hicieron notar que tienen el rango equivalente de jueces de primera instancia³², y que los secretarios de la Corte son comparables a los jueces de cámara³³. Esta equivalencia de la figura de los secretarios con la de los jueces se materializa, en la práctica, en sus salarios, aunque lo que parece ser más importante para las prácticas cotidianas de la Corte es

³¹ Al momento de realizar mi trabajo de campo (Agosto 2005- Febrero 2007), existían en la CSJN 8 secretarías judiciales. Estas eran: La Secretaría N° 1, especializada en temas de Derecho Comercial, marcas, patentes y cuestiones de competencia (excepto competencia penal); la Secretaría N° 2, en causas de Derecho Civil y de la de la Seguridad Social; la Secretaría N° 3, en cuestiones de Derecho Penal; la Secretaría N° 4 encargada de asuntos de Derecho Administrativo; la Secretaría N° 6, en Derecho Laboral; la Secretaría N° 7, en asuntos relacionados con Derecho Bancario, Aduanero y Tributario; y la Secretaría de Juicios Originarios. Por su parte, la Secretaría N° 5, inactiva en los años previos, había sido “relanzada” en el año 2006 para entender en asuntos de trascendencia institucional o que sean de interés público (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada N° 18 del 18 de Mayo de 2006). Esto quiere decir que esta Secretaría no se especializaba en una rama del derecho en particular, sino que entendía en casos que a criterio de los jueces del tribunal o de su presidente fuera considerados trascendentes o relevantes para la opinión pública, como ser la anulación de las leyes de impunidad o la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, por citar algunos ejemplos. También estaba la Secretaría de Jurisprudencia (sin número), que en ese entonces era la única a cargo de una mujer. En la actualidad, conforme el organigrama vigente de la CSJN, se encuentran en funcionamiento las siguientes secretarías: Sec. Judicial N° 1, Sec. Judicial N° 2, Sec. Judicial N° 3, Sec. Judicial N° 4, Sec. Judicial N° 6, Sec. Judicial N° 7 (con las competencias descriptas anteriormente), Sec. de Juicios Originarios, Sec. Judicial de Relaciones de Consumo, Sec. Judicial de Juicios Ambientales, Sec. de Jurisprudencia. Véase. <https://www.csjn.gov.ar/institucional/organizacion-de-la-corte-suprema/organigrama> (último acceso 01/03/2021).

³² Véase, Artículo 102 bis, Reglamento para la Justicia Nacional.

³³ Artículo 88, Reglamento para la Justicia Nacional.

el capital simbólico³⁴ que estos expertos legales adquieren a través de la asociación de sus figuras con las de los jueces —conocimiento, estatus, autoridad, rango dentro del escalafón judicial, son los rasgos visibles que diferencian a los secretarios del resto del personal judicial.³⁵

Sin perjuicio de ello, la descripción que sigue de uno de mis entrevistados, una ex secretaria de Corte que fue luego designada como jueza de cámara, sobre las razones que la llevaron a convertirse en jueza, da cuenta, en términos reales, de la diferencia existente entre jueces y secretarios, no obstante la asimilación positiva entre ambas figuras:

Ciertamente, en la Corte gozaba del mismo estatus que gozo ahora como jueza, y ganaba el mismo salario que gano ahora; pero luego de tantos años en la Corte llega un momento en el que ya no querés escribir para otra persona; querés tener tu propia jurisdicción... Acá, en la cámara, sos vos, la jueza, quien tiene autoridad para decidir, acá *vos firmás tu propia decisión*, mientras que en la Corte es “otro” [el juez] el que decide; no importa que vos mismo hayas escrito la decisión; lo que en definitiva importa es quién la firma.³⁶

El número de secretarios y prosecretarios letrados de la Corte fue aumentando gradualmente. Esto es particularmente así en el caso de los últimos años.³⁷ En 1990, la ampliación de los miembros de la Corte de cinco a nueve promovida por el entonces presidente Carlos Menem (1989-1999) también incrementó notablemente el número de secretarios letrados: de aproximadamente treinta en los '80 a más

³⁴ Véase, Pierre Bourdieu, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, *HASTINGS LAW REVIEW* 38:805-53 (1987).

³⁵ Por ejemplo, de los dos ascensores de uso “exclusivo” que hay en el Palacio de Tribunales, uno está destinado para funcionarios judiciales (el otro está asignado para uso de los jueces de la Corte Suprema). Sobre la organización hacia el interior del Palacio de Justicia, véase Leticia Barrera, op. cit.

³⁶ Entrevista, 10 de Diciembre de 2006. El destacado me pertenece.

³⁷ La Corte Suprema fue establecida en el año 1863; y el primer cargo de secretario data del año 1865. Véase, Miguel Danelián y Claudio Ramos Feijoo, “Secretarías Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *LA LEY* Sec. Doctrina (B): 1218-1225 (1990).

de 150 hacia mediados de los '90.³⁸ Algunos secretarios y secretarias con quienes interactué durante mi trabajo de campo estimaron en doscientos su número real.³⁹

El período posterior a la ampliación de la Corte (la llamada “Corte Menemista”) ha sido fuertemente criticado⁴⁰; aunque estas críticas se han enfocado en los aspectos más normativos y políticos del funcionamiento del tribunal y de sus decisiones. La ampliación también ha afectado en cierta medida el modo en que los funcionarios judiciales perciben y llevan adelante su socialización. Como surge de los relatos de varios de mis entrevistados y entrevistadas, en particular de quienes ingresaron a la Corte a mediados de los '70, las percepciones sobre la Corte como sitio en el que la gente se conoce entre sí dominaban el terreno; [...] “*cada Ministro tenía sólo uno o dos secretarios*”, me explicó un secretario letrado. Otra secretaria letrada, apelando al parentesco como metáfora, recordó a la Corte previa a la ampliación como una familia: “*cada mañana los jueces pasaban por*

³⁸ Horacio Verbitsky, *Hacer la Corte*, Buenos Aires: Editorial Planeta, 1993, p. 75; Gretchen Helmke, *Courts under Constraints: Judges, Generals and Presidents in Argentina*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 179.

³⁹ En un texto de 2007, Sabelli arribaba a un número similar entre secretarios y prosecretarios letrados, diferenciando entre los abogados y abogadas que trabajan para los jueces, quienes lo hacen en las secretarías, y demás abogados y abogadas que, ocupando un cargo de letrado, realizan otro tipo de funciones (por ejemplo, en la biblioteca de la Corte, en la oficina de Derecho Comparado, en la asesoría jurídica de la entonces Administración General, etc.). Hector E. Sabelli “Cómo trabaja la Corte”, JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Suplemento (I): 3- 11 (2007), p. 8, n. 25.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Raúl Baglini, Ángel D'Ambrosio y otros, *Juicio a la Corte*. Buenos Aires: n.p., 1993; Verbitsky, op. cit.; Eduardo Oteiza, *La Corte Suprema: Entre la justicia sin política y la política sin Justicia*, La Plata: Editora Platense S.R.L., 1993; Alejandro Carrió, *La Corte Suprema y su independencia*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996; Roberto Gargarella, In search of a Democratic Justice-What Courts Should Not Do: Argentina 1983-2002, Jonhatan Miller, *Democratization and the Judiciary: the accountability function of courts in new democracies* (Siri Gloppen y otros, eds.), London: Frank Cass, 2004; Jonathan Miller, “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”, AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 51:839-885 (2003); Helmke, op. cit.

las oficinas de los secretarios para corroborar que todo estuviera bien, y para preguntar si necesitábamos algo... éramos como una pequeña familia... con la ampliación de la Corte, esto se nos fue de las manos...". Desde otra perspectiva, el relato de otra secretaria letrada, mucho más joven y con menor antigüedad en el tribunal, le otorgaba centralidad a la idea de un orden de relaciones hacia el interior del tribunal regido por lazos de cercanía y proximidad de sus integrantes: *"Ellos [los secretarios de mayor antigüedad] hablan de la 'Corte de 5' [previa a la ampliación de los 90] como una Corte de élite⁴¹, como la mejor Corte de la historia, no sólo por las capacidades intelectuales de sus miembros –que de hecho eran mejores– sino por el tamaño de la Corte; era una Corte pequeña y todos se conocían entre sí. (...) Aunque el menemismo cambió dramáticamente las cosas para peor en la Corte, también la hizo un lugar más accesible."*⁴²

⁴¹ Ana Kunz ha trabajado el perfil social de los miembros de la Corte Suprema argentina entre los años 1930 y 1983, indagando en aspectos tales como el lugar de nacimiento de los jueces, dónde recibieron su formación jurídica, sus orígenes sociales; estableciendo una relación entre estos últimos y sus actitudes frente a cuestiones tales como la religión; y entre dichos orígenes y el tipo de gobierno (democrático o dictadura militar) durante el cual fueron designados. Esta autora se ha centrado también en las ideologías de los jueces, sus áreas de especialización, en derecho público o privado, sus actividades de investigación, y su participación en la actividad académica y/o política. De acuerdo a los resultados de su investigación, Kunz concluye que, durante ese período, casi la mitad de los jueces de la Corte pertenecían a los estratos sociales más altos (patriciado y estrato superior) en tiempo de gobiernos democráticos; en cambio, cuando el poder era ejercido por dictaduras militares, la participación de aquellos estratos sociales se elevaba a dos tercios. Destaca además esta autora la relevancia de la actividad docente universitaria de los jueces de la Corte, que contribuyó a otorgarles prestigio frente a sectores sociales que percibían la actividad académica como garante de autoridad, ayudando, de ese modo, a forjar una imagen de la Corte como una institución de élite. Ana Kunz, *Los Magistrados de la Corte Suprema de la Nación (1930-1983)*, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires (1989), pp. 10, 30.

⁴² Una podría preguntarse entonces, a partir de la afirmación de aquella letrada, y teniendo en cuenta el trabajo de Kunz citado en la nota anterior, si es que la ampliación de la Corte (jueces y funcionarios) ha abierto en efecto las puertas del tribunal hacia estratos sociales inferiores.

ROLES

La división mencionada entre vocalías (oficinas de los jueces) y secretarías con la que me encontré al leer la guía judicial, y que luego fui reconstruyendo a través de las narraciones de los actores, da cuenta de un esquema de división del trabajo dentro de la Corte basado de la visión que tienen los secretarios de su trabajo en términos de creatividad, instrumentalidad y agencia. Esta división del trabajo es encarnada de manera notable en el movimiento de expedientes dentro de la institución judicial. En su mayor parte, los expedientes de la Corte Suprema son creados sobre los textos de las apelaciones de las decisiones de tribunales inferiores, o bien sobre demandas que son iniciadas directamente ante la Corte. Pero además, hay expedientes sobre cualquier otro tipo de cuestiones: burocráticas, administrativas, relativas al quehacer cotidiano de la Corte, como las referidas a la administración de personal, pago de salarios, procedimientos internos, y organización y ejecución del presupuesto. Dejando a un lado el dato acerca del tema que trata un expediente, es decir, si se dirime un asunto que hace a la gestión administrativa del tribunal o una cuestión judicial, las actuaciones se circulan en última instancia a los jueces para su decisión. Más aún, en la mayoría de los casos, y dependiendo del tipo de apelación de que se trate, ellas son consideradas con anterioridad al examen de los jueces, en alguna de las secretarías judiciales, según el área particular del derecho con el que el caso se relacione.⁴³ Como

⁴³ Aquí me refiero, básicamente, a la distinción entre recursos extraordinarios concedidos y los recursos de queja, en función del circuito interno que cada uno cumple. A la fecha de mi trabajo de campo, esa distinción implicaba diferentes cursos de acción: en el caso de los recursos extraordinarios, el expediente se enviaba directamente a las vocalías para “proyectar” (es decir para su estudio y redacción de un proyecto de sentencia); mientras que en el segundo supuesto, era la secretaría del área pertinente la que estudia primero el expediente y elaboraba un proyecto de sentencia, que luego se circulaba entre todas las vocalías. No obstante, la costumbre también había determinado que tratándose de actuaciones que son competencia de determinadas secretarías (por ejemplo, la de derecho administrativo o de derecho público), el trámite de los recursos extraordinarios y de queja fuera similar. Esta diferenciación de tratamiento cambió en los últimos años y en la actualidad, en ambos casos, son las secretarías judiciales, según su materia de competencia la que se encarga de

ejemplo, los casos de amparos iniciados por los ahorristas en dólares contra el “corralito” durante la crisis económica de 2001- 2002 fueron enviados a la secretaría que trata cuestiones impositivas y bancarias para un dictamen legal antes de ponerse en circulación entre los jueces. Mi expediente, catalogado como una cuestión “administrativa” desde el comienzo, fue remitido directamente a la entonces oficina Administración General de la Corte para su análisis, y posteriormente enviado a los jueces para su decisión.

En este marco, las vocalías son presentadas de manera consistente como un ámbito donde es posible la creatividad, mientras que las secretarías judiciales son los “instrumentos” a través de los cuales se pone en conocimiento de los jueces los precedentes de la Corte en casos similares. Como me explicara un secretario: “el rol de la secretaría es sólo técnico; por ende, el deber del personal de la secretaría es ofrecer a los jueces todas las posibilidades disponibles para ayudarlos a tomar una decisión en un caso nuevo.” Más aún, la oposición entre creatividad (vocalías) e instrumentalidad (secretarías) en la que se asienta el relato de los secretarios letrados y secretarias letradas entrevistadas, evoca una imagen muy fuerte de las secretarías como los “guardianes” de la jurisprudencia de la Corte, y de quienes están a cargo de las secretarías (los secretarios de la Corte) como “meros ejecutores”, responsables de la circulación de expedientes, que asisten a los jueces en este procedimiento. “Un secretario de Corte es un asistente; quien da órdenes es otro, el juez”, me comentó uno de los letrados, destacando de este modo la brecha existente entre jueces y secretarios letrados a la que se refería la jueza, ex-secretaria, citada anteriormente.

En contraste, los datos muestran que quienes trabajan en relación directa con los jueces en sus vocalías no parecen tan sujetos a los precedentes de la Corte como lo están los abogados y las abogadas que se desempeñan en las secretarías judiciales. De hecho, en las vocalías, “vos podés elegir”, como me explicó una secretaria letrada, haciendo hincapié en esta idea de creatividad, sugerida antes, y entendiéndola

analizar el expediente del caso y elaborar un proyecto de resolución (sentencia) que se pone a circular entre las oficinas de los ministros de la CSJN.

como la posibilidad de crear derecho “nuevo”, dejando de lado los precedentes⁴⁴. En un sentido similar, otra secretaria letrada destacó: “vos podés crear la decisión con el ministro”. Al respecto, en el curso de una entrevista, una letrada me explicó cómo había tenido que modificar sus prácticas discursivas de acuerdo con los puestos que había ocupado en la Corte. Primero, me comentó, había sido designada como secretaria letrada en una secretaría; y luego trabajó como letrada de un juez, en una vocalía.

En el primer caso, tenía que dirigir mis memorandos y opiniones legales a la Corte en pleno, a todos los jueces... Escribía mis memos a la Corte como *institución...*; mientras que en el segundo caso, los escribía sólo para mi Ministro... Tenía que escribir *como si fuera él...* Escribía *sólo para mí* [el Ministro]. (El destacado me pertenece).

Sin embargo, el esquema de creatividad versus instrumentalidad que los actores recrean en sus relatos, no es tan rígido como se podría sugerir. Por el contrario, dicho esquema deja espacio para variaciones sutiles y a la vez importantes sobre los roles que los sujetos describen; en particular, aquellos desarrollados por los letrados en las secretarías. Por ejemplo, una letrada en una secretaría, cuya descripción de su trabajo se apoyaba fuertemente en la idea de las secretarías como meros cuerpos técnicos, me comentó que a pesar del hecho de que ella no trabajaba para un juez en particular, había sido “llamada” directamente por los jueces en varias ocasiones debido a su conocimiento especializado en una serie de sub-áreas del derecho (“*muy técnicas, sin implicaciones políticas*”). Volveré a retomar este punto más adelante.

⁴⁴ Como es sabido, y ha sido abordado extensamente por la academia local, la organización del poder judicial federal en Argentina se inspiró en la de los Estados Unidos, y la facultad de los tribunales locales de declarar la inconstitucionalidad de las normas ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina como implícita en la Constitución Nacional, imitando, de esta forma el desarrollo y tradición de la doctrina del control o revisión judicial difuso de los actos de gobierno seguida en aquel país. No obstante, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, los tribunales locales no siguen la doctrina del precedente (*stare decisis*). En otras palabras, en Argentina, los tribunales inferiores no están obligados a aplicar en un caso nuevo que les llegue para su consideración, la jurisprudencia que surge de los fallos de la Corte Suprema, aunque en la práctica suelen hacerlo.

En la misma línea, quien dirigía una de las secretarías judiciales me mencionó, con mucho orgullo, que su supervisión de la circulación del expediente no era un procedimiento meramente burocrático; por el contrario, en algunos casos su intervención se convertía en una herramienta significativa para alcanzar una decisión mayoritaria. También orgulloso de su trabajo, un letrado de una secretaría me comentó en un encuentro en su oficina, acerca del proyecto de una decisión que él acababa de redactar referida a una cuestión de derechos fundamentales, como me lo dejara bien en claro:

Letrado: escribí esa opinión basándome en mis creencias filosóficas. Me apoyé fuertemente en el derecho natural, y el fundamento de la decisión cita argumentos del derecho natural. Podría no haberlo hecho, pero lo hice.

Yo: entonces, ¿por qué lo hizo?

Letrado: porque tenía que ser coherente conmigo mismo; porque la Corte se ha valido previamente del derecho natural, y también había una larga tradición que precedía mi propia precomprensión. No puedo poner mis creencias personales sólo porque quiero hacerlo. Respaldo mis opiniones en miles de autores y en la jurisprudencia de la Corte que emplea argumentos similares.

Como sugiere la descripción anterior, la división binaria entre vocalías y secretarías se vale de un discurso que al mismo tiempo promueve y pone en segundo plano la agencia los actores. En las vocalías, la agencia es reconocida por la posibilidad (que tienen los letrados) de dejar a un lado los precedentes, y de “crear” derecho. Agencia y creatividad, por ende, aparecen como cuestiones estrechamente asociadas; implícita en esta asociación, está la suposición de que agencia –como creatividad– está unida a la voluntad o intención del sujeto.⁴⁵⁴³

Por el contrario, en el caso de las secretarías, el discurso de los sujetos de investigación está elaborado sobre una forma de agencia que rechaza la autonomía de los individuos al enfatizar el rol técnico e instrumental de los profesionales, quienes llegan a valorar los límites

⁴⁵ Véase, Strathern, *Property, Substance and Effect* (1999), p. 17; James Leach “Modes of Creativity”, en *Transactions and Creations: Property Debates and the Stimulus of Melanesia* (Erich Hirsch y Marilyn Strathern eds.), New York, Oxford: Berghahn Books 2004, p. 152.

a su agencia en pos de la función de documentar o de ser la voz de los precedentes de la Corte, que ellos atribuyen a ese lugar, y que a su vez identifican con su propio rol o posición desde el lugar que ocupan en la estructura de la burocracia judicial. Además, resulta significativo en el contexto de las prácticas observadas adentro de la Corte, cómo ese desplazamiento de agencia que tiene lugar en las secretarías trae a luz el compromiso de los secretarios de conformar su trabajo a un modelo ideal de práctica judicial en el que los funcionarios judiciales son vistos como piezas de una maquinaria (la organización y administración de justicia): meros “operadores del derecho”⁴⁶, como los denomina generalmente la literatura en la tradición civilista.

En este sentido, los límites a la agencia del individuo que surgen de las perspectivas de los abogados sobre su trabajo podrían interpretarse también como una herramienta retórica para presentar dicho trabajo a la luz de una racionalidad burocrática, la que ubica la actividad de estos sujetos en términos racionales y objetivos. En otras palabras, tomando prestadas palabras de Strathern, podría decirse que “ellos [los funcionarios judiciales] *presentan una versión de sí mismos tal como les gustaría ser vistos*”⁴⁷. Una anécdota contada por un abogado de una secretaría muestra cómo esta modalidad de agencia está firmemente enraizada en la conciencia y prácticas sociales de los funcionarios judiciales⁴⁸: en una oportunidad, según me comentó, un borrador que contenía un memorándum y un proyecto de sentencia sobre un caso elaborado en una secretaría judicial, fue enviado de vuelta a esa dependencia donde había sido redactado porque reflejaba el punto de vista de quien estaba a cargo de ésta, en vez de contener la opinión “de la Corte”.

Más aún, una puede encontrar analogías entre esta modalidad de agencia en la que los abogados se ven a sí mismos como “instrumentos”

⁴⁶ Véase, Strathern, *Property, Substance and Effect* (1999), p. 17; James Leach “Modes of Creativity”, en *Transactions and Creations: Property Debates and the Stimulus of Melanesia* (Erich Hirsch y Marilyn Strathern eds.), New York, Oxford: Berghahn Books 2004, p. 152.

⁴⁷ Strathern, *Property, Substance and Effect* (1999), p. 19.

⁴⁸ Sally Engle Merry y Donald Brenneis, “Introduction”, en *Law & Empire in the Pacific, Fiji and Hawai’I* (Sally Engle Merry y Donald Brenneis eds.) Santa Fe, NM: School of American Research Press, 2004, pp. 3-34.

y “mediadores”, y lo que el antropólogo Hirokazu Miyazaki ha denominado “suspensión de agencia”, en el contexto de su estudio de una comunidad de practicantes religiosos en las Islas Fidji ⁴⁹. De acuerdo con Miyazaki, una manera de comprender esta suspensión de agencia es verla como el acto estratégico por antonomasia de manipulación retórica⁵⁰. Aunque, cabe destacar, este autor está lejos de apoyar las conceptualizaciones de dicha suspensión como puramente estratégicas —por ejemplo, cuando se usa como una excusa para la agencia humana⁵¹, o como una herramienta para controlar riesgos⁵².

LOS SUJETOS COMO DOCUMENTOS

En la organización interna de la burocracia judicial, las personas son fácilmente identificadas por los cargos que ocupan dentro de la institución. Como anticipé, una lectura cuidadosa de la Guía Judicial de la Corte Suprema fue valiosa en este sentido para orientarme. La gente está listada en orden alfabético de acuerdo con las funciones que se les asigna dentro de la institución, lo que me ayudó a armar un boceto del esquema de la división de trabajo dentro de la institución y establecer las líneas de acción en el trabajo de campo.

Mi encuentro con los funcionarios y las funcionarias judiciales operó en gran medida sobre la base de referencias de sus colegas o bien, los y las fui encontrando en la nomenclatura judicial debido a los puestos que ocupaban, y a las funciones que en teoría desempeñaban en el aparato judicial, por caso, que los secretarios letrados estudian las causas, escriben memorandos y redactan los proyectos de sentencia,

⁴⁹ Lo trascendente de los rituales religiosos no es el propósito de quienes los practican de vivenciar entes que resultan inaccesibles desde sus puntos de vista, sino los límites impuestos, al menos transitoriamente, a sus capacidades de dar cuenta de tales eventos, y aún de actuar. Hirokazu Miyazaki, “Faith and its Fulfillment: Agency, Exchange, and the Fijian Aesthetics of Completion”, *AMERICAN ETHNOLOGIST* 27, no. 1 (2000): 31-51, p. 32.

⁵⁰ Miyazaki, op. cit, p. 42.

⁵¹ Michael Herzfeld, *Cultural Intimacy: Social Poetics in the Nation-state*, New York and London: Routledge, 1997.

⁵² Webb Keane, “The Value of Words and the Meaning of Things in Eastern Indonesian Exchange”, *MAN* (n.s.) 29(3):605-629 (1994).

y los jueces deciden sobre la base de las opiniones de los letrados. Lo que subyace a esta mirada, promovida por las descripciones que anteceden de los letrados y las letradas acerca de su trabajo en la Corte, es la noción de que personas y cosas son intercambiables. Esto es, los sujetos de las prácticas judiciales pueden ser aprehendidos a través de los textos y documentos que ellos mismos crean. En otras palabras, las personas son “objetivadas” por las cosas que producen⁵³. Desde esta perspectiva, los sujetos de las prácticas judiciales son narrados, descriptos y entendidos a través de sus intervenciones en el proceso judicial, el que, como mencioné en la sección anterior, tiene lugar dentro de los límites del expediente. Consecuentemente, la creatividad y la instrumentalidad son categorías que podrían operar tanto para personas como para el trabajo que ellas realizan, entendiendo que las personas pueden identificarse con los textos que las mismas producen. Este punto es ilustrado por Alain Pottage, jurista y cientista social, que, a partir de la analogía etnográfica elaborada por Strathern, afirma: *“Las cosas [en una economía basada en los commodities] son transmitidas como fuerzas independientes en el mundo, y la agencia de las personas se distingue o es revelada por medio de sus intervenciones en –o modificaciones de– esas fuerzas. La agencia de las personas es por ende entendida en términos de un discurso sobre trabajo o productividad, de manera que las relaciones personales resultan reificadas en la composición de cosas”*⁵⁴.

Según el punto de vista de Strathern, la objetivación puede entenderse como *“la manera en la que las personas y las cosas se construyen en tanto poseyendo un valor, esto es, como objetos de las miradas subjetivas de la gente o de su creación.”*⁵⁵ De acuerdo con Strathern, la objetivación se vuelve una base de la comparación entre dos economías –la economía euro-americana basada en las *commodities*, por un lado, y la economía de intercambio de dones de Milanesia, por el otro– bajo la suposición de que esta comparación actúa como un dispositivo que habilita percepciones simultáneas de procesos similares y diferentes en

⁵³ Véase, Strathern, *The Gender of the Gift* (1988).

⁵⁴ Alain Pottage, “Persons and things: an ethnographic analogy”, *ECONOMY AND SOCIETY* 30 (1): 112-138 (2001), p. 114.

⁵⁵ Strathern, *The Gender of the Gift* (1988) p176.

cada una.⁵⁶ Como explica Pottage, lo que ambiciona Strathern es construir una contraparte análoga al dominio cultural euro-americano, una perspectiva desde la cual las presuposiciones y contextos de ese dominio puedan hacerse visibles.

“Si tomamos a los símbolos como los mecanismos a través de los cuales la gente da a conocer el mundo (lo objetiva), estos mecanismos en sí mismos pueden o no ser una fuente explícita de sus prácticas de conocimiento. La lógica occidental basada en el intercambio de bienes conduce a una búsqueda del conocimiento sobre las cosas (y de las personas como cosas); mientras que la lógica de intercambio de dones, que se observa entre los melanesios los lleva a presentarse a sí mismos como personas (y presentar las cosas como personas). Es que mientras una de estas lógicas hace una práctica explícita del aprehender la naturaleza o el carácter (convención) de los objetos, la otra, lo hace de sus capacidades o poderes animados (invención). Si denomino entonces a estas prácticas de reificación y de personificación, en el primer caso, la gente hace que los objetos aparezcan como cosas, y en el segundo, como personas.”⁵⁷

INTERPRETAR UN ROL

La descripción que propone Strathern acerca de estos dos modelos, de objetivación de personas y cosas en las economías basadas en el intercambio de *commodities*, y de dones, respectivamente, ayuda a elaborar las diferentes perspectivas desde las que los sujetos de las prácticas burocráticas pueden ser vistos y se vuelven cognoscibles. Sin embargo, esta yuxtaposición de las formas de objetivación señalada por Strathern y las formas en las que se presentan los sujetos de la burocracia judicial, no implica la afirmación sobre una correlación o influencia directa; más bien es simplemente un ejercicio de reflexión sobre las prácticas legales a través de la cualidad apropiada de las formas.⁵⁸

⁵⁶ Strathern, op. cit.

⁵⁷ Strathern, *The Gender of the Gift* (1988), pp. 176-7.

⁵⁸ Véase, Strathern, *Property, Substance and Effect* (1999).

De acuerdo con esto, como indiqué anteriormente, los sujetos de las prácticas documentales de la Corte son esencialmente considerados a través de sus propias intervenciones en los expedientes. La persona, por ende, es aprehendida en la práctica del “papeleo”, esto es, la práctica de crear el expediente judicial. Sin perjuicio de esto, una puede encontrar también, siguiendo las ideas de Strathern sobre cómo opera la objetivación en una economía basada en el intercambio de dones, una forma paralela en la cual los expedientes tornan visibles a los sujetos de esas prácticas documentales, no sólo como objetos o cosas, sino como relaciones y personas. En otras palabras, si las personas pueden adoptar las formas de las cosas que producen, como se indicó anteriormente, también pueden presentarse y considerarse como personas, esto es, *“como posiciones desde las cuales los individuos se perciben entre sí”*⁵⁹. Como lo señalé anteriormente, estas relaciones se vuelven visibles por medio de una práctica tan rutinaria y de sentido común dentro de la Corte, como lo es la circulación de expedientes.

Bajo la lógica del intercambio de dones, sostiene Strathern, se crean relaciones específicas *“a través de la separación de las personas”*; *y es a través de estas relaciones que las personas son definidas unas respecto de las otras*⁶⁰; *pero las relaciones son personificadas en la separación de las personas al punto de que estas últimas (continúan) (de esa manera) teniendo un efecto unas sobre las otras.*⁶¹ Los dones, explica esta autora, reifican u objetivan las capacidades y poderes contenidos en las personas / relaciones. Las relaciones son *“provistas de un efecto, en anticipación –o en conmemoración– de su activación”*, aunque la efectividad de las relaciones *“depende de la forma en la que aparecen ciertos objetos.”*⁶²

⁵⁹ Strathern, op. cit. p. 15.

⁶⁰ Puede pensarse en este argumento de Strathern teniendo en miras la relación que se establece entre quien entrega el don y quien lo recibe, relación que ella considera paradigmática en este punto: *“es en cada uno distinguiéndose a sí mismo respecto de su contraparte —con el objeto de llevar adelante la transacción— que la relación entre ambos se torna visible. Cada uno actúa teniendo en mente al otro”* (Strathern 1999:16).

⁶¹ Strathern, op. cit.

⁶² Strathern, op. cit.

No intento comparar los expedientes de la Corte con los objetos de valor de los Hageners en Melanesia que estudia Strathern; tampoco la circulación de expedientes con los rituales de intercambio de dones. Sin embargo, en un sentido, esta analogía puede funcionar: se refiere a un efecto estético similar. El expediente, al igual que el recurso del que se hace entrega en el don, contiene la potencialidad de revelar y realizar las capacidades personales. Me refiero aquí a las relaciones que la circulación de expedientes pone de manifiesto, de un modo que las oculta de la mirada externa. Para desarrollar este punto quisiera volver a la anécdota del comienzo sobre mi expediente.

Luego de intentar durante varios meses lograr acceder “formalmente” a la Corte, me encontré con unos cuantos papeles en mi mano [mi expediente], en el último de los cuales se me autorizaba para llevar adelante una “investigación normal” en la biblioteca de la Corte. Es decir, el expediente que tanto me había intrigado durante meses estaba compuesto únicamente de once páginas o fojas, cuatro de las cuales estaban conformadas por la carta de presentación que había dirigido al Presidente de la Corte y su traducción al español. El resto del expediente contenía: el breve texto de la decisión de la Corte sobre mi petición y las comunicaciones oficiales dirigidas a mi directora de tesis, y al decano para estudiantes de postgrado de la Facultad de Derecho de Cornell notificándoles tal decisión; un escrito que presenté solicitando ver el expediente; otra decisión que hacía lugar a mi solicitud; y por último, una notificación dirigida esta vez a mí, informándome que me concedían vista del expediente. A pesar de esto, cuando pregunté al empleado que me entregó una copia del expediente sobre el fundamento de la decisión, éste me respondió que, como en todos los otros casos, el documento que contenía el razonamiento era sólo para circulación “interna”, y que, insistió, yo no podía ver.⁶³

⁶³ Esta posición puede comprenderse mejor quizás si se la compara con la de la litigante cuyo recurso extraordinario ante la Corte resulta inadmisibles en virtud de la aplicación del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil y Comercial. En aquellos casos en los que la Corte decide abrir el recurso extraordinario o la queja, es probable que los fundamentos de la decisión del tribunal —generalmente desarrollados en el memorándum o nota de secretaría que circula junto al expediente— sean reproducidos, y por lo tanto dados a conocer, en la sentencia. Véase, Leticia Barrera, “Gatekeeping: Documents,

Por lo tanto, más allá de cómo se inician los expedientes— y las razones que los motivan—,⁶⁴ las prácticas de los actores involucrados en la creación de documentos parecen converger en una acción en particular: la práctica de circulación de los expedientes. Esta práctica a su vez se manifiesta en distintas dimensiones: materialmente, en el transporte cotidiano de los carritos que van saturados de expedientes por los pasillos del Palacio de Tribunales, un ritual con mucho poder estético; y virtualmente, en el seguimiento de los registros electrónicos. Ambos rituales le otorgan regularidad a la práctica de circulación de los expedientes, un fenómeno común a cualquier organización burocrática, dando a conocer sus documentos y sujetos. Además de esto, la circulación material de los expedientes dentro de la institución produce una efervescencia de textualidad que se manifiesta a través de resoluciones, opiniones legales, memorandos, informes, simples pases, y hasta conclusiones; documentos que van siendo adjuntados (uno debajo del otro, como si fueran diferentes capas,) siguiendo el orden de circulación de un expediente determinado —al punto que mis sujetos suelen medir el tamaño del expediente por su “espesor”. De este modo, si hay varias opiniones acerca de un caso, probablemente todas ellas serán incluidas en el expediente a través de sus respectivos memos y proyectos (de sentencia).⁶⁵ Aunque, como me confió un letrado de una secretaría, “*cuanto mejor esté escrito un memorándum desde el inicio, más rápido será adoptada una decisión*”,

Knowledge and Judicial Authority in Contemporary Argentina”, *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review* 41 (1): 90-107, 2018.

⁶⁴ Como mencioné anteriormente, los expedientes en la Corte Suprema son por lo general iniciados a partir de los escritos de los recursos (recurso extraordinario o recurso de queja) que se interponen contra las sentencias de las cámaras de apelaciones; o bien a partir de las demandas interpuestas directamente ante la Corte en materia de competencia originaria. Asimismo, los expedientes pueden originarse a partir de cualquier asunto administrativo o burocrático que se presente, como en el caso de mi pedido para llevar adelante un trabajo de investigación en la Corte, a partir de una petición de un organismo o área o de la persona (individuo) interesado.

⁶⁵ Estos escritos (o documentos, para ser consecuente con la terminología empleada en este artículo) en realidad no están materialmente incorporados al cuerpo del expediente, sino que van adjuntos en una carpeta de cartón amarillo que circula junto con el mismo.

queriendo decir que probablemente un memorándum exhaustivo difícilmente sea cuestionado.

Como mencioné anteriormente, el movimiento de expedientes por parte de los litigantes, sus representantes, y terceros en general, puede rastrearse a través de los registros electrónicos de la Corte ⁶⁶, lo que hace posible, como sucedió en mi propio caso, seguir el estado de mi “causa”. Sin embargo, en ese proceso de rastrear el estado de su propio expediente, una accede a una versión del mismo que contiene sólo sus extremos, sus partes finales. O bien, continuando con la analogía de las fojas del expediente como capas que se superponen, una puede decir que sólo accede a las capas iniciales (la carátula, el texto del recurso o la demanda ante la Corte), y final (un simple pase que se dé a conocer (vista) el expediente, una decisión interlocutoria o definitiva en el caso, etc.). Lo demás queda fuera de la vista. En otras palabras, toda la esfera argumentativa permanece oculta a la observación externa.

No pretendo en este ensayo describir y mostrar la estructura conceptual de las decisiones de la Corte articuladas a partir de la aparente “bifurcación” de sus prácticas discursivas⁶⁷; tampoco busco develar el “significado” y las “políticas” que subyacen a estos documentos⁶⁸. Más bien, al destacar aquí los documentos que las prácticas burocráticas esconden, busco analizar el modo en que ellas hacen visibles las personas y relaciones dentro de los contornos del aparato judicial. Desde esta perspectiva, puede señalarse entonces que el conjunto de argumentos, opiniones, conclusiones, e incluso el relato de los hechos generalmente contenidos en el memorándum que acompaña el proyecto de sentencia en un caso, son relevantes no tanto como el fundamento de una decisión que puede o no ser accesible a la mirada ajena, sino como las formas en las cuales las personas se conocen y se “*constituyen como*

⁶⁶ Por Acordada CSJN No. 35, del 11 de Diciembre de 2003, se estableció la publicación de la circulación de los expedientes de la Corte.

⁶⁷ Mitchel de S.-O. -I.E., *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁶⁸ Annelise Riles, “[Deadlines]: Removing the Brackets on Politics in Bureaucratic and Anthropological Analysis”, en *Documents: Artifacts of Modern Knowledge* (Annelise Riles ed.), Ann Arbor: University of Michigan Press, pp. 71-92.

*personas a la vista de las otras*⁶⁹. Esta es la percepción que tuve en un primer momento ante la negativa de un empleado de la administración general de la Corte de permitirme, cuando tomé vista del expediente, acceder a los documentos que contenían el fundamento de la decisión recaída en el mismo, sobre la base que dichos documentos eran sólo para circulación interna.

Más tarde, esta idea acerca de los sujetos de la burocracia judicial que se manifiestan no ya en la forma de los documentos que crean sino en sí mismos como personas, cobró mayor fuerza a partir de las propias descripciones que estos sujetos hacían de la circulación de expedientes dentro de la Corte. Por ejemplo, una de mis entrevistadas, una secretaria letrada de un juez me explicó que los memorandos adjuntos en los expedientes eran algo “escrito para nosotros”, entendiendo por “nosotros” quienes estudian el caso y escriben las opiniones judiciales. Continuando con su relato, señaló: “el caso debe ser estudiado, y el memo refleja ese estudio; es para persuadir a otra gente, la gente que va a leer el expediente [...] sin el memo, nada es convincente... (El memo) es como un diálogo, dado que la deliberación se da la mayor parte del tiempo por escrito”. De hecho, el memo se percibe como el espacio que posibilita la discusión, dado que los argumentos y contra-argumentos se esgrimen y agotan allí, ajenos al escrutinio público⁷⁰. Pero de un modo más importante, como describo más adelante, es a través de esta práctica burocrática tan habitual como es el escribir, modificar, y hasta descartar estos memorandos, que los sujetos que crean estos documentos salen a la luz.

En las secretarías, los memorandos (o notas de secretaría) son generalmente ‘inicialados’, una práctica que no sólo permite la identificación a través de la presencia física de las iniciales del autor en el documento⁷¹, sino que, de acuerdo con algunos letrados, también evidencia el nivel de deferencia que los secretarios de Corte otorgan a las capacidades profesionales de los letrados que integran su secretaría.

⁶⁹ Strathern, *The Gender of the Gift*, (1988) 275.

⁷⁰ Véase, *supra* nota 61.

⁷¹ Mario Biagioli, “Documents of Documents: Scientists’ Names and Scientific Claims”, en *Documents: Artifacts of Modern Knowledge* (Annelise Riles ed.), Ann Arbor: University of Michigan Press, 2006, pp. 127-157.

En una de las secretarías, por ejemplo, una abogada que había trabajado anteriormente como letrada en la oficina de un juez me confesó que esta práctica de inicialar sus memos, novedosa para ella, de hecho la ayudaba a sobreponerse a la sensación de haber sido perjudicada por su traslado de una vocalía a una secretaría. “*Inicialmente, sentí como una suerte de devaluación política*”, sostuvo, y me explicó que para ella, trabajar como secretaria de un juez de la Corte, implicaba ciertas ventajas operativas: “*si necesitas algo, es más probable que lo obtengas más rápido si trabajas para un juez que en cualquier otro lugar de la Corte.*” Sin embargo, me dijo que se había dado cuenta que trabajar en una secretaría era bueno “*porque ya no sos una persona anónima*”. Me comentó además que como letrada de un juez solía trabajar en equipo, y que los borradores de sentencias que escribía para el juez eran un esfuerzo colectivo más que un trabajo individual. A diferencia de esto, “*en una secretaría tenés que firmar (escribir tus iniciales en) tu trabajo para que sea identificado y criticado por otros.*” Desde su perspectiva, este acto de identificación la hacía ganar el “reconocimiento” de sus colegas y el “respeto” como experta en su área del derecho; “incluso elogian mi manera de escribir”, me comentó orgullosa. En este contexto, el nombre (las iniciales) del autor del documento (por caso, el secretario letrado) puede llegar a cumplir las mismas funciones “indicativas” y “descriptivas” de los nombres propios.⁷² Sin embargo, el hecho de que

⁷² Véase, Biagioli, op. cit., p. 138. Biagioli también remarca el punto de vista de Foucault acerca de las funciones que cumple el nombre del autor, relacionándolas con las funciones de los nombres propios. Teniendo en mente entonces esta asociación foucaultiana entre nombre propio y nombre del autor, quisiera extenderla a la situación que compone un memorándum, a la luz de los efectos que produce este documento y que una ha observado durante el trabajo de campo. Como recuerda Biagioli, Foucault encuentra en los nombres propios funciones indicativas y descriptivas, aunque los mismos “pueden actuar también como una etiqueta que no se refiere a ninguna persona en particular y todavía constituir un cierto cuerpo de textos que integra un conjunto unificado”. Biagioli, op. cit., p. 138. En los términos de Foucault, estas múltiples funciones que puede cumplir el nombre del autor, reflejan diferentes lógicas operacionales en diferentes regímenes de campos y disciplinas. Sin embargo, en contraposición con la afirmación empírica de Foucault acerca de que el método científico “había suplantado el nombre del autor como la entidad que diferencia los textos científicos de otras clases de trabajos”, Biagioli sostiene que “el nombre del científico siempre ha sido crucial [...] el nombre del autor

los nombres de los letrados aparezcan en los documentos que ellos redactan cumple un rol relativamente menor en relación al efecto “individualizador” de estos documentos en su círculo burocrático dentro de la Corte. Como algunos secretarios letrados me mencionaron, ellos son capaces de identificar quién escribió un determinado memorándum en casos vinculados con su especialidad (por ejemplo, derecho público, derecho bancario) incluso cuando no consta en el documento la identidad del autor. “*Existe mucha gente aquí en la Corte, pero nos conocemos entre todos*”, fue la manera en que una letrada me explicó su habilidad para identificar a los autores de memos y de proyectos de sentencias anónimos que llegan para su análisis.

En otras palabras, más allá de si un documento específico lleva o no el nombre de su autor, el saber burocrático adquirido a través de las “tareas de construcción de rutinas y especialización” a partir del trabajo de oficina cotidiano y de largo plazo⁷³, provee la base para la identificación y el reconocimiento de las personas. En este contexto, la autoría de un documento, si es reivindicada por el sujeto que lo ha creado, no implica un ejercicio de un derecho de propiedad intelectual del trabajo individual o de una obra en particular. Antes bien, se vuelve un modo de hacer visibles las capacidades personales, y que las mismas sean reconocidas entre colegas.

Una relatora me resumió este efecto de reconocimiento en términos de confianza y expectativas. Como me dijo, el hecho de que ella supiera quién había escrito un memo en un caso que le llegaba para análisis ejercía una influencia sobre su nivel de confianza en el análisis y la solución legal que esa persona proponía en el documento. “Conozco a la persona”, me dijo, “sé cómo trabaja, cómo piensa, y qué tan serio y confiable puede ser su trabajo [...] Si confío en ella, lo más probable es que esté de acuerdo con su opinión legal respecto de las cuestiones discutidas en el caso. Si no comparto su opinión, estoy segura de que llegó a esa conclusión porque vio cosas que probablemente escaparon a mi vista en la primera lectura”.

puede haberse vuelto ‘banal’ en la ciencia moderna, pero su rol es más importante que nunca” Biagioli, op. cit., p. 140.

⁷³ Véase, Damaška, op. cit., 1986.

JUNTANDO LAS PIEZAS

En este punto, me gustaría retornar a la descripción que hizo uno de mis interlocutores, una secretaria letrada, de su trabajo en una de las secretarías judiciales de la Corte. Como me explicó, su rol en la Corte consistía en brindar una opinión experta en una serie de sub-áreas del derecho muy específicas y técnicas; “sin implicaciones políticas”, afirmó acerca de sus funciones, enfatizando este último punto para dejar en claro que ella se mantiene lejos de cualquier influencia “externa” (cualquiera que esta fuera) que, según su entender, pudiera comprometer su juicio. Por ejemplo, no se reúne con los abogados o las partes de un caso para escuchar informalmente sus argumentos, una práctica usual en la Corte argentina⁷⁴: “no los necesito [escuchar los argumentos de las partes] para llegar a una decisión en un caso... Leo cada página del expediente; leo todo lo que está escrito allí; y lo que no lo está no va a hacerme cambiar de opinión”. De la misma forma, si tuviera que elegir entre su puesto en la secretaría y uno en la vocalía de un juez, decidiría, según me dijo, mantener su posición actual dado que le resultaría difícil mantener el *expertise* alcanzado si trabajara en una vocalía: “los letrados de los jueces tienen que ser más versátiles”, me comentó. Desde el punto de vista de esta letrada, las reuniones de los relatores con las partes, o incluso la posibilidad de tener que abandonar su ámbito de especialización son percibidas como “un falla del conocimiento”⁷⁵ — una falla de su propio saber y de su especial rol de ‘técnica’ legal. En otras palabras, estas circunstancias representarían una “desviación de las prácticas burocráticas apropiadas”⁷⁶, esto es, de un modo de toma de decisión racional y objetivo.

Mientras me describía sus obligaciones profesionales, esta letrada insistía con la idea de que ella sólo daba asesoramiento legal y técnico, que redactaba proyectos de sentencias en temas técnico-jurídicos y que sólo discutía cuestiones de carácter técnico en los memorandos

⁷⁴ Hoy regulada por Acordada de la CSJN N0. 7/2004 que prohíbe recibir y escuchar a una de las partes si no están todas las partes presentes.

⁷⁵ Riles, “Real Time: Unwinding technocratic and anthropological knowledge” (2004) p. 396.

⁷⁶ Riles, op. cit.

que escribía para la Corte; incluso se veía y definía a sí misma como una técnica. De esta forma, esta letrada se describe a sí misma a través de sus intervenciones en el proceso de toma de decisiones judiciales; es decir, a través de los documentos que ella produce. Desde esta perspectiva, estos documentos constituyen el medio a través del cual el conocimiento de esta letrada se exterioriza y puede ser aprehendido. En otras palabras, ella se vuelve cognoscible en términos de su trabajo o productividad dentro de la burocracia judicial.

Sin embargo, como indiqué anteriormente, otra manera en la que se vuelven visibles los sujetos que participan en este régimen de prácticas documentales, es no ya en la forma de los documentos (cosas) que ellos crean, sino como personas en sí. En este sentido, los expedientes escenifican una relación entre los participantes de estas prácticas documentales a través de las cuales se desarrollan y realizan las capacidades personales. Desde esta perspectiva, que la práctica de la toma de decisión judicial mantiene alejada de la mirada externa, cada participante es diferenciado como una persona particular, y aprehendido en sus capacidades específicas.

Este efecto de individualización⁷⁷ tiene lugar a través de todo el circuito que los expedientes recorren dentro de la Corte. O para ponerlo en otras palabras, la circulación de expedientes, como una suerte de ceremonia de intercambio, provee “el contexto o vehículo para este despliegue constitutivo de capacidades”⁷⁸. Desde este lugar, la anécdota contada por la misma secretaria letrada acerca del pedido de los jueces de su asesoramiento como experta (mencionado también anteriormente), se vuelve aún más significativa. “Ellos [los jueces] me han escuchado, han confiado en mí”, afirmó al recordar aquel episodio.

REFLEXIONES FINALES

Al construir en este ensayo sobre el pensamiento de Strathern acerca de las formas que activan las personas y cosas en dos dominios sociales tan distintos como Euro-América y Melanesia, he intentado

⁷⁷ Véase, Strathern, *The Gender of the Gift*, (1988).

⁷⁸ Pottage, op. cit. (2001), 114.

llamar la atención sobre las simplificaciones que subyacen a las representaciones binarias de las prácticas de los funcionarios judiciales. A mi entender, estas prácticas ni son totalmente subjetivas ni discrecionales, ni absolutamente mecánicas o desapegadas emocionalmente, como suelen representarse desde una concepción de la decisión judicial como un mero acto de interpretación normativa. Por el contrario, estas prácticas exigen que los investigadores y las investigadoras se comprometan en su estudio con herramientas analíticas apropiadas. Estas herramientas pueden dar lugar a formas diferentes de conocimiento acerca de los sujetos de estas prácticas, contribuyendo a dejar atrás las dicotomías moderno/pre-moderno, objetivo/subjetivo, estable/errático, a las que generalmente se reduce el comportamiento de los agentes y que tienden a preceder el análisis de las burocracias⁷⁹. En este sentido, los propios expedientes de la burocracia ofrecen un espacio analítico desde el cual la academia socio-jurídica puede orientar su investigación.

⁷⁹ Véase, Collin Hoag, "Assembling Partial Perspectives: Thoughts on the Anthropology of Bureaucracy", *PoLAR: The Political and Legal Anthropology Review*, vol. 34 (1): 2011.

EL DESAFÍO DE LA COOPERACIÓN Y LA COORDINACIÓN ESTATAL EN UN ESCENARIO ORGANIZACIONAL DIVERSIFICADO

JULIÁN BERTRANOU¹

IT-EPyG/UNSAM; FCPyS/UNCuyo - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 457-493

Resumen: En las últimas décadas se ha producido un proceso de expansión de los roles estatales, así como de diversificación de las formas organizacionales que los Estados tienen a su disposición para poder asumir de manera más eficaz y eficiente estos roles. La expansión de la cantidad y diversidad de organizaciones burocráticas puede crear un problema en términos de coherencia vertical y horizontal (consistencia entre fines y medios), de cooperación (colaboración interorganizacional) y de coordinación de las intervenciones (ordenamiento de la secuencia de intervenciones interorganizacionales). El artículo intenta caracterizar este proceso de diversificación organizacional, y plantea algunas de las dificultades que pueden observarse y algunos lineamientos dirigidos a promover una mayor coherencia y cooperación.

Palabras clave: Organizaciones públicas; Diversificación organizacional; Colaboración; Coordinación

¹ Doctor en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Licenciado en Administración Pública y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cuyo. Actualmente es profesor investigador de las Universidades Nacionales de San Martín (Instituto del Transporte y Escuela de Política y Gobierno) y de Cuyo (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales).



1. INTRODUCCIÓN

Las estructuras estatales modernas, con sus organizaciones, muestran una diversidad institucional que no existía cien años atrás. En un largo proceso que comenzó en la segunda parte del Siglo XIX, en especial en Europa, y luego en las Américas, las funciones que fueron incorporando los Estados y sus gobiernos al quehacer cotidiano, producto de distintas luchas sociales y económicas por la politización de ciertas cuestiones públicas, fueron asumidas por organizaciones burocráticas que fueron transformándose paulatinamente.

A lo largo de este proceso, las organizaciones burocráticas estatales fueron adquiriendo perfiles más especializados, en un todo de acuerdo con el proceso general de especialización de la sociedad y de la economía. Paralelamente, se fueron creando desprendimientos organizacionales estatales con el objeto de mejorar el desempeño gubernamental en algún campo específico. Adicionalmente, los procesos de descentralización fueron incrementando los roles de las instancias subnacionales, con la subsecuente creación de organizaciones de distintos perfiles que pudieran asumir estos roles. Finalmente, los procesos de democratización fueron ampliando los márgenes para que grupos de la sociedad participen en las actividades públicas, generando nuevas instancias procesuales, pero también organizacionales, para la institucionalización de esta creciente participación.

En suma, ha sido un proceso no sólo de expansión de los roles estatales, sino de diversificación de las formas organizacionales que los Estados tienen a su disposición para poder asumir de manera más eficaz y eficiente estos roles. En ese sentido, la expansión de la cantidad y diversidad de organizaciones burocráticas puede crear un problema en términos de coherencia vertical y horizontal (consistencia entre fines y medios), de cooperación (colaboración interorganizacional) y de coordinación de las intervenciones (ordenamiento de la secuencia de intervenciones interorganizacionales). La pluralidad de organizaciones, muchas de ellas abordando cuestiones similares o asociadas, más allá de sus ventajas, podría poner en riesgo la efectividad estatal en la resolución de problemas públicos. Mayor pluralidad y diversidad, ¿son necesariamente sinónimos de desorden o desorganización?

Este es el tema general de este trabajo, que intenta caracterizar este proceso de diversificación organizacional, así como de plantear algunas de las dificultades que pueden observarse, más allá de los contextos. Asimismo, el trabajo intenta plantear algunos lineamientos dirigidos a promover una mayor coherencia y cooperación, sean de tipo más político como de orden más estrechamente relacionado con el funcionamiento de las interdependencias organizacionales.

El artículo se organiza de la siguiente manera. En el apartado 2 se discuten las funciones públicas y las formas de organización estatal para desarrollarlas. En el apartado 3 se especifican algunas de las formas organizacionales más comunes para el desarrollo de las funciones públicas. En el apartado 4 se analiza el efecto que corrientes recientes de reforma administrativa han tenido sobre el incremento de los entes descentralizados y las empresas públicas. En el apartado 5 se problematiza el funcionamiento de ambientes organizacionales más diversos y complejos para cerrar en el apartado final con unas recomendaciones para incrementar la coherencia y la coordinación en contextos organizacionales diversos.

2. FUNCIONES Y ORGANIZACIONES

Los Estados y sus gobiernos deben cumplir determinadas funciones de interés público, que se derivan de mandatos institucionales (constitucionales, de larga consolidación) o políticos. Si bien existen algunas funciones básicas que todos los Estados democráticos (y no democráticos) cumplen, existen otras en donde los compromisos estatales son muy diferentes. Algunos trabajos (Banco Mundial, 1997; Fukuyama, 2004) clasifican las funciones según distintos criterios, y los Estados en el mundo difieren en cuanto a lo que asumen como parte de sus obligaciones y lo que no. Si se comparan países del mismo nivel de desarrollo, está claro que los países europeos y en especial los nórdicos, tienen a sus gobiernos asumiendo más funciones que las que se observan en Estados Unidos, para tomar como ejemplo. En el caso de nuestra Región, Argentina le ha asignado históricamente más funciones a su Estado (nacional y subnacional) que su vecino Chile. Las diferencias están estrechamente asociadas a la historia política de los

países, y a cómo se fue experimentando el proceso de ‘politización’ de los asuntos por parte de sus comunidades políticas y sociales (Fukuyama, 2004). Asumir más funciones no implica hacerlo mal, ya que como bien lo advierte Fukuyama, el alcance (cantidad de funciones) del Estado no debe confundirse con su fuerza (la capacidad para cumplirlas). Ambas dimensiones no están necesariamente asociadas: hay casos de amplio o bajo alcance combinados con mucha o poca fuerza.

De acuerdo con su configuración jurídico-territorial, estas funciones le son asignadas al Estado nacional, o en su defecto, algunas de ellas, a instancias subnacionales (provincias/estados; departamentos; municipios). Pero adicionalmente a esta característica, en orden a cumplir estas funciones y lograr las finalidades buscadas, los gobiernos deben: a) diseñar estructuras organizacionales y asignarles las funciones que les corresponden, b) organizar y coordinar las estructuras (si existe pluralidad de ellas), a los efectos de lograr coherencia en la acción de gobierno, y c) diseñar sistemas de gestión, que implican procedimientos de trabajo que bordan la gestión de personas, documentos, recursos, tecnologías, activos y la relación con los ciudadanos.

Desde el punto organizacional, los primeros administrativistas caracterizaron el creciente proceso de especialización funcional y organizacional, e incluso lo explicaron y justificaron. Luther Gulick (1938) advertía que “la división del trabajo es la base de la organización; de hecho, es el motivo de la organización Si la subdivisión del trabajo es ineludible, la coordinación se convierte en algo obligatorio. Sin embargo, no existe una sola forma de coordinar”. Herbert Simon, en su clásico texto *Los Proverbios de la Administración* (1947), advertía que:

i) La eficiencia administrativa aumenta por una especialización de la tarea entre el grupo.

ii) La eficiencia administrativa aumenta si se dispone a los miembros del grupo en una determinada jerarquía de autoridad.

iii) La eficiencia administrativa aumenta si se limita el alcance del control, en cualquier punto de la jerarquía, a un número pequeño.

iv) La eficiencia administrativa aumenta si se agrupa a los trabajadores, con propósitos de control, según a) propósito, b) proceso, c) clientela, d) lugar.

Este proceso de especialización creciente establece demarcaciones en las funciones del Estado, que se asientan en la fragmentación de los saberes, la cristalización de las profesiones, la modalidad en que se fueron sumando nuevas funciones estatales (conflictos y problemáticas sociales), el rol político y comunicacional de la organización de funciones y la creciente incidencia de la tecnología exacerbando la especialización.

El proceso de especialización, así como de expansión de las funciones asignadas, tiene un impacto muy profundo en la configuración organizacional del Estado: nuevas organizaciones son creadas, en el ámbito de la administración central o descentralizada, como se verá en los apartados 3 y 4. Este proceso también va consolidando la sectorialización funcional, a saber, la institucionalización de sectores de política pública.

Como lo advierte Martínez Nogueira (2013), “la estructura organizacional del Estado responde, predominantemente, a demarcaciones sectoriales, con enorme complejidad en los arreglos para la implementación de políticas que desbordan esos límites y que requieren negociaciones y ajustes permanentes”. La estructuración sectorial se refiere a cuestiones con alguna afinidad u homogeneidad interna que responden a grandes objetivos de política. Sin embargo, la incorporación de múltiples funciones dentro de un sector genera tensiones, desacoples y falta de eficacia.

Los sectores de política pública tienen distintos grados de institucionalización, dependiendo de las trayectorias funcionales en el Estado. Hay sectores muy institucionalizados (política tributaria, hacienda, educación, relaciones internacionales) y otros con baja institucionalización (ambiente). Los ministerios de línea y sus reparticiones centrales aparecen como la representación más reconocida del sector, pero la creciente presencia de organizaciones descentralizadas completa el mapa diversificado organizacionalmente de los sectores de política pública.

La especialización funcional, ligada luego a la jerarquía como principio de coordinación social, lleva a la delimitación de la competencia de una organización. La competencia es el conjunto de funciones que una organización o un agente puede legítimamente ejercer; el concepto

de competencia da así la medida de las actividades que de acuerdo con el ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: es su aptitud legal de obrar y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.

En la definición del ejercicio organizacional de las funciones, no sólo entran a tallar la cuestión de los sectores ‘especializados’ o la cuestión del tipo de organización pública, sino que interviene también la forma en que se va a considerar el territorio en el ejercicio de las funciones. No sólo lo derivado de la configuración constitucional, sino como criterio de organización de las funciones aun dentro de un mismo gobierno. En la territorialización prima la definición de un tipo de espacio y los requerimientos de intervención que surgen del mismo. En la sectorialización, la intervención es por un recorte analítico de la realidad, basada en saberes reproducidos institucionalmente.

Los distintos criterios de organización y de cumplimiento de las funciones administrativas básicas (planificar, organizar, dirigir, controlar) han dado letra a las distintas reformas administrativas encaradas en el pasado, todas las cuales han intentado mejorar el desempeño del Estado asegurando mayor coherencia, cooperación y coordinación en un contexto donde la diversidad de formas organizacionales se fue constituyendo como norma.

Las reformas administrativas pueden representar dos tipos de procesos: a) cambios en las funciones del Estado y cambios en los sistemas de gestión (personas, documentos, finanzas, relación con ciudadanos, planificación e información) y en el diseño organizacional, o b) cambios solo en los sistemas de gestión y en el diseño organizacional.

Las experiencias o ciclos de reforma administrativa han intentado dar respuesta a las tensiones generadas por la aplicación de determinados principios administrativos; por ejemplo, el grado de centralización, el grado de especialización, el tipo de coordinación o el tipo de control a ejercer. Las reformas han sido inspiradas también por determinados marcos cognitivos de interpretación del “problema” de la Administración Pública (Gómez Cárdenas, 2011). Como veremos en el apartado 4, los tipos de reformas (weberiana, gerencial) parten de un diagnóstico diferente acerca de cuál es el problema de la administración, por lo que luego proponen respuestas organizacionales y administrativas diferentes.

Pero volviendo a las tensiones existentes en la aplicación de instrumentos o principios administrativos, las reformas adoptan alguna posición en el continuo que involucra a algunas de las siguientes diádas: organizaciones especializadas u organizaciones multipropósito, centralización o descentralización, control jerárquico o control administrativo, concentración o desconcentración, control ex ante o control por resultados, e incluso, de manera más estructural, estatización o desestatización de funciones. La forma en la que las orientaciones definen estas tensiones dará cuenta del tipo de reforma que se está instrumentando. No existe a priori mayor o menor eficacia en la aplicación de estos principios o manifestaciones de estas diádas. La eficacia y efectividad de estos principios depende de muchos factores: el tipo de problema, la trama previa de organizaciones, la experiencia previa con estos principios, la calidad del liderazgo y de la gerencia pública, y la calidad de la instrumentación de estos principios.

3. DIVERSIFICACIÓN ORGANIZACIONAL

Las formas organizacionales que adoptan los Estados para el ejercicio de sus funciones son diversas, tal se ha mencionado previamente en este trabajo. Por lo pronto, debe partirse desde lo que son las formas primigenias de organización estatal, que giran alrededor del establecimiento de un núcleo central, o de la centralización de las acciones. En ese sentido, la centralidad puede ser política, en términos de la concentración de competencias en el más alto de las jurisdicciones políticas territoriales, como es el Estado-Nación, y puede ser administrativa, al interior de cada jurisdicción, donde las funciones están en la representación más elevada de los organismos administrativos del Estado como los ministerios, los cuales son desgajamientos sectoriales de las competencias que le corresponden al más alto nivel del poder ejecutivo. Estos ministerios no tienen personería jurídica propia y sólo tienen delegadas competencias en nombre del Estado y su máximo representante. Sobre todo, se aludirá a esta centralización administrativa.

La centralización administrativa corresponde de manera más directa al modelo de administración burocrática de Weber (1964). En

su clásica definición de la dominación legal, Weber identifica algunas categorías básicas como: a) el ejercicio de la dominación se hace sujeto a la ley y dentro de una competencia (deberes, poderes: autoridad), b) el ejercicio impersonal de la autoridad, c) la difusión de la jerarquía administrativa como mecanismo de comunicación y coordinación, d) el ejercicio de la autoridad en base a reglas pre-establecidas y e) la no apropiación de cargos y separación público-privada. Lo que se conoce como el paradigma weberiano de gestión pública se asienta en esas categorías de dominación legal y despliega sus propios principios de gestión:

- La apelación a la jerarquía.
- La formalización de los procesos y el seguimiento de reglas.
- El ejercicio impersonal de la autoridad.
- El despliegue de una mayor especialización, con competencias ejercidas según normas pre-establecidas.
- El acceso por mérito a la administración pública.
- La autonomía de la administración respecto de la política.
- La tendencia a la actuación estatal monopólica.

La construcción de los Estados modernos y sus burocracias a partir de estos principios dio lugar a estructuras ministeriales cada vez más extensas (“maquinales”, según la expresión de Henry Mintzberg), con una multiplicidad de dependencias jerárquicamente inferiores, con competencias asignadas, pero sin personería propia, actuando siempre en nombre del Estado. Desde un comienzo entonces, tenemos estructuras burocráticas piramidales, donde las reparticiones llevan, por ejemplo, los nombres de Ministerio, Secretaría, Subsecretaría, Dirección, Departamento o División, listados de manera jerárquicamente descendiente.

Respecto de la jerarquía, se trata de una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción. La primera característica de la jerarquía es que se trata de una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo y no entre distintos *sujetos* administrativos; se distingue así pues el poder jerárquico del control administrativo (también llamado “tutela administrativa”),

en que este último se da entre *sujetos* de la administración, mientras que aquél se da entre órganos de un mismo sujeto. De este modo el poder jerárquico funciona cuando hay *centralización, desconcentración o delegación* y el control administrativo únicamente cuando existe *descentralización*. La centralización administrativa (y política) puede implicar también la revocación de competencias administrativas de entes autárquicos y descentralizados, o la revocación de competencias de entes políticos territoriales (Provincias, Municipios).

Con el correr de los años y la asunción de nuevas funciones regulatorias, económicas o sociales por parte del Estado, creció la necesidad de crear organizaciones con niveles mayores de autonomía operativa e institucional, con el propósito de hacer más eficaz o eficiente la intervención del Estado (por ejemplo, en operaciones económicas en las que se operara de manera frecuente con empresas privadas, o en actividades de regulación, que requieren de cierta autonomía y profesionalización respecto de las autoridades políticas). En ese sentido, la *descentralización administrativa* aparece cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente.

Existe una diversidad de organismos con niveles de autonomía formalmente establecidos (aunque no siempre, realmente ejercidos). Por lo pronto, se encuentran los que comúnmente se denominan entes descentralizados y autárquicos, para el ejercicio de funciones principalmente administrativas. Según Gordillo (2013), estos entes tienen las siguientes características en nuestro ordenamiento legal:

a) *Tienen personalidad jurídica propia*, esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.

b) *Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos*, o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o por fin, los han recibido en el momento de su creación, aunque después se manejen exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.

c) *Su patrimonio es estatal*, o dicho de otra manera, estas entidades son de “propiedad” del Estado, en el sentido de que el Estado

central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como propios. Si bien, pues, el ente aparece formalmente como el “propietario” de sus propios bienes, en rigor de verdad, por la razón preindicada, resulta serlo el Estado general. Esta es, al mismo tiempo, la nota distintiva entre las entidades estatales y no estatales; en las últimas, como es obvio, el Estado no puede disponer de los fondos como le plazca en caso de disolución, sino que ellos deben reintegrarse a sus respectivos propietarios.

d) Tienen facultad de administrarse a sí mismos. Es la competencia para resolver sus problemas, sin recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos. Con todo, hay una permanente oscilación entre la tendencia legislativa a liberarlas de los controles de la administración central y la inclinación del P. E. a someterlas a sus “controles de legalidad.”

e) Son creados por el Estado. Se ha discutido si podían ser creadas por decreto, pero la ley de contabilidad ya establecía que debían serlo por ley *excepto las empresas del Estado* que por autorización legal expresa podían ser creadas por decreto. No obstante ello, una gran cantidad de entes de estas características han sido creados por decreto.

Por otro lado, para el ejercicio de funciones comerciales o industriales, se estipularon en nuestro ordenamiento legal, otras figuras como las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, las Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria y una variedad de dispositivos de gestión público-privada, como los Entes Públicos No Estatales. Estas variedades empresariales incluyen los mismos rasgos que los mencionados para los entes descentralizados y autárquicos, a los que se agregan otras facultades como la de operar en el marco del derecho privado (y no sólo público). A continuación, en el cuadro 1, se presenta la clasificación de Entidades Públicas propuesta por Agustín Gordillo (2013):

Cuadro 1: Entidades públicas

Entidades Públicas		
Estatales	Administrativas	Con competencia general
		Con competencia especial
		Autoridades administrativas independientes
		Corporaciones Regionales
	Comerciales e Industriales	Empresas del Estado
		Sociedades del Estado
No Estatales	Con participación estatal	Sociedad de Economía Mixta
		Sociedad comercial con participación estatal mayoritaria
		Asociaciones dirigidas
		Entes reguladores no estatales
		Fundaciones o Asociaciones Civiles con participación estatal
	Sin participación estatal	Corporaciones públicas
		Fundaciones o instituciones públicas no estatales

Fuente: Elaboración propia en base a Gordillo (2013)

En el Cuadro 2 a continuación, se amplía la caracterización de los principales tipos de entes descentralizados y empresas en el ordenamiento legal argentino.

Cuadro 2: Características de entidades públicas

Dimensiones	Administración Central	Ente Descentrado y/o Independiente	Empresa del Estado <i>(figura en desuso)</i>	Sociedad del Estado	Sociedad de Economía Mixta <i>(figura en desuso)</i>	Sociedad Anónima con part. estatal mayoritaria	Ente público No Estatal con particip. estatal	Fundación o Asociación civil con particip. estatal
Normativa	CN, Ley de Proced Adm	CN, CN Art. 42 Ley de Proced Adm Leyes específicas;	Leyes 13.653 14.380 15.023	Ley 20.705	Decreto-ley 15.349/46. Ratific por Ley 12.962	Decreto-ley 19.550/72 y modif. Art. 308	Leyes específicas	Leyes o Decretos específicos
Integración estatutaria/ socios	Estado	Estado; Usuarios (org de control)	Estado; Entes estatales	Socios Entes estatales. Admite la posib. de un solo socio	Pluralidad de socios, con privado Socio estatal estatuido	Pluralidad de socios, con privado Socio estatal no estatuido pero 51% o más de acci	Pluralidad de socios. Socio estatal estatuido	Pluralidad de socios. Socio estatal estatuido

Régimen jurídico	Público	Público	Mayor prepond D Público	Mayor prepond D Privado	Mayor prepond D Privado	Mayor prepond D Privado	Mayor prepond D Privado	Mayor prepond D Privado
Actividad	Administrat Servic Púb	Administrat Servic Púb	Comercial o industrial	Comercial o industrial	Comercial o industrial	Comercial o industrial	Comercial o industrial	Administ Serv Sociales Comercial
Ejemplos	Ministerios Secretarías Subsecretarías Direcciones con funciones delegadas	ANSV ANAC RENAPER DNV DNMig INSSJyP ANSES AFIP INAES INTI INTA	Ex AyE Ex YPF Ex FA	Casa de Moneda SOF ADIF Educ.Ar AGP FA EANA	Ex SOMISA Ex Banco Mendoza Agencias mixtas de Córdoba	BCYL SA YPF SA AA SA Austral SA NA SA ENAR SA YCRT Dioxitek ARSAT Corredores Viales SA	COVIAR Fondo Vitiv IPC IRAM INYM ENAPRO Consorcios Portuarios Obras Sociales	ProMend IDR IDC IDITS ExportAr

Fuente: elaboración propia

4. REFORMAS ADMINISTRATIVAS, DIVERSIDAD ORGANIZACIONAL Y COMPLEJIDAD

El paradigma burocrático de la gestión pública recibió significativas críticas desde los años 80s, en un contexto caracterizado por la impugnación de la centralidad y la unilateralidad del Estado y de la política doméstica en el ordenamiento de las sociedades modernas. En particular, y a los efectos de este trabajo, dos corrientes de pensamiento y reforma tuvieron efectos importantes sobre la organización estatal. Por un lado, lo que se llamó la Nueva Gestión Pública (NGP, *New Publica Management*), y por el otro, las Teorías sobre la Gobernanza.

La NGP representó uno de los esfuerzos intelectuales recientes más importantes en la conceptualización y operativización del desempeño gubernamental, y desde fines de los años 70, pero especialmente durante los años 80 y 90, intentó comprender las características del buen gobierno y los factores que lo afectan. Este movimiento y sus variantes encuentra una inspiración gravitante en el libro de Peters y Waterman, *In Search of Excellence* (1984[1982]) e incluyó textos emblemáticos como *La Reinención del Gobierno*, (Osborne y Gaebler, 1994), que le dio fundamentos a la posterior cruzada liderada por el vicepresidente norteamericano Al Gore en favor de un gobierno que se desempeñe mejor (National Performance Review, 1993).

Los trabajos de la NGP estructuran una teoría explicativa del buen y mal gobierno, así como de las variables que inciden en este resultado. Para los autores la relación parece ser simple y hasta evidente por sí misma: el paradigma de estructuración administrativa burocrática (de corte weberiano) promueve un mal desempeño gubernamental. La cristalización jerárquica, la excesiva formalización de las burocracias, la inflexibilidad y los monopolios, son los factores que inciden negativamente sobre las operaciones del gobierno². El reemplazo de este paradigma debe hacerse siguiendo el paradigma del gobierno emprendedor o empresarial (*entrepreneurial government*) cuyas características son ampliamente desarrolladas de manera casuística y atórica: promoción

² Argumentos coincidentes con los de Osborne y Gaebler se encuentran en el informe de la National Performance Review (1993), también conocido como el Informe Gore, en Barzelay (1992) y en Barzelay y Armajani (1999).

de la competencia entre prestadores, descentralización de la actividad pública, empoderamiento de ciudadanos, medición de resultados, inspiración en el cliente, dirección por objetivos, y otras tantas.

La NGP se convirtió en una referencia para la adopción de reformas administrativas en todo el mundo, con mayor o menor efecto según las regiones. En América Latina, su influencia, si bien parcial, tuvo mayor presencia a partir de la segunda mitad de la década de los años 90. Algunas de las principales recomendaciones fueron las siguientes:

- Debe “dejarse a los administradores, administrar”, lo cual conlleva una mayor libertad a los ejecutores de políticas para que apelen a criterios más flexibles y para que puedan adaptarse a las condiciones cambiantes del ambiente de gestión.
- El gobierno debe concentrarse mucho más en los resultados de su gestión: apelando a medidas de desempeño y de calidad. Puede traducirse también en la introducción del principio de pago por parte de los usuarios.
- El gobierno debe atender las demandas de los ciudadanos y el valor que los mismos desean para la prestación de los servicios públicos.
- El gobierno debe descentralizar su gestión, crear instancias más próximas a la emergencia de los problemas, separar la prestación del financiamiento y desligarse de la prestación directa de los servicios para cumplir un rol de orientador. En términos generales, deben separarse las funciones estratégicas y ser asignadas a distintas organizaciones, en un proceso que también se llamó *agencialización*.

Con respecto a la creación de agencias descentralizadas, como se mencionó en el apartado anterior, el proceso antecede la NGP, pero se vio potenciado por esta última (Bertranou, 2013). Esta tendencia ha sido analizada de manera general y a través de las distintas trayectorias experimentadas por los países en trabajos como el de Pollitt y Bouckaert (2004), y responde a un momento determinado en los sucesivos ciclos de desburocratización y re-burocratización que se han suscitado por las administraciones públicas en el mundo (Olsen, 2008).

Como recuerda Peters (2011), la creación de agencias autónomas ha sido considerada como un medio para separar parcialmente la gestión de

las políticas públicas de la dinámica política, para que esta gestión se desarrolle de manera más profesional y especializada. La conjunción de una mayor autonomía respecto de la actividad política y de una mayor estabilidad programática por un lado, y de una mayor especialización en el ejercicio de sus funciones, por el otro, ha sido considerada como un medio para poder acrecentar los mecanismos de rendición de cuentas del sector público, permitiendo una mejor medición de los costos y de los resultados de la gestión pública.³ Las ventajas potenciales de estas agencias se extienden también al ámbito de las flexibilidades administrativas, financieras y de manejo de personas que se derivan de un marco institucional autónomo, flexibilidades que han constituido uno de los *leitmotivs* centrales de las reformas inspiradas en la NGP (Osborne y Gaebler, 1994).

El énfasis puesto por la NGP en la delegación, la desagregación y la tercerización al sector privado, llevó a que funciones tradicionalmente cumplidas por organizaciones burocráticas centralizadas se transfirieran a una gama de organizaciones cuasi autónomas y monofuncionales. El proceso de creación de estas agencias estuvo caracterizado por distintos estilos administrativos, advirtiéndose que estos estilos están estrechamente vinculados a las características de los sectores de política pública (Van Thiel, 2006). Cada área de política pública tiene una serie de particularidades derivadas de su historia, de la naturaleza de los bienes y servicios que se proveen y de los actores que allí intervienen, lo cual da pie a diferentes estilos de creación de agencias autónomas. Los tipos de agencias creadas también son el resultado de tradiciones y de complejos procesos históricos y culturales, más que explicaciones de coyuntura política (Yesilkagit y Christensen, 2009).

El proceso de creación de agencias autónomas en los países centrales despertó una serie de críticas. Por un lado, el proceso de creación de estas *'single-purpose organizations'* (organizaciones de un solo propósito) produjo lo que algunos autores denominan la *'siloización'* o *'pilarización'* del sector público (Christensen y Laegreid, 2007, p. 541),

³ Peters (2011, p. 9) recuerda también que la concepción de que la desagregación de las funciones públicas en múltiples organizaciones evita las ineficiencias y la asimetría de información de las macro organizaciones multipropósito, proviene de Niskanen (1971).

idea que significa que la miríada de organizaciones especializadas debió producir 'demasiada segmentación, autoridades centradas en sí mismas, y falta de cooperación y coordinación, y por tanto, se entorpeció la efectividad y eficiencia' (p. 542). Por otro lado, el desarrollo de algunas de estas agencias ha planteado serios desafíos al principio de rendición de cuentas democrático o accountability (Christensen y Laegreid, 2007; Peters, 2011). Adicionalmente, se han suscitado otros problemas de rendición de cuentas atribuidas a los líderes políticos. Éstos siguen siendo responsables ante la ciudadanía por la conducción de los asuntos públicos, pero simultáneamente, han visto perder liderazgo político y control sobre ciertas organizaciones autónomas. Se ha dado la paradoja de que los políticos han buscado evitar culpabilidades creando agencias, pero en el desarrollo de las mismas, son inculcados por sus eventuales errores (Christensen y Laegreid, 2007). Finalmente, estos factores en muchos casos han impedido una actuación coordinada y políticamente responsable del sector público, bajo la conducción de autoridades democráticamente elegidas. Una legitimidad basada en la profesionalización y la especialización de funciones en muchos casos ha planteado restricciones a una legitimidad basada en el origen democrático de los líderes.

Estas restricciones derivadas de la estrategia de creación de agencias autónomas han provocado la emergencia de iniciativas post-NGP como la de '*joined-up government*' (Gobierno Unificado) en el Reino Unido, o el '*whole-of-government approach*' (Enfoque de Totalidad del Gobierno), con las cuales los países centrales han buscado minimizar los problemas de la fragmentación, mientras buscaban usufructuar de las ventajas de la autonomía y la especialización (Christensen y Laegreid, 2007). Actualmente, la combinación de reformas tipo NGP y post-NGP ha incrementado la complejidad de las organizaciones públicas, las cuales deben enfrentar por otro lado, un incremento marcado en la complejidad de los problemas a abordar. Esta creciente complejidad se ve reflejada en la adopción simultánea de principios contrapuestos de organización de agencias, lo cual produce modelos híbridos y adaptados de organización que desechan los formatos del tipo *one-size-fits-all* (mismo modelo para todos).

En América Latina, la creación de agencias autónomas también formó parte del universo de estrategias de reforma del estado

implementadas a partir de los años 90. Al igual que en el norte, estas agencias, de muy diversa factura, también existen desde mucho tiempo atrás en la región, pero su cantidad se vio acrecentada en los últimos 20 años. No es este el espacio para una caracterización completa de las uniformidades y variedades del proceso de creación de estas agencias en la región o en la Argentina.⁴ La creación de agencias obedeció tanto a un clima de época en materia de reforma del estado, como a factores endógenos, que definieron formatos y trayectorias en función de requerimientos propios. En la creación de estas agencias u OD entraron a tallar diferentes motivaciones:

a) La necesidad de desprenderse de unidades gubernamentales en un proceso de reducción del tamaño del estado.

b) La necesidad de agilizar y hacer más eficiente la gestión pública, sustrayendo algunas actividades "... de la compleja maraña burocrática en la que se ve involucrada la mayor parte de la administración central" (Oszlak, 2001, p. 9).

c) La pretensión de fortalecer la especialización de la intervención pública y mejorar su profesionalidad, capacidad y desempeño.

d) La necesidad de incorporar a distintos intereses sectoriales y regionales en la gestión de asuntos públicos, y entre ellos, al sector privado.

e) La posibilidad de administrar con mayor autonomía recursos de asignación específica.

f) La necesidad de mostrar a la opinión pública que un asunto está en la agenda de gobierno.⁷

Como advierte Oszlak (2001, p. 9), "la fórmula *automaticidad de ingresos + discrecionalidad en su aplicación*, resultó históricamente demasiado atractiva como para optar por otro arreglo institucional". En los hechos, medidas legales y reglamentarias emitidas por la instancia central para controlar el uso de los fondos, así como la escasa autonomía

⁴ Si bien no hay estudios completos en la Argentina, el trabajo de Alessandro y Gilio (2010) analiza cerca de 80 agencias autónomas estableciendo diferencias en función del origen ejecutivo o legislativo de su creación. El estudio de Oszlak (2001) menciona más de 70 OD, "... sin contar empresas públicas (casi todas privatizadas o eliminadas), universidades nacionales, bancos oficiales" (p. 2).

política de los funcionarios y funcionarias de estas agencias, ha limitado los alcances de la autonomía institucional y funcional. La mayoría de estas agencias u OD son 'híbridos institucionales' (Oszlak, 2001).

Los casos de agencias creadas en la Argentina (y posiblemente en la Región), no responden necesariamente a los motivos que centralmente caracterizaron el proceso de *agencialización* en el norte. El proceso en los países centrales tuvo un condimento principal en el logro de autonomía de las autoridades políticas. En el caso argentino, si bien este aspecto estuvo presente en pocos casos, los rasgos más salientes están vinculados a la idea de autonomía de los procesos administrativos centrales y a la de la búsqueda de cierta densidad profesional, esto más allá de su efectivización posterior.

En paralelo a este proceso, las Teorías de la Gobernanza han aportado un matiz especial a los procesos de reforma administrativa y en particular, al proceso de diversificación organizacional. El término gobernanza ha sido utilizado de formas prescriptivas y valorativas (gobernanza como 'buen gobierno'), así como de una manera descriptiva (Mayntz, 2002). Considerando esta última, que es la que interesa para este trabajo, la gobernanza ha aludido de manera genérica a la forma de gobierno (dirección) de una sociedad determinada, o de manera más específica, a las formas de gobierno que incluyen la participación de actores no estatales en la dirección de la sociedad. En este trabajo, se adopta la primera de estas perspectivas descriptivas, a tono con los textos de Pierre y Peters (2000, 2007). Gobernanza entonces se refiere *a la forma y al proceso a través de la cual una comunidad determinada se da una direccionalidad y un sentido, y a la capacidad que la misma tiene de alcanzar los objetivos formulados*. Se trata de la forma en la que se toman decisiones colectivas y que afectan a todos, y de la forma en la que se coordinan las acciones de todos los ciudadanos, organizaciones, empresas y gobiernos. Esta definición no dice nada sustantivamente acerca de los fines de las sociedades, sino que busca describir las modalidades de articulación social para la definición y el logro de objetivos comunes (Bertranou, 2009).

Para Pierre y Peters (2007), las modalidades de gobernanza de una sociedad van desde lo que llaman el modelo *Étatiste*, a saber, un modelo de gobernanza donde el Gobierno (en ejercicio de las organizaciones

estatales) es el único agente de da sentido y orientación a una sociedad, hasta distintas combinaciones de participación de organismos no estatales en la gestión de asuntos públicos. Esta gobernanza de los asuntos públicos puede abarcar todos los asuntos del Estado, así como puede referirse a áreas específicas de política pública (o sectores). La gobernanza de áreas o sectores (o servicios) específicos puede incluir diversas formas de articulación público-privada, además de prever un abordaje exclusivamente estatal (aunque sea multigubernamental). Elinor Ostrom, única mujer recipiente del Premio Nobel de Economía, identificó centenares de formas de gobernanza de los recursos comunes, que incluían variadas formas de articulación público-privada. Justificó esta riqueza institucional adaptada a distintas situaciones locales y la esgrimió en su batalla contra lo que denominada el 'monotocultivo institucional' (*institutional monocropping*).

Además de arreglos multiorganizacionales público-privados, también se despliegan en estas nuevas formas de gobernanza, organizaciones que tienen en sí mismas una composición público-privada. Quien analiza la creación de estas agencias en América Latina, de acuerdo a una caracterización de funciones estatales, es Luiz Bresser Pereira (1999). El autor comienza por diferenciar los tipos de actividad estatal: las actividades exclusivas, los servicios sociales y científicos no exclusivos o competitivos, y la producción de bienes y servicios para el mercado. Paralelamente distingue entre actividades principales (*core activities*) y actividades auxiliares o de apoyo. Las actividades exclusivas son las que hacen indefectiblemente a la existencia de un Estado, por ejemplo, definir las leyes, impartir el orden, asegurar la justicia, defender el país, recaudar impuestos, garantizar servicios sociales básicos y acuñar moneda. La producción de bienes y servicios para el mercado, salvo lo vinculado con aspectos estratégicos como la energía o ciertos recursos naturales, donde el estado controla estas actividades por razones más prácticas que ideológicas, debería estar para Bresser en manos del sector privado. Entre estos dos extremos se despliega lo que Bresser llama servicios sociales y científicos no exclusivos, en los que incluye las escuelas, las universidades, los centros de investigación científica y tecnológica, las guarderías, los ambulatorios, los hospitales, entidades de asistencia a indigentes y organismos de producción cultural, entre otros. Para Bresser:

Si su financiamiento, en grandes proporciones, es una actividad exclusiva del estado – sería difícil garantizar la educación básica gratuita o la salud gratuita en forma universal, contando sólo con la caridad pública – su ejecución definitivamente no lo es. Por el contrario, estas son actividades competitivas, que pueden ser controladas no sólo a través de la administración pública gerencial, sino también y principalmente a través del control social y de la confirmación de cuasi-mercados. En estos términos, no hay razón para que estas actividades permanezcan dentro del estado y se constituyan en un monopolio estatal. Pero tampoco se justifica que sean privadas - o sea, orientadas hacia el lucro y el consumo privado – ya que son con frecuencia actividades fuertemente subsidiadas por el estado, y cuentan con donaciones voluntarias de la sociedad (pág. 103)

Para Bresser, la reforma del estado en este campo no implica la privatización sino la publicización, lo que significa la transferencia de funciones al sector público no estatal. En este sentido, además de la propiedad estatal y la privada, existen al menos dos formas adicionales de propiedad: la pública no estatal, y la cooperativa. Bresser llama Organizaciones Sociales (OS), a los organismos de gestión pública no estatal que llevarán adelante estas funciones de desarrollo social y científico. En un tratamiento más detallado de estas OS, afirma:

[estas] nuevas entidades públicas, pero de derecho privado, podrán celebrar un contrato de gestión con el respectivo ministerio supervisor, y tendrán derecho a participar del presupuesto del estado (pág. 243).....[Los requisitos necesarios] tienen que ver principalmente con la composición del Consejo de Administración de la organización (con participación del estado y de la sociedad) y la confirmación en estatutos de sus atributos de fundación o asociación civil sin fines de lucro (Nota 141, pág. 243).

Existen en nuestro mapa institucional una variedad significativa de agencias mixtas público-privadas, tanto en el nivel nacional como provincial (ver Cuadro 2). Se trata de organizaciones que comparten los criterios de autonomía, personería jurídica propia y autarquía, pero que, además, está dirigidas por actores tanto estatales como no estatales, y de forma generalmente estatuida, para el abordaje de problemas de orden público, en los que las autoridades estiman que esta asociación puede mejorar el desempeño de las políticas sin necesariamente

perjudicar al resto de la comunidad. En un trabajo anterior (Bertranou, 2011) se describen algunos casos de la provincia de Mendoza, poniendo también en evidencia las tensiones que se presentan en términos de la definición del bien público a lograr y la actuación de las autoridades públicas (al interior de la organización y fuera de ella) para garantizar los intereses generales.⁵

En el nivel nacional, son agencias de este tipo: la Corporación Vitivinícola Argentina (COVIAR), ente público no estatal creado por Ley 25.894, para la implementación del Plan Estratégico Vitivinícola; el IRAM (Instituto Argentino de Normalización y Certificación), asociación civil creada para promover el dictado de normas técnicas de uso obligatorio e integrada por diversos entes estatales, así como no estatales; y el Instituto de Promoción de la Carne Vacuna, Ley 25.507, ente público no estatal creado para promover el aumento del consumo local de carne vacuna y el fomento de las exportaciones cárnicas; entre otras organizaciones.

En suma, en los últimos 25 años se incrementó la cantidad de agencias descentralizadas y empresas públicas haciendo que los sectores de política pública su hicieran más complejos organizacionalmente para su gestión.

5. EFECTOS DE LA DIVERSIDAD EN LA ORGANIZACIÓN Y LA COHERENCIA DE LA ACCIÓN DE GOBIERNO

La diversificación organizacional parece ser un proceso irreversible: la ampliación de las responsabilidades estatales y la creciente interdependencia y complejidad social, necesitan de organismos públicos con niveles altos de calidad institucional, en términos de saberes especializados, habilidades humanas y disponibilidad de tecnologías. La calidad institucional de las organizaciones públicas estará asociada, en parte, a una mayor profesionalización y autonomía en su accionar.

⁵ En los casos de Mendoza, el Tribunal de Cuentas demandó intervenir en la revisión de la ejecución presupuestaria de estas agencias público-privadas, no sólo porque hay recursos públicos involucrados, sino fines públicos. Desde ya, la Legislatura aprueba anualmente la cuota parte que le corresponde a la agencia del presupuesto provincial.

En ese sentido, la creación o consolidación de agencias y empresas públicas es un proceso que llegó hace un tiempo, y se quedará por otro largo lapso.

La existencia de una multiplicidad de organismos estatales, tanto centralizados como descentralizados, e incluso, de distintos niveles de gobierno, actuando sobre los mismos campos de política pública, no es sinónimo de desorden o desorganización. Sin embargo, es conveniente reconocer que más allá de sus ventajas, la variedad de actores tiene la potencialidad de afectar negativamente la acción conjunta organizacional y la coherencia en la acción de gobierno. Además de lo mencionado en el trabajo de Christensen y Laegreid (2007), otros estudios también advierten sobre este riesgo, aunque parten de una posición menos favorable a la proliferación de agencias descentralizadas (Cao y Rey, 2020).

En algunos trabajos previos se ha analizado el funcionamiento de áreas de política pública que contienen una variedad de reparticiones, agencias y empresas, además de la propia dimensión multinivel. En Bertranou y Serafinoff (2019) se estudian en detalle todas las organizaciones, sus funciones y sus responsabilidades, en todo el sector transporte del nivel nacional. El análisis organizacional muestra una acción conjunta poco eficaz y eficiente, con funciones que no se cumplen o se cumplen de manera imperfecta, así como amplios espacios de cumplimiento solapado de funciones, con organismos en franca competencia mutua.

En un análisis sobre el sector ferroviario (Bertranou, 2019), se propone el concepto de *organización estatal* como atributo para caracterizar el funcionamiento institucional de sectores de política pública. Que haya un alto grado de *organización estatal* en un sector de política pública significa que existe un modelo de gobierno de ese sector, en el que el Estado a través de sus distintas agencias, asume de manera efectiva roles de orientación, dirección, coherencia, regulación, operación o producción, normalización, coordinación, control y rendición, *aunque no sea el protagonista unilateral del proceso*. *Organización estatal* es un concepto que remite a un *atributo variable de la estatalidad en un sector de política pública, que describe el modo en el que los entes estatales involucrados coordinan sus intervenciones en un marco de objetivos, normas y procesos explícitos*

y reconocidos, con el objeto de dar cuenta de todas las funciones requeridas en la adecuada provisión de un bien o un servicio. En relación con las funciones requeridas, la alusión es a la multiplicidad de actividades necesarias para que un servicio o un bien se produzcan. Estas actividades son al menos, las siguientes: gobierno y dirección, problematización, planificación, diseño de orientaciones de política, regulación, normalización, operación, producción o prestación de servicios, control, homologación y certificación, información e investigación, y seguimiento y evaluación.

El concepto de *organización estatal*, como atributo, es variable y asume distintos registros. La variación del registro de *organización* puede ir desde un nivel alto a un nivel bajo, nivel éste último que podría definirse como de *desorganización estatal*. Que un conglomerado de entes intervinientes en una política pública se encuentren en una situación de *desorganización*, implica que existen dificultades o tensiones en el plano de la coordinación de estos entes, o en las normas que rigen el servicio, o en el acceso a los suministros necesarios, o en el plano de los actores y sus roles, o en un marco de funciones deficientemente ejercidas, o en el ejercicio de la autoridad pública (o decididamente, en muchos o todos estos planos al mismo tiempo).

Cuatro son los planos que dan cuenta de la *organización* como atributo de un sector y que muestran interdependencias de distinta naturaleza:

- *Bienes y Recursos*: este plano involucra las normas y procesos para el acceso y disponibilidad de los bienes materiales y financieros que son necesarios para la implementación del servicio público, así como las dotaciones mismas de estos recursos.
- *Información y Conocimiento*: este plano involucra las normas, procesos y prácticas que hacen a la producción y transmisión de conocimientos técnicos vinculados a la producción de la política pública. Este plano se asienta en las modalidades de especialización funcional y de intercambio entre las distintas especialidades. Involucra el conocimiento tanto individual como organizacional, la distribución de competencias y los mecanismos de articulación de los saberes.

- *Gobierno y Autoridad*: este plano destaca la relevancia del ejercicio de la autoridad y del gobierno dentro de cada entramado de organizaciones ligadas a un servicio público, a la hora de la toma de decisiones ordenadas hacia objetivos, hacia la aplicación de premios y castigos, y hacia la dotación de coherencia estructural y funcional.
- *Relación con el exterior*: existe un plano de relaciones entre los organismos del sector de política pública en cuestión y actores externos, entre los cuales encontramos a destinatarios/usuarios, organizaciones sociales, empresas de aprovisionamiento, sindicatos y otros organismos de otros sectores, y en las que existen normas, procesos y prácticas que estabilizan las interdependencias y generan insumos de todo tipo (poder, recursos, legitimidad) para la redefinición estratégica del servicio público.

El análisis de estos planos de interdependencias constitutivas de la *organización estatal* se basa en el relevamiento de información sobre siete grupos de observables de las interdependencias en la actividad del Estado: a) los actores, b) las normas (regulaciones, normas técnicas), c) los insumos (financiamiento, personas, materiales, infraestructuras), d) las funciones y los sistemas de gestión, e) las estructuras, f) los conocimientos y saberes y g) las tecnologías.

Para completar la definición del concepto y la identificación de los planos y de sus observables, en el Cuadro 3 se exhiben los posibles registros de los observables de la *organización estatal* que construyen los tipos ideales de *organización alta, media o baja (desorganización)*. Con la anticipada estimación de los registros que caracterizan estos distintos niveles de Organización, se facilita la evaluación de los sectores de política pública. La elaboración de los registros es tentativa y debe ser luego validada en el análisis de los casos.

Cuadro 3 Registros esperables de observables según niveles de Organización

Plano	Organización Estatal Baja (Desorganización)	Organización Estatal Media	Organización Estatal Alta
Bienes y Recursos	<p>Financiamiento insuficiente crónico y volátil.</p> <p>Infraestructura y equipamiento insuficiente o degradado.</p> <p>Personal insuficiente o sin el perfil requerido.</p>	<p>Financiamiento intermitente o con limitaciones en especial en capital.</p> <p>Infraestructura con problemas de mantenimiento.</p> <p>Equipamiento débil.</p> <p>Personal con debilidades en determinadas áreas.</p>	<p>Financiamiento suficiente (corriente y de capital).</p> <p>Infraestructura en buen estado general y con mantenimiento.</p> <p>Equipamiento suficiente.</p> <p>Personal con capacidades.</p>
Información y Conocimiento	<p>Debilidad de sistemas de información.</p> <p>Conocimientos insuficientes.</p> <p>Saberes fragmentados.</p> <p>Normas técnicas ausentes o incumplidas.</p> <p>Funciones incompletas o no reconocidas.</p> <p>Fragmentación tecnológica.</p>	<p>Sistemas de información heterogéneos.</p> <p>Capacidades técnicas no uniformes y con alguna desintegración.</p> <p>Normas con aplicación dispar.</p> <p>Funciones vacantes o superpuestas.</p> <p>Integración tecnológica dispar.</p>	<p>Sistemas de información adecuados.</p> <p>Capacidades técnicas en procesos de aprendizaje continuo.</p> <p>Normas completas con alto grado de cumplimiento.</p> <p>Coherencia funcional.</p> <p>Integración tecnológica.</p>

Gobierno y Autoridad	Ausencia de gobierno coherente. Ausencia de planificación. Jerarquía organizacional debilitada.	Gobierno parcial del sector. Planificación de acatamiento parcial. Jerarquía en pugna en algunas organizaciones o sectores.	Gobierno coherente y completo, con adecuada coordinación. Planificación como base de las decisiones. Jerarquía organizacional legitimada.
Relación con el exterior	Debilidad de lazos sistemáticos con el exterior. Cooptación/Captura.	Lazos dispares e intermitentes con el exterior. Sectores con alguna penetración no estatal.	Adecuados flujos de información con el exterior, abiertos a la retroalimentación. Autonomía estatal 'enraizada'.

Fuente: Elaboración propia.

El caso ferroviario que aparece como caso de análisis (Bertranou, 2019), da cuenta del grado de *desorganización* que existe en este sector, debido a distintos factores tecnológicos, organizacionales, disciplinarios, normativos y presupuestarios. Uno de los factores claves que explican esta desorganización es lo que ya se menciona en el trabajo sobre el sector transporte en su totalidad: la competencia funcional entre múltiples organizaciones, la incongruencia funcional, la falta de cooperación interorganizacional e incluso, la disputa sobre la legitimidad de alguna agencia particular por parte de otra.

Un ejemplo de esta disputa se analiza en Bertranou (2020). La Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), organismo nacional de fiscalización del transporte terrestre de jurisdicción nacional, vela por el cumplimiento de las normas de seguridad y calidad de servicios de una diversidad de operadores privados, y desde 2013, de operadores ferroviarios estatales. El desempeño de la CNRT en este control y fiscalización de los operadores públicos ha sido fuertemente cuestionado por la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE), responsable de la operación de la mayoría de las líneas metropolitanas y algunas interurbanas. En un caso emblemático, SOFSE presentó un recurso de reconsideración (con alzada en subsidio) contra la Resolución 827/2017 de la CNRT. Mediante la mencionada resolución, la CNRT sancionó a la SOF con un llamado de atención por “suministro de información errónea a los usuarios...” y por “... incumplir las órdenes emitidas por esta Autoridad de Control...”, en el caso de uno de sus servicios regionales (Salta-Güemes). La respuesta del operador público fue el mencionado recurso de reconsideración en alzada tramitado el 31 de julio de 2017⁶.

Los argumentos de la Operadora son principalmente dos. Primero, que la CNRT no tiene la competencia para dictar una resolución como la mencionada, y que entonces, su proceder es inconstitucional, así como la norma que rige al organismo fiscalizador (Decreto 1661/2015). Segundo, porque “... por aplicación del principio de unidad de acción que debe guiar las relaciones interadministrativas, y de los deberes de coordinación y colaboración que se derivan de aquel, resulta contrario

⁶ Exp N° S02:66649/2017.

a la lógica y el buen sentido admitir que el Estado y sus entidades puedan aplicarse sanciones, máxime cuando la actividad de la Administración se encuentra siempre enderezada a la satisfacción del bien común” (Recurso de Reconsideración mencionado anteriormente). En defensa de este segundo argumento, afirma que “... las relaciones interadministrativas como la que vincula a esta Operadora con la CNRT....son de coordinación y colaboración, razón por la cual, en ellas se encuentran ausentes poderes jurídicos exorbitantes propios de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares....En estas relaciones intersubjetivas está ausente el régimen jurídico exorbitante propio de los actores del derecho administrativo, puesto que no cabe admitir en ese plano enfrentamientos entre entidades que tienen la posibilidad de ejercer prerrogativas de poder público....En ese sentido....en la esfera de las relaciones de naturaleza interadministrativa, no resulta procedente la aplicación de multas de carácter penal o administrativo” (Recurso de Reconsideración, nota 26). Muchos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación son citados en defensa de este argumento.⁷

Más allá de este último debate, lo que llama la atención en este conflicto extendido es el grado de desorganización del sistema ferroviario, cuando uno de los agentes más importantes impugna la función de otro de los agentes imprescindibles, sin que haya una intervención clara del Ministerio de Transporte para esclarecer los alcances de los roles de cada uno de los actores intervinientes (Bertranou, 2019).

⁷ PTN, 246:352 (...) Por lo demás, una elemental regla ‘de Derecho Procesal indica que “NO cabe concebir la existencia de un proceso contencioso con una sola parte...” (Palacio, Lino Enrique: “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, T” III, pág. 13), de donde cabe preguntarse si puede el Estado enfrentarse a sí mismo en un litigio judicial. La respuesta debe ser necesariamente negativa, dado que “Ciertamente, el Estado Nacional y aun la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional, teleológica y ética...” (Dictámenes: 19Qr103), siendo que “... la relación de identidad del Estado Nacional en las diversas formas que modernamente reviste para el cumplimiento de fines especiales ha sido declarada en diversos pronunciamientos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación...” (Dictámenes: 19Os187; v. Fallos: 252:375 y 273:111).

No hay lugar para una caracterización más general del funcionamiento de sectores en el Estado nacional. Basta con ofrecer algún ejemplo para sostener que, aún en un escenario organizacionalmente complejo y diversificado, es posible desarrollar coherencia y coordinación interinstitucional. El sector nuclear argentino es un ejemplo de ello.

6. ESTRATEGIAS PARA COMPATIBILIZAR LA DIVERSIDAD INSTITUCIONAL Y LA COOPERACIÓN Y LA COHERENCIA

Como se ha planteado hasta aquí, la diversidad organizacional en el Estado vino para quedarse. La creación de nuevas organizaciones y nuevos arreglos organizativos ha ofrecido ventajas y es necesario aprovechar las mismas: una mayor especialización funcional, con la consecuente posibilidad de tener un mayor impacto en las intervenciones; la posibilidad de integrar a distintos actores no estatales; la posibilidad de gestionar con mayor agilidad y adaptación a los cambios; entre otras posibles ventajas. Pero también se ha argumentado, en base a casos nacionales y a bibliografía que da cuenta de procesos en otras latitudes, que la diversidad y el crecimiento organizacional tienen la potencialidad de aportar tensiones a la hora de lograr una mayor cooperación, coherencia y coordinación de las acciones, lo que puede provocar que la acción pública pierda organización y eficacia.

La pregunta es entonces: ¿cómo abordar la variedad y diversidad organizacional y la complejidad resultante, para aprovechar las ventajas organizativas y mitigar los efectos negativos que este escenario acarrea? Existen respuestas y todas requieren de un liderazgo político claro que luego se plasme en nuevas reglas, prácticas y saberes compartidos por toda la Administración Pública.

El trabajo de Cao y Rey (2020) aborda en parte esta cuestión desde una perspectiva que llama *neoweberiana*, sin avanzar en recomendaciones muy precisas. Lo que se plantea en el trabajo es la necesidad de desarrollar una coordinación por “doctrina”, que implica que los que actúan en un campo de políticas internalicen y compartan fines y criterios de gestión, así como de “favorecer el apego a los lineamientos políticos que debe seguir el cuerpo administrativo” (p. 84).

Si bien el énfasis puesto en el fortalecimiento de la autoridad política es muy importante, así como el de consolidar una cultura organizacional de servicio, la realidad es que el proceso de diversificación organizacional seguirá creciendo y aun si no lo hiciera, los desafíos de cooperación y coordinación al interior del Estado son tan importantes, que incluyen también el accionar de organismos centralizados clásicos: ministerios, secretarías, direcciones, entre otros. El problema de la cooperación, de la coherencia y de la coordinación requieren no sólo de voluntad política (condición siempre invocada y no siempre valorada dentro del conjunto de condiciones necesarias suficientes), sino del desarrollo de instrumentos y de prácticas que circulen en todo el Estado.

Este trabajo propone una serie de lineamientos que contienen algunas acciones precisas. Todas estas acciones requieren claro está, de voluntad política, no sólo en sus comienzos, sino en su arduo proceso de implementación. Por lo pronto, esta voluntad política expresa la naturaleza política de este desafío de coherencia y coordinación, ya que deben relacionarse organizaciones estatales, con sus competencias y sus ámbitos de intervención, que expresan siempre porciones de poder político. Pero estas medidas también reconocen la importancia del ámbito profesional y tecnológico de actuación de la administración pública, que requiere de nuevas reglas, nuevas prácticas y nuevos mecanismos de circulación de saberes. En los próximos párrafos se explicitan estos lineamientos y acciones para fortalecer la coherencia y la coordinación.

Como primer ámbito de análisis y de abordaje, puede mencionarse todo lo relacionado con el reclutamiento de personal técnico, operativo, gerencial y político de la administración pública. Este proceso es muy complejo y diferenciado por categorías, y tiene una (inter)dependencia del valor del reclutamiento en las estrategias de acumulación y consolidación de poder político. Esta cuestión trasciende lo organizacional, pero tiene una incidencia directa. Y es, además, de muy difícil (re)solución. La ausencia de prácticas consolidadas de acceso meritocrático y de celebración de concursos es una de las facetas centrales. A esto se agregan las formas y contenidos del reclutamiento del personal superior político, que muestra, en general, la falta de reconocimiento de los requerimientos de conocimiento

técnico y habilidad gerencial para la ocupación de cargos. Y en las más altas esferas, la ausencia de espacios de interacción técnica dentro de los partidos (así como la propia ausencia de partidos consolidados), en donde se validen saberes y habilidades, hace que muchos funcionarios y funcionarias carezcan de conocimientos, y lo que es más grave aún, de la vocación de actuación conjunta en un marco de intervenciones estratégicas. Quedan privilegiadas actuaciones endogámicas y rendiciones de cuenta acotadas, que intentan fortalecer carreras políticas individuales, frente a actuaciones conjuntas, con metas estratégicas y comunes. Si no se aborda este proceso, las reformas organizacionales tendrán limitaciones.

Una segunda dimensión es de carácter legal y refiere a las funciones y competencias de los distintos organismos. Las leyes de ministerios y las normas de creación de los organismos descentralizados y empresas contienen disposiciones que frecuentemente ofrecen márgenes para la disputa 'territorial' entre agencias. Por ejemplo, la Ley 27.132 de los nuevos ferrocarriles le asigna a la nueva Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado la competencia de planificar la política ferroviaria, función que le compete al Ministerio de Transporte. Cabe aclarar, que la función de planificación, aunque sea sectorial, también ha sido asignada a otras agencias del sector ferroviario. En ese sentido, debe revisarse todo el sistema de funciones y competencias en una matriz integrada que permita establecer los roles integrados de cada uno de los actores, evitando solapamientos significativos, o áreas de vacancia funcional.

Un tercer aspecto de vital importancia para coherencia y organización del gobierno es el fortalecimiento de las áreas centrales de los ministerios, encargados de los sistemas de planificación, de información gerencial y estratégica, de control de gestión y de evaluación de las políticas. En muchos ministerios, y ante agencias descentralizadas y empresas fortalecidas por la prestación directa de servicios, se han debilitado las funciones de planificación, muy especialmente desde las reformas administrativas de los años 90. Salvo algunas excepciones, la planificación es una actividad casi ausente (o ejercida de manera formal, sin sustancia efectiva que reoriente las acciones de todo el gobierno). El ministerio con sus reparticiones centrales, como agente que dota de sentido y de coherencia a la acción gubernamental, es un

fenómeno que no se percibe a lo largo y a lo ancho del gobierno. Las actividades de evaluación son marginales y los sistemas de información son limitados y fragmentados, no sirviendo al proceso de toma de decisiones. Hay casos de debilitamiento central muy llamativos, como el Ministerio de Transporte, o el de Salud, o los encargados de políticas económicas. En estos ministerios, existen agencias descentralizadas o empresas con mucho mayor presupuesto y personal, por lo que terminan ejerciendo de hecho las potestades de dirección en sus ámbitos, sin que haya claros respaldos a las funciones ministeriales de orden central. Huelga mencionar el rol clave que, en términos interministeriales, debe jugar la Jefatura de Ministros de la Nación.

Ligado al punto anterior es posible detectar cierta demora en la resolución de conflictos administrativos por el abordaje de ciertos temas. El conflicto entre organizaciones por las funciones y competencias que ejercen está siempre latente, más aún, en el marco de nuevos problemas y desafíos que se generan en un mundo con alta interdependencia y complejidad. ese no es el problema. El problema es que una vez que este conflicto se activa, no se implementan las acciones necesarias para resolverlo, es decir, para decidir sobre qué organización es la que tiene que abordar un nuevo problema o desafíos y en qué condiciones de cooperación interorganizacional.

Un quinto lineamiento es el de establecer mecanismos de cooperación y coordinación por objetivos, especificando logros a alcanzar, diseñando los procedimientos de la acción conjunta y delimitando los roles de cada una de las organizaciones intervinientes. En el nivel nacional, y para asuntos interministeriales, la Jefatura de Ministros debe institucionalizar estos arreglos de coordinación, y asignar a algún funcionario o funcionaria el seguimiento de las acciones conjuntas. Lo que convoca en estos casos siempre es un asunto público, un problema público, que requiere de un abordaje multidisciplinario y, por ende, multiorganizacional. La respuesta institucional de coordinación debe dar respuesta a este reto formalizando el objetivo a cumplir, así como los aportes de cada organización y la secuencia de instrumentación.

Otro aspecto fundamental es el de especificar qué se espera de los organismos descentralizados y de las empresas públicas, y cuál debe ser el financiamiento público asociado. En el caso de las agencias descentralizadas que prestan servicios administrativos (registro,

regulación, fiscalización, entre otras), el financiamiento casi exclusivamente proviene del Tesoro (nacional o provincial). Esto no implica que estas agencias no deban explicitar sus metas institucionales y ojalá, dentro de un plan estratégico institucional. A diferencia de los Estados Unidos donde existe una ley para que todos los organismos públicos (centralizados y descentralizados) establezcan sus metas estratégicas para poder tener aprobado un presupuesto, en la Argentina estas prácticas son muy escasas, y no se asocian al financiamiento requerido. El programa Carta Compromiso con el Ciudadano de la Secretaría de la Gestión Pública, ha invitado a organismos a que establezcan metas y las publiciten, pero las mismas tienen que ver con la calidad de los servicios a los ciudadanos principalmente, no con metas institucionales de nivel más macro. En el caso de las empresas públicas (bajo distintos formatos institucionales) la situación es más crítica, ya que muchas de ellas requieren de subsidios públicos ante la insuficiencia de los recursos propios (de clientes o usuarios). Con más razón, deben justificar este requerimiento de financiamiento del Tesoro a partir de las metas estratégicas que deben cumplir. Las empresas de transporte público están todas incluidas en esta situación, y más allá de la importancia relativa de estos servicios, deben clarificar por qué y cuánto necesitan de aportes gubernamentales. Y en todos estos casos, debe firmarse un Acuerdo Programa o un Contrato, en el cual las agencias o las empresas se comprometen a alcanzar las metas fijadas y a invertir los recursos que requieren, justificando adecuadamente las ecuaciones considerando criterios de equidad y eficiencia. La coordinación y coherencia global del gobierno se ve beneficiada por acuerdos de este tipo, que no menoscaban los servicios públicos, sino que establecen bases claras para su prestación y para su mejoramiento en términos de calidad, equidad y eficiencia.

Finalmente, y asociado con el punto anterior, toda la gestión pública debe sostenerse en la especificación y cumplimiento de sus 'productos' y resultados: los bienes y servicios que deben producirse, al costo que deben producirse para los contribuyentes, y los efectos que deben esperarse de ellos. Clarificar la cadena de resultados para todos los organismos permitirá aportar elementos de juicio para una gestión con más coherencia y eficacia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandro, Martín y Andrés Gilio (2010), “Cuando el origen importa: presidentes y congresos en la creación de organismos descentralizados en la Argentina (1983-2009)”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 48, octubre, Caracas.
- Banco Mundial (1997), *El Estado en un mundo en transformación*. Informe sobre el Desarrollo Mundial.
- Barbero, José y Julián Bertranou, eds. (2019), *Las políticas de transporte en la Argentina. Los años de la post Convertibilidad (2002-2015)*, Buenos Aires, Editorial Biblos.
- Barzelay, Michael (1992), *Breaking through Bureaucracy*, Berkeley, University of California Press (Hay traducción española en Fondo de Cultura Económica, México).
- Barzelay, Michael y Babak J. Armajani (1999), *Atravesando la Burocracia*, en Shafritz, Jay y Albert Hyde, *Clásicos de la Administración Pública*, México, FCE.
- Bertranou, Julián (2009), *Gestión público-privada en la reforma del estado en el nivel provincial. Creación de agencias descentralizadas en los años noventa en la provincia de Mendoza*, Tesis para optar por el título de Doctor en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Bertranou, Julián (2011) “Estado y agencia público-privadas en la promoción del desarrollo productivo en la provincia de Mendoza” *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, Vol. 11, N° 17, 2011, pp. 6-20. UNL, Santa Fe, Argentina.
- Bertranou, Julián (2013), “Creación de agencias especializadas, capacidad estatal y coordinación interinstitucional”, *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, Año 2, N° 4. <http://politicaspUBLICAS.flacso.org.ar/revista>
- Bertranou, Julián (2019), “(Des)organización estatal y política pública en Argentina. Desarrollo conceptual y análisis del transporte ferroviario”, *Revista POSTData*, Vol 24 N° 1, abril.
- Bertranou, Julián (2020), “El control de empresas estatales en la encrucijada. La Comisión Nacional de Regulación del Transporte

- y las nuevas sociedades ferroviarias en Argentina”, *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión del Estado*, N° 34, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.
- Bertranou, Julián y Valeria Serafinoff (2019), “Organización institucional del sector transporte”, en Barbero, José y Julián Bertranou, eds., op. cit.
- Bresser Pereira, Luiz Carlos (1999), *Reforma del Estado para la Ciudadanía. La reforma gerencial brasileña en la perspectiva internacional*, Buenos Aires: Eudeba/CLAD.
- Cao, Horacio y Maximiliano Rey (2020), “Neo weberianismo latinoamericano: el modelo de gestión estatal para la postpandemia”, en Pando, Diego, comp. , *La Administración Pública en tiempos disruptivos*, Buenos Aires, AAEAP.
- Christensen, Tom y Per Laegreid (2007), “Reformas post Nueva Gestión Pública”, *Gestión y Política Pública*, Vol. XVI, N° 2.
- Fukuyama, Francis (2004), *La construcción del estado. Hacia un nuevo orden mundial en el Siglo XXI*, Barcelona, Ediciones B, pp. 15-41.
- Gómez Cárdenas, Carlos (2011) “Reformas administrativas y sus marcos cognitivos: entre el burocratismo, el postburocratismo, la responsabilización o la hibridez”, *DAAPGE*, año 11, N° 17, 2011, pp. 41-80. UNL, Santa Fe, Argentina.
- Gordillo, Agustín (2013), “Clasificación de los Entes Públicos”, Cap. XIV, Tomo I: Parte General, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ediciones Macchi.
- Gulick, Luther (1937[1999]), “Notas sobre la teoría de la organización”, en Shafritz, Jay y Albert Hyde, comp. , *Clásicos de la Administración Pública*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Martínez Nogueira, Roberto (2013), “La Presidencia y las organizaciones estatales como constructoras de institucionalidad en la Argentina”, en Acuña, Carlos, comp., *¿Cuánto importan las Instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Buenos Aires, Fundación OSDE/Siglo XXI Editores. Páginas 71-120.
- Mayntz, Renate (2006), “Governance en el Estado Moderno”, *POST-Data 11*, Abril, págs. 103-117.

- National Performance Review (1993), *From red tape to results: Creating a Government that works better and costs less*, New York, Penguin (Hay traducción española en Shafritz, J. y Hyde, A. (1999), *Clásicos de la Administración Pública*, México, Fondo de Cultura Económica).
- Niskanen, W. (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine/Atherton.
- Olsen, Johan (2008), "The Ups and Downs of Bureaucratic Organization", *Annual Review of Political Science*, 11: 13-37.
- Osborne, D. y Gaebler, T. (1994), *La Reinención del Gobierno*, Barcelona: Paidós.
- Peters, B. Guy (2011), "The politics and management of agencies", *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, Volumen Especial, pp. 7-14.
- Peters, Thomas y Robert Waterman (1984), *En busca de la excelencia*, Barcelona, Grupo editorial Norma.
- Pierre, Jon y Guy Peters (2000), *Governance, Politics and the State*, New York, St. Martin's Press.
- Pierre, Jon y Guy Peters (2007), *Governing Complex Societies: Trajectories and Scenarios*, New York, Palgrave Macmillan.
- Pollitt, Christopher y Geert Bouckaert (2004), *Public Management Reform. A comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press.
- Simon, Herbert (1937[1997]), "Los proverbios de la Administración", en Shafritz, Jay y Albert Hyde (comps.) *Clásicos de la Administración Pública*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Van Thiel, Sandra (2006), "Diferences in Quango creation between policy sectors in the Netherlands", *Journal of Public Policy*, Vol. 26, N° 2, pp. 115-139, Cambridge University Press.
- Weber, Max (1964), *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Yesilkagit, Kutsal y Jorgen Christensen (2009), "Institutional design and Formal Autonomy: Political versus Historical and Cultural Explanations", *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol 20: pp. 53-74.

POLÍTICOS PROFESIONALES, ¿PERO DE QUÉ TIPO?

RECURSOS Y DESTREZAS DE LOS “ARMADORES POLÍTICOS” ANTE SUS DIFERENTES PÚBLICOS¹

MARIANA GENÉ²
CONICET/IDAES, UNSAM - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 494-525

Resumen: Este artículo analiza los recursos y las destrezas de los “armadores políticos” a partir de una investigación sobre el Ministerio del Interior y sus ocupantes desde la vuelta de la democracia hasta 2007. Reconstruye las trayectorias de sus cuadros dirigentes y el modo en que estas fundaron aprendizajes prácticos y los proveyeron de saberes valorados en el mundo político. También detalla los principales desafíos que deben sortear los ocupantes de las posiciones más altas de este ministerio de intermediación política que se ocupa de lo que denomina “política en minúscula”. Expertos en el detrás de escena y en la negociación entre pares, los desfases para evaluarlos dentro y fuera del campo político suelen ser muy marcados. El artículo indaga en las razones de ese desacople y reflexiona sobre la centralidad de ese

¹ Este artículo fue originalmente publicado en: Gabriel Vommaro y Mariana Gené (eds.), *La vida social del mundo político. Investigaciones recientes en sociología política*. Los Polvorines, Ediciones UNGS, 2017. Para esta edición se realizaron algunas modificaciones y correcciones.

² Doctora en Ciencias Sociales (UBA) y en Sociología Política (EHES, París). Investigadora adjunta del CONICET con sede en el Instituto de Altos Estudios Sociales de la UNSAM.



trabajo político poco visible y valorado públicamente para mantener la gobernabilidad en democracia.

Palabras clave: políticos profesionales; trayectorias; destrezas; gobernabilidad; Argentina

Como es sabido, se es político de muchas maneras: mediante el triunfo en elecciones o por designación directa, de forma ininterrumpida o intermitente, con gran conocimiento público o con visibilidad nula (Alcántara Sáez, 2012). Tanto los modos de *llegar* como los de *permanecer* en cargos políticos son altamente variables. A su vez, existe una cierta división del trabajo político, que hace distintos a los diferentes roles según el tipo de públicos con los que se relacionan y las principales tareas a las que se abocan. En este sentido, entre otros, intendentes, gobernadores, parlamentarios y ministros tienen exigencias y criterios de eficacia sensiblemente diferentes. Detrás de la categoría genérica de “político” o “político profesional”, residen diferentes modos de ejercicio de esta actividad y estándares diferenciados para evaluarla.

La sociología política se interesa por aquellos modos y, al hacerlo, habilita preguntas que se alejan de una mirada normativa sobre lo que la política “debería ser” o el modo “correcto” en que los políticos deberían comportarse. Antes que identificar desvíos de patrones ideales, esta perspectiva busca indagar en el funcionamiento efectivo de la dinámica política, en sus distintas escalas (nacional/subnacional, electiva/no electiva, ejecutiva/parlamentaria, visible a un público amplio/reservada a los propios políticos, etc.). Así, lejos de postular una racionalidad universal que guiaría a todos los agentes, la sociología política hace foco en los criterios múltiples e históricamente situados que pesan sobre la toma de decisiones, en las jerarquías que las atraviesan, en las prácticas que se consolidan y adquieren sentido en determinados contextos de interacción y no en otros.

Para mostrar la fecundidad heurística de tal perspectiva a la hora de comprender las divisiones de la actividad política y sus criterios diferenciados de eficacia, este artículo recupera algunas reflexiones de mi tesis de doctorado sobre el Ministerio del Interior y sus ocupantes

desde la vuelta de la democracia hasta 2007. Se trata de una tesis que dialoga en particular con tres agendas de investigación: la sociología de las elites y de la profesión política, la sociología de las instituciones con especial atención a sus reglas informales, y la antropología de la política y de las situaciones de interacción entre sus miembros (Gené, 2014). Basada en un corpus de entrevistas en profundidad³, materiales de archivo y bibliografía secundaria, la tesis indagó en las características de la profesión política en Argentina y en los modos de hacer política desde esta particular agencia del Estado nacional.

En las páginas que siguen se busca contribuir a la comprensión de la actividad política, sus divisiones internas y los recursos y destrezas que son valorados para hacer frente a sus desafíos. Haciendo hincapié en el significado que adquieren ciertas prácticas y modos de hacer para los protagonistas, buscamos acercarnos a las reglas no escritas del juego que comparten. Señalaremos en este caso la importancia de maniobrar su presentación ante diferentes públicos, la ubicuidad que hace al oficio de político y la imposibilidad de comprender esta actividad sin tales coordenadas. El foco en los “armadores políticos” permite recordar que, en definitiva, no existe *un* trabajo político sino múltiples tipos de trabajo político que se juegan en distintas escalas y se confrontan a distintos parámetros de evaluación.

Para ello, el artículo se organiza de la siguiente manera: en un primer momento, se describen las principales tareas del Ministerio del Interior desde la vuelta de la democracia y las razones por las que se lo considera el ministerio *político* del gabinete nacional; en un segundo momento, se analizan las trayectorias de sus miembros jerárquicos (ministros, secretarios y subsecretarios de Estado) durante el período 1983-2007 y el modo en que las mismas les proveyeron aprendizajes prácticos decisivos para su posterior desempeño, al tiempo que cimentaron la formación del *oficio* de político; luego, se especifica la

³ Se realizaron 40 entrevistas semi-estructuradas entre mayo de 2009 y julio de 2012. De ellas, 35 tuvieron lugar entre el personal político de mayor jerarquía del ministerio (ex ministros, secretarios y subsecretarios de Estado), y 5 a quienes fueron miembros de su burocracia, al menos de forma transitoria, a fin de completar ciertos datos inaccesibles por otros medios. Las entrevistas se llevaron a cabo mediante una guía de pautas común, tuvieron una duración promedio de una hora y media y fueron grabadas y transcritas íntegramente.

importancia de tales destrezas para las tareas de intermediación política que se realizan en el ministerio y los contrastes de su valoración entre los públicos internos y externos al campo político. Las conclusiones presentan una reflexión sobre las distintas maneras de ejercer esta singular profesión y sobre los aportes de los cruces disciplinarios para abordarla.

1. EL MINISTERIO DEL INTERIOR COMO UN PUNTO DE MIRA DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA

El Ministerio del Interior constituye el ministerio *político* del gabinete nacional tanto para sus propios participantes (Gené, 2012) como para los periodistas y otros analistas (Orlansky, 1995; Oszlak, 2000; López, Corrado y Ouviaña, 2005). Es una cartera poco conocida para el público en general, y sobre la que casi no existen investigaciones académicas (Canelo, 2014), pero resulta fundamental para los políticos y el gobierno nacional. Parte de ese relativo desconocimiento proviene del carácter amplio y elusivo de sus responsabilidades y ámbitos de intervención: mientras otros ministerios regulan áreas de la vida social más claramente delimitadas –por ejemplo, los de Educación, Salud, Economía, Trabajo, Desarrollo Social o Defensa–, este ministerio se ocupa, en gran medida, de articular relaciones e intereses, de negociar con actores políticos en distintos niveles de gobierno y de procurar la gobernabilidad. Pero además, parte de ese desconocimiento descansa en la poca visibilidad de sus tareas y de los medios que emplea para realizarlas. Una porción no desdeñable de la actividad del ministerio se dirime en ámbitos informales, en reuniones y vínculos interpersonales, en acuerdos que conllevan un alto nivel de discreción y un acuerdo tácito sobre la importancia del mismo.

Entre sus principales responsabilidades y ámbitos de intervención, la ley le asigna al ministerio una injerencia determinante sobre algunos de los resortes centrales del poder material y simbólico del Estado. En primer lugar, tiene responsabilidad en el gobierno político interno y el resguardo del régimen representativo. Dado que la Argentina es un país federal, este ministerio excede en mucho los clásicos temas de policía que le corresponde manejar a otros ministerios del Interior en el mundo. Gran parte de su actividad pasa, en cambio,

por la articulación entre el Estado nacional y los Estados provinciales, teniendo a su cargo la relación con los gobiernos subnacionales⁴ y siendo el responsable de ejecutar las intervenciones federales en las provincias en estado de crisis⁵.

En segundo lugar, este ministerio concentra toda una serie de atribuciones en el plano político-institucional: entiende en las propuestas de reforma de la Constitución, en la declaración del estado de sitio y sus efectos, y en la concesión del derecho de asilo político; además de tener a su cargo los actos de carácter patriótico, feriados, custodia de símbolos nacionales y emplazamiento de monumentos. Además, es el responsable de la programación y ejecución de la legislación electoral, el funcionamiento de los partidos políticos y su financiamiento. Desde este ministerio, entonces, se programan las fechas de las elecciones y se comunican sus resultados, se inscriben los partidos y se impulsan las distintas propuestas de reforma política.

En tercer lugar, tiene a su cargo el Registro Nacional de las Personas y la Dirección de Migraciones. Es quien expide los documentos nacionales de identidad, centraliza las estadísticas demográficas de todo el país y controla los flujos migratorios. Se ocupa, así, desde los inicios del Estado argentino, de contabilizar a sus habitantes y de vigilar sus entradas y salidas.

Finalmente, en cuarto lugar, durante la mayor parte del siglo XX estuvo a cargo de la seguridad interna y el manejo de las fuerzas de policía. Pero esta responsabilidad histórica del ministerio se vio alterada de acuerdo al poder de negociación de algunos ministros. Si bien en la actualidad existe un ministerio específico que alberga a la policía

⁴ Dicha relación constituye un desafío particularmente importante para ambas partes por diferentes razones. Lejos de producirse una subordinación de una de las instancias a la otra, el federalismo argentino plantea un escenario complejo en el que muchas de las provincias tienen una fuerte dependencia financiera y económica respecto del Estado nacional, que tiene la facultad de recaudar y distribuir gran parte de sus recursos, pero son a la vez políticamente autónomas y fuertes en virtud de sus reglas electorales y de la importancia de los líderes provinciales para movilizar apoyos tanto en contextos electorales como en el Congreso nacional (Leiras, 2013).

⁵ Para un detalle de las intervenciones federales a las provincias y su sustento jurídico desde la consolidación del Estado argentino, véase (2005).

federal –el Ministerio de Seguridad, creado en 2010–, tradicionalmente su manejo fue atribuido al Ministerio del Interior, que encontró en dicha función una parte sustancial de su magnitud y la envergadura de su presupuesto. No obstante, en ciertas épocas se desplazó esta función al Ministerio de Justicia, con argumentos formales referidos a la óptica de derechos que debía regir la seguridad ciudadana, pero ligado íntimamente en la práctica al perfil de los ministros que ocuparon dichas carteras.

En un plano menos formal, desde este ministerio se han negociado leyes fundamentales para la Presidencia con los bloques propios y ajenos de diputados y senadores; se han procurado alianzas en todo el territorio para asegurar el poder del Ejecutivo; se han ideado e implementado estrategias de muy distinto tipo ante situaciones críticas atravesadas por el gobierno nacional. Durante el período estudiado, dicha cartera dispuso de grandes recursos, tanto en el manejo de las elecciones y de la policía federal, como en el apuntalamiento de la relación con las provincias y diversas organizaciones sociales. En este sentido, los célebres Aportes del Tesoro Nacional (ATNs) fueron un ejemplo de instrumento maleable en manos del ministerio. Se trata de un fondo creado por ley en 1988 que representa el 1% de los recursos coparticipables y que el Estado nacional, a través de la cartera de Interior, tiene la facultad de repartir entre las provincias de modo discrecional en base a lo que identifique como “situaciones de emergencia y desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales”⁶. A diferencia de los porcentajes fijos para el reparto de dinero entre las provincias establecidos por la Ley de Coparticipación y los posteriores Pactos Fiscales, los ATN representaron prendas de negociación política con los poderes territoriales. Por tal razón, su manejo estuvo rodeado de denuncias y escándalos (Cetrángolo y Jiménez, 2003). Según los ex funcionarios del ministerio, la negociación de ATNs para destrabar conflictos, asegurar lealtades o disciplinar a actores díscolos era parte de la vida cotidiana de la cartera de Interior. Vehículo a la vez

⁶ Boletín Oficial, 26/01/1988. Durante el kirchnerismo, la importancia relativa de los ATN disminuyó drásticamente y dio paso a un crecimiento del Fondo de Obras Públicas a cargo del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, que adquiriría un rol central en la articulación con los niveles subnacionales (Lodola, 2011).

de asistencia, persuasión y cooptación, este instrumento hizo del ministerio un potente organismo de negociación y arquitectura política.

Se trata de un buen ejemplo del modo en que el ministerio pivotea entre lo visible y lo no visible a la hora de gestionar apoyos o solucionar problemas de distinto tipo. En tanto sus desafíos comprenden el mantenimiento del orden y la articulación con diversos actores políticos, su intervención suele incluir la negociación y la asunción de compromisos por parte del gobierno nacional. Al preguntar a quienes ocuparon sus peldaños más altos desde la vuelta de la democracia qué es este ministerio y cuál es su significado en el gabinete, las respuestas siempre empiezan por esta confirmación casi tautológica:

Es el ministerio político digamos, no es un ministerio muy técnico (...) Es un ministerio que interviene frente a situaciones *delicadas*, que tiene características eminentemente políticas. Es un ministerio que no está estudiando la asignación de un recurso como puede ser el Ministerio de Economía o como puede ser el Ministerio de Obras Públicas ¿no? Es un ministerio que *trata aquellas cuestiones de la buena relación que es necesario mantener con el resto de los gobernadores* (...) *De tal manera que es un ministerio de relación* ¿no es cierto? de superar dificultades que puedan llegar a existir desde el punto de vista *político* buscando mediaciones o intervenciones directas o indirectas, tratar de solucionar problemas... (Subsecretario de Provincias y Secretario de Provincias durante la Pres. de Alfonsín-, UCR. Entrevista con la autora el 27/5/2009)

Por lo tanto, en virtud de sus características y de las tareas que realiza, tomamos al Ministerio del Interior como un *locus* privilegiado para interrogar la profesión política en Argentina desde la vuelta de la democracia. Dicha profesión no puede estudiarse desencastrada de las organizaciones y las situaciones en las que se ejerce. En ellas se actualiza y se redefine, en su devenir se perfilan ciertos roles legítimos y se moldean las expectativas que pesan sobre ellos (Offerlé, 2011). En este sentido, la investigación tuvo un doble foco: el ministerio y sus elencos políticos, siendo el primero el *escenario* de nuestro objeto de investigación. Ciertamente, no *todo* el ministerio presenta este carácter político. Existen áreas particularmente rutinarias y administrativas, como las que se ocupan de expedir documentos y tramitar estadísticas, pero nos interesamos aquí en las más atadas a la coyuntura y en aquellas que

ocuparon a sus más altas jerarquías. Hacemos foco, así, en los *desafíos* específicos que enfrentaron los actores políticos de este ministerio y en los instrumentos y estrategias que utilizaron.

Está claro que el término “política” es polisémico y admite un espectro amplio de significados. Desde aquellas más formalistas y restrictivas, hasta las más amplias y abarcadoras, su definición es variable en el tiempo y en los espacios sociales (Lagroye, 2003). En este caso, más allá de sus atribuciones formales, el ministerio se ocupa de lo que puede denominarse política “en minúsculas”: no tanto de la elaboración de grandes proyectos o promesas de futuro que buscan explícitamente moldear el curso de la historicidad, sino de la negociación en el entramado cotidiano de actores e intereses que actúan en el Estado. Tal política “en minúsculas” refiere al “detrás de escena” de muchas de las decisiones públicas, al conjunto de acuerdos y alianzas que se forjan para movilizarlas, a la lucha por el poder, su ejercicio y negociación.

Durante los 24 años que van de 1983 hasta el final del mandato de Néstor Kirchner (2007), el ministerio estuvo ocupado por algunos hombres fuertes de los partidos, que marcaron épocas y maneras de hacer política. Figuras como Enrique Nosiglia, José Luis Manzano, Carlos Corach o Aníbal Fernández resultaron controvertidos y fundamentales en partes iguales para sus partidos y presidentes. Todos ellos fueron expertos en el *detrás de escena* y en las astucias de la *política en minúsculas*, y en gran medida por ello su consideración ante la opinión pública fue problemática y recurrentemente sospechosa. Es que en el Ministerio del Interior los desafíos de sus miembros tienden a estar menos ligados a la opinión pública y la validación en las urnas –si bien también ofician como comunicadores de la agenda de gobierno y participan en la organización de las elecciones– que a la negociación, la persuasión y cooptación entre pares. Sus miembros suelen ser “armadores” políticos, es decir, agentes especializados en articular acuerdos y gestionar apoyos, en calcular riesgos y beneficios de diferentes estrategias posibles, constructores de esos andamiajes para garantizar la gobernabilidad por diversos medios y, como tales, sus grados de eficacia se dirimen en la práctica de enmarcado ante la incertidumbre, en la autoridad que les otorga el presidente y en la confianza que inspiran antes sus distintos interlocutores.

El período 1983-2007 pone en el centro a la democracia. Tras un siglo XX marcado por sucesivos golpes de Estado y por la irrupción regular de las Fuerzas Armadas en la escena política, la continuidad del orden constitucional representó un dato excepcional. Nunca antes desde la instauración del sufragio universal masculino habían tenido lugar tantos años consecutivos sin proscripciones ni gobiernos *de facto*. Nunca antes, traspasos de mando entre peronistas y radicales. Dicha continuidad no se debió al carácter tranquilo y armonioso de los años analizados. Las crisis que tuvieron lugar en este período incluyeron levantamientos militares, hiperinflaciones, protestas masivas y recambios presidenciales anticipados. Con todo, aquellas crisis pudieron ser procesadas dentro del sistema político. Los profesionales de la política, sus estilos de negociación y sus códigos compartidos tuvieron mucho que ver con la construcción de esa nueva estabilidad. En este sentido, el Ministerio del Interior y sus profesionales del “armado” contribuyeron al doble filo de este proceso: promoviendo la gobernabilidad del país y la estabilidad de sus reglas, por un lado, pero a la vez volviendo muchos procesos altamente informales, fuertemente dependientes de los acuerdos poco visibles entre políticos.

2. LA POLÍTICA COMO PROFESIÓN Y OFICIO. DE LARGAS TRAYECTORIAS Y APRENDIZAJES PRÁCTICOS

A diferencia del resto de las profesiones, la de político no posee un camino establecido *a priori* o un título que avale su ejercicio. Por su propio carácter, se trata a la vez de una *profesión* y de un *oficio*. Retiene un relativo monopolio sobre cierto tipo de actividades pero no existen credenciales habilitantes para reclamar este derecho. Precisamente por ello, aunque existen ciertos modos de conducta legítimos para sus miembros, la mayoría de ellos no están codificados de forma explícita sino que se transmiten a través de la experiencia y están constantemente sujetos a interpretación y redefinición. El saber que los políticos transforman en poder dista de ser formalizable y homogéneo para el amplio y diverso grupo de los políticos profesionales, pero tiene ciertas regularidades y es fácilmente reconocible para sus participantes.

La noción de oficio o *métier* permite acercarse desde otro punto de vista a las actividades de los políticos profesionales: se trata de

entender aquello que la sociología interaccionista designa como una “categoría de la práctica cotidiana”, el conjunto de acciones concretas que se movilizan en el ejercicio de una actividad específica, así como las representaciones espontáneas que los practicantes producen sobre ellas, la diversidad de tareas vinculadas a una misma profesión, la división interna de su trabajo, las relaciones concretas desarrolladas con sus pares y con sus distintos interlocutores. Sobre todo, la idea de *oficio* supone una fuerte habilidad corporal, una destreza física que en el caso de los políticos se emparenta con el autocontrol creciente y la interiorización progresiva de constreñimientos (cf. Elias, 2009 [1977]). Es en este trabajo cotidiano y práctico que se aprenden ciertos roles, se construyen identidades sociales y se da forma a la vez que se es formado por un tipo de oficio compartido (Briquet, 1994).

Las trayectorias, los espacios de socialización y las redes de pertenencia de los cuadros jerárquicos de la cartera de Interior muestran regularidades llamativas y permiten constatar su importancia capital en el desempeño posterior de estos actores. En sus largos itinerarios, estos políticos profesionales adquirieron aprendizajes prácticos e incorporaron -lentamente o a veces de forma abrupta- saberes fundamentales para desempeñarse en el mundo de la política. Los mismos hicieron que, de forma progresiva, su ejercicio se volviera a la vez un oficio y una profesión.

A diferencia de otros ministros o de las segundas líneas de otras carteras del gabinete, los miembros de este ministerio comparten una nutrida experiencia en distintos ámbitos y escalas de la actividad político-partidaria. Lejos de la presencia de *outsiders* o recién llegados que se constata en otros espacios gubernamentales, aquí primaron los políticos *altamente profesionalizados*. Se trata de agentes que iniciaron su militancia política muy tempranamente y nunca se alejaron de la vida partidaria, que encadenaron cargos de todo tipo en los distintos niveles de gobierno y desarrollaron un saber-hacer que los emparentaría profundamente.

Sólo a modo de ejemplo, recordemos las trayectorias de los ministros de Interior iniciales de Alfonsín, Menem, de la Rúa y Kirchner. El primero de ellos, Antonio Tróccoli, era un dirigente histórico del partido radical que había seguido el *cursus honorum* caro a la UCR en el marco de la tradicional *Línea Nacional*. Afiliado al radicalismo desde

los 18 años, fue diputado entre 1963 y el golpe de Estado de 1966, nuevamente diputado y presidente del bloque UCR en la Cámara Baja entre 1973 y el golpe de 1976, además de ocupar numerosos cargos partidarios⁷. Este balbinista se posicionaría junto a Juan Carlos Pugliese como uno de los precandidatos a presidente del sector tradicional del radicalismo de cara a la apertura democrática (Luna, 2003: 126), pero los actos multitudinarios convocados por Alfonsín a fines de 1982 lo persuadirían de bajar su candidatura y apoyar al nuevo líder indiscutido del radicalismo⁸. Por su parte, el primer y breve ministro de Interior de Carlos Menem, Eduardo Bauzá⁹, se había desempeñado como secretario de Desarrollo de Gobierno durante su gobernación en La Rioja entre 1973 y 1976, y más tarde, un año antes de la restitución de la democracia participaría de la fracción interna del PJ presidida por Menem (*Federalismo y Liberación*). Fue elegido diputado por Mendoza para el período 1987-1991, y renunció en 1989 a su banca para asumir como ministro del Interior del flamante gobierno. En lo que respecta al ministro inicial de la Alianza, Federico Storani también era un hombre de larga tradición en las filas de la UCR. Hijo de un renombrado dirigente radical¹⁰, había militado desde joven en el brazo universitario del partido, *Franja Morada*, había sido uno de

⁷ Ferviente radical, su adhesión al ideario del partido centenario lo llevó incluso a nombrar Arturo Hipólito a su séptimo hijo, en honor a los presidentes radicales Arturo Illia e Hipólito Yrigoyen (Hugo Caligaris, “La muerte de Tróccoli cierra un estilo radical”, *La Nación*, 28/02/95, p. 9).

⁸ Tanto Tróccoli como Pugliese negociaron con Alfonsín ese año y ocuparían luego lugares clave en su gobierno (Pugliese sería presidente de la Cámara de Diputados y más tarde ministro de Economía); mientras que el ala liberal más dura del partido, liderada por Fernando De la Rúa, lo enfrentaría en elecciones abiertas a mediados de 1983 y quedaría luego marginada (Acuña, 1984: 217-220).

⁹ Bauzá fue ministro del Interior durante solo 5 meses, ya que ofició como una suerte de “ministro comodín” que pasaría por diferentes carteras: la de Desarrollo Social tras la repentina muerte del ministro Julio Corzo, la Secretaría General de la Presidencia más tarde, y luego la Jefatura de Gabinete hasta su retiro por una enfermedad en 1996.

¹⁰ Conrado Storani fue diputado nacional durante el gobierno de Frondizi, secretario de Energía durante el gobierno de Illia y ministro de Salud durante la presidencia de Alfonsín. Enrolado en el alfonsinismo, también fue senador por la provincia de Córdoba (1989-1998).

los principales referentes de la *Junta Coordinadora Nacional* de la Provincia de Buenos Aires y había adherido al alfonsinista *Movimiento de Renovación y Cambio*. Con la vuelta de la democracia, había sido electo diputado nacional en tres ocasiones (1983-1987, 1987-1991, 1993-1997), y si bien siempre había estado en líneas opuestas a las de Fernando De la Rúa dentro del partido, sus vínculos habían comenzado a estrecharse tras su común oposición a la estrategia alfonsinista frente al pacto de Olivos (Obradovich, 2019). Finalmente, el ministro del Interior durante toda la presidencia de Néstor Kirchner, Aníbal Fernández, era un político experimentado del conurbano bonaerense. Desde 1983 se había desempeñado como asesor y secretario en el Congreso de la Provincia de Buenos Aires y los Concejos Deliberantes de Quilmes y Florencio Varela; luego como intendente de Quilmes (1991-1995), convencional constituyente de la Provincia (1994), senador provincial (1995-1997), secretario de Gobierno durante la gobernación de Duhalde (1997-1999) y ministro de Trabajo de la misma provincia durante la gobernación de Carlos Ruckauf. Su cercanía a Eduardo Duhalde lo llevaría durante su presidencia de transición a ocupar la Secretaría General de la Presidencia y luego a ser brevemente ministro de la Producción.

Cuadro n° 1. Ministros del Interior según trayectoria previa¹¹

Ministro	Período de ejercicio	Edad al llegar al cargo	Pertenencia partidaria	Edad de inicio militancia	Cantidad puestos electivos	Cantidad puestos no electivos
Antonio Tróccoli	1983-1987	58	UCR	18	2	-
Enrique C. Nosiglia	1987-1989	37	UCR	20	-	2
J. Carlos Pugliese	1989	84	UCR	15	5	3

¹¹ Se excluyen de esta tabla los puestos ocupados en el seno de los partidos políticos (como apoderados, interventores del partido, responsables de unidades básicas o comités partidarios, secretarios generales, miembros de sus órganos de decisión, etc.).

Ministro	Período de ejercicio	Edad al llegar al cargo	Pertenencia partidaria	Edad de inicio militancia	Cantidad puestos electivos	Cantidad puestos no electivos
Eduardo Bauzá	1989	49	PJ	20	1	1
Julio Mera Figueroa	1989-1991	49	PJ	29	1	2
José Luis Manzano	1991-1992	35	PJ	15	2	-
Gustavo Béliz	1992-1993	30	PJ	25	-	2
Carlos Ruckauf	1993-1995	48	PJ	18	2	2
Carlos V. Corach	1995-1999	59	PJ	17	3	4
Federico Storani	1999-2001	49	UCR	15	3	-
Ramón Mestre	2001	63	UCR	17	5	3
Miguel Ángel Toma	2001	52	PJ	16	4	1
Rodolfo Gabrielli	2001-2002	50	PJ	22	2	2
Jorge Matzkin	2002-2003	59	PJ	16	5	3
Aníbal Fernández	2003-2007	46	PJ	14	3	6

Nótese que este cuadro detalla la trayectoria *previa* de los ministros. Para muchos agentes, el paso por un ministerio nacional constituye una suerte de trampolín para presentarse luego a cargos electivos, o para circular por varios puestos de relevancia en el Estado. Para los ministros del Interior, en cambio, esta cartera no es una puerta de entrada a la actividad política sino justamente el resultado de esa nutrida experiencia. Tal como muestra el cuadro n° 1, si nos detenemos en quienes ocuparon el puesto de ministro entre 1983 y 2007, puede advertirse que, a excepción de los dos casos particulares y diferentes

entre sí como los de Enrique Nosiglia y Gustavo Béliz¹², la proliferación de cargos de distintas características fue la norma. Por un lado, la experiencia en el Congreso es recurrente. En efecto, de los 16 ministros del período, 14 tuvieron antes experiencia parlamentaria: se desempeñaron como senadores o diputados a nivel nacional (en 10 casos) y/o provincial (en 5 casos). En este sentido, casi todos fueron ungidos como candidatos en listas partidarias y ganaron elecciones, tuvieron experiencia en la presentación y negociación de leyes, e incorporaron el manejo de las reglas no escritas que es particularmente importante en el mundo parlamentario (Mustapic, 2000, Sued, 2019). Algunos, incluso, atravesaron con éxito múltiples elecciones y ocuparon bancas del Congreso en más de una ocasión. En un país donde la reelección en estos puestos es rara (Lodola, 2009; Jones, Saiegh, Spiller y Tomassi, 2000), algunos de los ministros de esta cartera fueron legisladores ampliamente experimentados. Entre ellos, Jorge Matzkin fue 4 veces diputado nacional y una vez diputado provincial, desempeñándose en el Poder Legislativo por más de 19 años; y Miguel Ángel Toma fue 4 veces diputado nacional, ocupando su banca en el Congreso durante 15 años, que sólo fueron interrumpidos por sus dos incursiones en el Ministerio del Interior (durante el gobierno de Menem como Secretario de Seguridad Interior y durante la crisis de 2001 como ministro). Lo mismo puede decirse de los ex ministros radicales: Juan Carlos Pugliese fue senador nacional y provincial, además de 2 veces diputado nacional; Federico Storani fue 3 veces diputado nacional, presidiendo el bloque de la UCR entre 1995 y 1999. Las entrevistas en profundidad permitieron calibrar hasta qué punto aquel paso por el Congreso reviste un carácter fundamental para la relación entre políticos: en él se generaron complicidades y se aprendieron usos y costumbres, se hicieron favores y generaron ciertas deudas, se adquirieron criterios de reconocimiento que serían esenciales para la interacción entre pares.

¹² Nos referimos extensamente a la particularidad de estas dos figuras en otro trabajo (Gené, 2014), porque justamente marcaron estilos opuestos en el ministerio y reivindicaron (tanto en su discurso como en sus prácticas) definiciones divergentes de la actividad política. Digamos nada más que, más allá de las grandes diferencias que separan sus perfiles, una similitud muy significativa los liga: la relación de extrema confianza con los presidentes que los designaron como ministros, a quienes acompañaron desde el inicio de sus respectivas carreras hacia la presidencia.

El ministro del Interior tiene que tener una muy buena formación política y un muy buen nivel de relación; por eso es que no es equivocado cuando los parlamentarios están ahí, el tema de que los miembros del gabinete son generalmente venidos del Parlamento, porque las relaciones con el Parlamento son muy relevantes, hay que conocer el *métier* del parlamento. (...) Y mucho conocimiento personal de los protagonistas, lo cual vos tenés que tener, porque hay algunas cosas que las sacás por *amistad*, por relación personal (Ministro del Interior durante la Pres. De la Rúa-, UCR-Alianza. Entrevista con la autora el 3/9/2009)

Yo soy ferviente defensor de los llamados “códigos”. No me refiero a los códigos mafiosos; a los códigos de *funcionamiento* que tienen que existir entre los sectores políticos. Si no funcionan los códigos es *muy difícil* que todo el engranaje político funcione, me refiero a todo el sistema de los oficialismos y las oposiciones. Si no hay códigos de funcionamiento es muy difícil. Eso lo aprendimos *mucho* en la Cámara de Diputados (Viceministro de Interior durante la Pres. de Menem y Ministro del Interior durante la Pres. de Duhalde-, PJ. Entrevista con la autora el 25/6/2012)

Asimismo, algunos de estos ex ministros habían conquistado antes cargos ejecutivos por medio de elecciones: dos de ellos fueron gobernadores de grandes provincias (Córdoba y Mendoza) y uno de ellos también 2 veces intendente de Córdoba Capital, mientras que otro lo sería de uno de los distritos más poblados del Conurbano bonaerense (Quilmes). A la nutrida experiencia parlamentaria de estos ministros políticos se suma, así, una importante experiencia de gobierno en los niveles subnacionales. Por lo tanto, en términos generales dispusieron de una experiencia significativa en el manejo de la agenda política, en la articulación y negociación con diferentes sectores, en la concepción e implementación de políticas públicas y de estrategias para garantizar la gobernabilidad.

Finalmente, los cargos obtenidos en las urnas se combinaron con múltiples puestos de designación directa. La gran mayoría de estos funcionarios (12 de 16) habían ocupado antes el cargo de ministro o secretario de Estado, ya sea en el nivel nacional o en alguna de las 24 provincias del país. Muchos de ellos se habían desempeñado también como asesores, embajadores sin carrera diplomática o directores de organismos descentralizados; en fin, en distintos puestos a los que accedieron directamente en virtud de la posición ocupada en entramados

partidarios, de una *expertise* específica y/o de la confianza de otros pares con poder de decisión.

En comparación con todo el gabinete nacional, estas largas carreras políticas fueron la excepción y no la norma. Los estudios sobre ministros de la ciencia política suelen tomar al gabinete en su conjunto y se refieren al perfil “técnico” o “político” de sus miembros sin hacer diferencias entre las carteras (Ai Camp, 1971; Amorim Neto, 2006; Martínez Gallardo, 2011)¹³. Pero, al menos en el caso argentino en los últimos 30 años, podemos observar que la experiencia política previa se reparte siguiendo tendencias diferenciadas según el tipo de ministerio de que se trate: algunas carteras se nutrieron de perfiles híbridos, alternando a funcionarios con mayor y menor experiencia política; otras tendieron a desdeñar este tipo de experiencia; y sólo en tres de ellas se consolidó de forma regular un perfil fuertemente político entre sus miembros. Además del Ministerio del Interior, se trató de la otra cartera fuertemente política que existe desde la reforma de la Constitución de 1994 (la Jefatura de Gabinete) y aquella que se dedica a las relaciones políticas en el plano internacional (el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto). Los datos sistemáticos son aún escasos¹⁴, pero en el cuadro n° 2 puede observarse a grandes rasgos la división entre los ministerios en los que se reclutaron ministros que alguna vez ganaron elecciones y aquellos en los que primaron los cuadros no electivos¹⁵.

¹³ O bien se refieren a la inclusión o no de otros partidos a las coaliciones de gobierno por medio de las designaciones ministeriales (además de los artículos sobre el conjunto de América Latina citados arriba, cf. sobre Brasil: Amorim Neto, 1994 y 2000; sobre Uruguay: Chasquetti, Busquet y Cardarello, 2013; también sobre Argentina: Pomares *et al.*, 2014). Otra agenda de trabajo sobre los gabinetes, más atenta al presidencialismo de partido único que rigió durante años en Argentina y a las características e historias específicas de las diferentes carteras, puede encontrarse en: Heredia, Gené y Perelmiter (2012); Gené, Heredia y Perelmiter (2015) y Camerlo (2014).

¹⁴ Pueden citarse los trabajos de Giorgi (2014, 2015), y los avances realizados por el proyecto “Socio-historia del gabinete nacional” que coordinamos junto a Mariana Heredia y Luisina Perelmiter en el IDAES-UNSAM y por el proyecto PIP-CONICET “Reconfiguración de las elites argentinas. Perfil sociológico y dinámicas de interacción de las elites políticas, económicas y tecnocráticas entre 2002 y 2010” dirigido por Ana Castellani en la misma sede.

¹⁵ En su prosopografía sobre el gabinete nacional, Guido Giorgi (a quien agradecemos estos datos) clasificó a los ministros según *cuadros electivos* o

Cuadro nº 2. Ministros del Gabinete Nacional según ocupación o no de cargos electivos en toda su trayectoria (1983–2007)

Ministerio*	Cuadros electivos	Cuadros no electivos
Interior	94,1%	5,9%
Relaciones Exteriores y Culto	90,0%	10,0%
Jefatura de Gabinete	81,8%	18,2%
Defensa	70,6%	29,4%
Trabajo	63,2%	36,8%
Desarrollo Social/ Salud y Acción Social	60,9%	39,1%
Educación y Justicia / Educación / Justicia	57,1%	42,9%
Producción	50,0%	50,0%
Economía	42,1%	57,9%
Obras y Servicios Públicos	33,3%	66,7%
Planificación Federal	-	100,0%
Infraestructura y Vivienda	-	100,0%
Total	64,3%	35,7%

Fuente: Guido Giorgi (CEIL/CONICET-UBA), Base de datos Gabinete de Ministros.

* Los nombres de las carteras se consignan abreviados y se agrupan las incumbencias que revistieron bajo un mismo ministerio durante una parte importante del período recortado.

cuadros no electivos. Los primeros son definidos como aquellos que ocuparon al menos un cargo mediante elecciones a lo largo de toda su carrera, ya sea en el nivel nacional, provincial o municipal. Los segundos son quienes nunca ocuparon un cargo electivo, incluyendo a los que tuvieron puestos de designación política en la gestión pública y a quienes no tuvieron otro cargo en el Estado más allá del de ministro. Ciertamente, esta división es muy amplia, y a nuestros fines tiene el problema de referirse a los cargos electivos a lo largo de *toda* la trayectoria profesional, sin distinguir si los mismos fueron ocupados antes o después de llegar al puesto de ministro. Sin embargo, ante la falta de datos cuantitativos agregados sobre el conjunto del gabinete para el período estudiado, dicha caracterización nos permite tener una idea del perfil de los ministros en 24 años de democracia y de la jerarquía de su paso por cargos electivos según cartera.

Aquellas carreras políticas singularmente extensas garantizaron a los miembros de Interior un conocimiento del funcionamiento del Estado y el manejo de sus instituciones, pero también una cercanía con los diversos actores políticos que sería imprescindible para desempeñarse con éxito en el cargo. Así lo señalan los distintos miembros del ministerio, sin importar la época en la que ocuparon sus cargos. De hecho, “venir de la política” y ser reconocido por sus protagonistas constituye un elemento que los entrevistados identificaron de forma recurrente como crucial para poder enfrentar los desafíos de esta cartera:

Tiene que ser el perfil de alguien que *viene de la política*, que tiene un profundo conocimiento del mundo de la política, y en lo posible conoce a los principales actores de la política del oficialismo y de la oposición. Y en eso incluyo a los gobernadores de todos los signos políticos y a los presidentes de los partidos (...) En segundo lugar, tiene que ser alguien que tenga el prestigio suficiente para ser interlocutor de personas tan destacadas como son los gobernadores o los presidentes de los partidos. Se espera que tenga suficiente talla y personalidad para estar a la altura de ese desafío, del sistema de relacionamiento que supone (Secretario de la Función Pública durante la Pres. de Menem-, PJ. Entrevista con la autora el 29/7/2009)

El estudio de tales trayectorias interesa para identificar la adquisición de ciertas disposiciones y la producción de solidaridades fundamentales para el trabajo político, en particular aquel que se dirime entre los propios políticos. Los aprendizajes de ese itinerario tienen un carácter múltiple y resultan especialmente útiles a la hora de enfrentar las pruebas específicas del ministerio político: entablar negociaciones con actores políticos en distintas escalas, procurar alianzas y planificar estrategias tanto para garantizar la gobernabilidad como para reproducir el poder del gobierno.

3. DIVISIONES DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA Y DESFASAJES ENTRE CRITERIOS INTERNOS Y EXTERNOS PARA EVALUARLA

Los dirigentes que ocuparon los escalones más altos del Ministerio del Interior conocen la trama cotidiana de las decisiones y jerarquías que funcionan en el mundo político, y detentan un saber recíproco

que los hace relativamente previsibles. Se trata, en gran medida, de un *saber de relaciones*: para negociar a la vez con parlamentarios, jefes de partidos, gobernadores y dirigentes políticos locales, los miembros de este ministerio deben disponer de amplias redes de allegados e inspirar cierto respeto sobre los mismos. Estas nutridas redes interpersonales vinculan a través de “lazos débiles” (Granovetter, 1973) a políticos de distintos niveles: si bien su interacción no es necesariamente frecuente o de un alto grado de intimidad, sus contactos son múltiples y pueden recurrir a ellos en situaciones muy disímiles.

Siguiendo a Jacques Lagroye, podemos decir que todos los roles se moldean a través de las expectativas y también de las sanciones de los otros: “Los roles no son unívocos sino interpretados activamente por los actores en función de situaciones y marcos de interacción” (Lagroye, 1997: 17). Esos marcos de interacción sugieren los movimientos que son posibles y aquellos que están fuera de lugar en cada caso. Según el autor, la *reprobación* de los pares puede tener una fuerza especial para mostrar los límites del ejercicio legítimo de un rol y fortalecer el monopolio de quienes lo ejercen (Lagroye, 1997: 13-15). ¿Qué tipo de legitimidad y de justificación de la acción invocan este tipo particular de profesionales que son los armadores políticos? ¿Qué destrezas manejan y qué códigos comparten a la hora de establecer acuerdos y agregar voluntades? ¿Qué efectos tienen sus estrategias de cierre y sus sanciones hacia quienes pretenden desafiar las reglas en común?

La política no es sólo representación y escenificación ante los medios de comunicación, sino también una actividad cotidiana y a veces poco visible que se dirime entre pares. En ella se establecen acuerdos, se toman decisiones y, cuando se es parte del oficialismo, se procura defender las acciones de gobierno y garantizar la gobernabilidad. La cartera de Interior está implicada en esos distintos niveles o registros de la política –el más visible y el más opaco al público amplio- pero lo está más fuertemente, o de forma más determinante, en esta última dimensión. Si los legisladores se presentan a elecciones y se validan en sus propios distritos, si otros políticos realizan gran parte de su tarea frente a los medios de comunicación, este rol se juega en gran medida en el detrás de escena, en un armado sigiloso e interpersonal que incluye desafíos como los cierres de listas, las propuestas de estrategias ante contextos de crisis, las negociaciones para sumar

aliados o neutralizar adversarios, el mantenimiento de esos apoyos, el ordenamiento puertas adentro...

Un recorrido por los recursos y las competencias reivindicadas y admiradas en el seno del ministerio devela un énfasis remarcable en las habilidades que son importantes *al interior* del campo político y para relacionar a sus participantes. En efecto, los principales elementos valorados por sus miembros son saber negociar, entablar diálogos y alcanzar acuerdos; contar con la confianza presidencial y resultar creíble para otros referentes; tener destreza e incluso astucia para actuar en escenarios inciertos y tomar decisiones en contextos dilemáticos. Los ejemplos son múltiples: aquellos que pudieron manejar situaciones de tensión en intervenciones federales o en crisis de gran envergadura; aquellos que acompañaron campañas electorales en distintos puntos del territorio que interesaban particularmente al presidente; aquellos que negociaron leyes críticas para el Ejecutivo, etc. En cierto sentido, en esta cartera convencer a otros políticos parece más importante que saber convencer o agradar al común de la sociedad. Si bien el planteamiento de la agenda política y la defensa de las decisiones de gobierno ante los medios de comunicación constituyeron desde 1983 un aspecto relevante de su trabajo, fue en los acuerdos entre pares y en las estrategias para garantizar la gobernabilidad y asegurar el éxito del gobierno que se dirimió su *expertise*.

Los dirigentes políticos trazan *fronteras simbólicas* (Lamont y Molnár, 2002) para diferenciar a quienes forman parte de su grupo de pertenencia y a quienes se ubican en sus bordes: *outsiders*, recién llegados, *amateurs*, aficionados o incluso “malos políticos” y “traidores”. Esas distintas categorías ordenan relaciones e interacciones cotidianas, y tienen un efecto de cierre que en ciertos ámbitos se ejerce con una fuerza particular. Es que a partir de ellas calculan su acción y producen expectativas sobre comportamientos futuros de sus interlocutores.

En el trabajo de campo de esta investigación, dos figuras clave que se desempeñaron en la cabeza del Ministerio del Interior ilustraron especialmente la cara y contracara de esta pertenencia, y contribuyeron a identificar algunos de los elementos en torno a los cuales se traza la frontera entre “verdaderos” políticos y recién llegados o “líberos” amenazantes. El estilo y las prácticas de estos dos ministros sentaron antecedentes sobre lo que el Ministerio del Interior *debía* ser para sus

miembros desde la vuelta de la democracia y el modo de funcionamiento que debía *evitar*. Estas figuras arquetípicas que ocuparon la cúspide del ministerio con improntas y modos de construir poder fuertemente contrastantes fueron Gustavo Béliz (ministro entre diciembre de 1992 y agosto de 1993) y Carlos Corach (ministro entre enero de 1995 y diciembre de 1999), ambos durante el gobierno de Carlos Menem. Suerte de mitos de la institución para sus pares, su interés reside en que personifican los atributos admirados y denostados en este espacio. A su vez, revelan la existencia de una grilla de lectura en común que es transversal a los distintos políticos más allá del partido de pertenencia, la edad o el contexto histórico en el que ocuparon el cargo.

Tanto radicales como peronistas identifican al poderoso Corach como el paradigma del político “hábil” y “negociador”, al tiempo que coinciden en desacreditar como “soberbio” e “incapaz de negociar” a Gustavo Béliz. La astucia de Corach, su capacidad de negociación y su importancia para el armado del presidente serían mentadas por los entrevistados en estos términos:

[En el ministerio del Interior lo central pasa por] la capacidad para tomar decisiones, para *acertar* en las decisiones con la repentización que exige estar en un lugar de esa envergadura política. Un ejemplo de eso probablemente sea Corach, ¿no? Alguien *muy conocedor de la política*, de mucha capacidad de trato con los gobernadores, con los intendentes, con los presidentes de partido, con la oposición y con el oficialismo... y *muy claro* al momento de tomar decisiones (Secretario de la Función Pública durante la Pres. de Menem-, PJ. Entrevista con la autora el 29/7/2009)

Creo que Corach fue un ministro *muy muy importante* del gobierno de Menem. Y creo que le salvó las papas a Menem en millones de cosas. Corach tenía esa doble característica: se conocía el *metier* parlamentario y es un hombre inteligente... No hago juicio de valor digamos sobre todas las cosas que se hicieron [sonrisa irónica] pero me refiero, no hay duda de que era un ministro que al gobierno, a la administración de Menem, le sirvió (Ministro del Interior durante la Pres. de De la Rúa, UCR-Alianza. Entrevista con la autora el 3/9/2009)

Tenía capacidad de diálogo, un tipo muy inteligente. Era un tipo que entendía la realidad política de ese momento, que Cavallo no entendía y no quería entender. Y yo siempre dije que Corach era como el

catalizador de las políticas neoliberales en un gobierno brutalmente integrado por peronistas. O sea Cavallo no podría haber hecho ni la mitad de las cosas que hizo, aún teniendo los medios, si no hubiera estado Corach en el Ministerio (Secretario de Provincias durante la Pres. de De la Rúa, UCR-Alianza. Entrevista con la autora el 17/9/2009)

Frente a la eficacia de Corach para conducir la cartera de Interior, la figura de Béliz, en cambio, sería recurrentemente objetada. En su modo de ocupar ese ministerio los entrevistados identifican la falta de códigos, el escaso respeto por las reglas tácitas del juego que comparten y la ausencia de ductilidad frente a los desafíos de interrelación política. También en este caso tanto radicales como peronistas acordarían en sus valoraciones:

Después, Béliz no daba el perfil...

¿Por qué no?

Por sus características: era un muchacho inteligente, pero... muy rígido, poco flexible (Viceministro del Interior durante la Pres. de Alfonsín, UCR. Entrevista con la autora el 3/11/2009)

Negociador: *no*. Estructurado: *¡sí!* Y Gustavo tenía para mi gusto un problema *bastante grave*, que era... Yo no concibo un buen negociador que te mira de arriba. Digo, yo considero un buen negociador al tipo que te entra sin mirarte de arriba y te gana la negociación (Subsecretario de Gestión Municipal durante las Pres. de Duhalde y Kirchner, PJ. Entrevista con la autora el 5/11/2009)

Beliz es insignificante, no... no quiero ser grosero. Para estar en ese lugar tiene que haber un curso de acción consistente, que permita que lo que uno plantea llegue a algún lado... Él era un especialista en la formulación de deseos, sin hacer nada en lo más mínimo para que se cumplieran esas cosas. Y le fue mal, y fue secretario, ministro de Justicia, fue ministro del Interior, y se fue mal de todos lados (Viceministro del Interior durante la Pres. de Alfonsín, UCR. Entrevista con la autora el 1/10/2009)

Béliz pasó casi desapercibido. Una personalidad... *un poco extraña*. Nunca lo pude entender bien a Béliz. "Zapatitos blancos" le decían¹⁶.

¹⁶ Se refiere a un evento que es muy recordado por todos los políticos y que le valió ese apodo llamado a perdurar. La noche en que renunció al Ministerio

¿Y vos sabés lo que es ser “zapatitos blancos” en el Ministerio del Interior? ¡Qué miércoles! Si ahí andás embarrado todo el día. ¡Todo el día! Porque es inevitable. (...) ¡El barro existe! *El barro existe*. ¡Pero vos te imaginás transitarlo con zapatitos blancos? No es que cuando vos vas al Ministerio del Interior le tenés que tirar la honra a los perros, no es así. No es tan así. Pero que tampoco podés ser, estar predicando y orinando agua bendita todo el día (...) Digamos, si alguien confundiera a un ministro del Interior con la Virgen María, desautorizalo. ¡Desautorizalo! [Risas] (Viceministro del Interior durante la Pres. de Menem y Ministro del Interior durante la Pres. de Duhalde, P.J. Entrevista con la autora el 25/6/2012)

La regularidad en la evaluación de estos y otros ministros da cuenta de la existencia de criterios *internos* comunes para juzgar la actividad política. Como ha mostrado Sabina Frederic (2004), en los procesos políticos pueden convivir distintos estándares de evaluación moral. Los políticos están sujetos a distintos tipos de evaluaciones: frente al grupo que representan (¿están comprometidos con su grupo de referencia? ¿cumplen sus promesas?), entre pares (¿son hábiles? ¿son confiables? ¿tienen códigos?) y en un nivel de evaluación “universal” (¿son honestos? ¿administran bien?) que es sin embargo profundamente histórico, en tanto aquello que se espera globalmente de los dirigentes políticos varía contextualmente. En este sentido, la conducta de los políticos suele medirse en escalas múltiples y a veces contradictorias; lo que es deseable en uno de esos contextos puede ser rechazado o poco legítimo en otro. Entre los propios políticos, incluso, Frederic distingue dos estándares diferenciados: “uno compete a la actuación de los políticos entre sí, íntima y secretamente, es decir a las relaciones entre partidarios y adversarios en la trastienda de la política; el otro evalúa la actuación de los políticos como intermediarios de comunidades” (Frederic, 2004: 221). Por un lado, entonces, se mide qué tan confiables y eficaces son en sus interacciones, y por el otro, qué tan populares y exitosos de cara a la ciudadanía o a determinados

del Interior, en una larga entrevista que al día siguiente ocuparía la primera plana de los matutinos, Gustavo Béliz afirmaba que había entrado “vestido de blanco” al “lodazal de la política” y que consideraba al gobierno de Menem “un nido de víboras”. Desde entonces muchos políticos lo llamarían con ironía “zapatitos blancos”, denotando su pretendida pureza como algo casi infantil.

grupos de referencia. A su vez, existen puntos de intersección, superposición y tensión entre estas distintas escalas, a los que los políticos profesionales sin duda deben atender, y cuyos desniveles tienen que aprender a gestionar.

La importante diversidad en las competencias valoradas para desempeñarse en política se corresponde con un desacople (a veces ligero y otras muy amplio) entre los criterios de evaluación de los propios políticos con aquellos que pueden ser enunciados de forma legítima en el espacio público. Algunos de los entrevistados en esta investigación advertían claramente este contraste entre la consideración de los pares y la valoración pública, y sostenían al respecto que “la gente” podría molestarse si se elogiaba a determinados dirigentes pero que para ellos tenían un valor indiscutible¹⁷. No obstante, sostendrían que cualquier gobierno necesita de ese tipo de dirigentes para articular sus relaciones con distintos actores y poder responder a los desafíos inesperados que se plantean en la dinámica política. Frederic ha sostenido que dicho desfase es inteligible comprendiendo una diferencia fundamental entre lo que denomina “la trastienda” y “la escena pública” de la política. Según la autora, esa distinción es crucial “pues la conservación del poder requiere siempre del uso de la fuerza, del pacto con las ‘fuerzas demoníacas’ [en el sentido de Weber (2002 [1919])] pero también de la habilidad de los protagonistas para ocultarlo. Justamente por eso cabe preguntarse qué sucede cuando la dimensión privada de la política, usualmente evaluada por ciertos estándares morales, es escudriñada por esta convicción ética universal” (Frederic, 2004: 223).

En efecto, sobre los políticos pesan demandas y expectativas múltiples y muchas veces heterogéneas. De ellos se espera, “que sean expertos pero que a la vez sean simpáticos, que representen los anhelos y los intereses de la gente sabiendo que a veces son contradictorios, que sean representantes del interés general pero a la vez que enfatizen las demandas del grupo directo a quienes primariamente representan” (Alcántara Sáez, 2012: 230). En distintos registros puede evaluárselos

¹⁷ “La Argentina ha tenido muy buenos ministros del Interior y si vos los mencionás por ahí la gente se enoja,” afirmaba por ejemplo el ministro del Interior durante la presidencia de Néstor Kirchner (entrevista con la autora el 12/11/2009).

de forma sensiblemente desigual, y el desafío de los profesionales de la política es pivotear con éxito entre esas diversas escalas de evaluación.

Este escenario complejo impone responder a demandas encontradas, seguir el imperativo de *diferenciarse* para ganar notoriedad y a la vez aprender a no ser *tan* diferente para asegurarse un lugar en un juego que tiene múltiples reglas no escritas y mecanismos informales de sanción (al respecto, Bourdieu, 1981). En el Ministerio del Interior en particular, la importancia del modo de percepción y evaluación de los pares resulta determinante para hacer frente a sus principales rutinas y desafíos. En la mayoría de los casos, entonces, sus miembros fueron expertos en la “trastienda”, en la “política en minúsculas”; aquella que muchas veces hace posibles otras grandes decisiones y sostiene proyectos a largo plazo pero que difícilmente pueda reivindicarse frente a todos los públicos. Sin embargo, al ser también ministros defensores de la gestión de gobierno frente a los medios de comunicación, suerte de voceros informales de la agenda cotidiana, entre sus competencias muchas veces se encontraron la facilidad para el diálogo frente al público en general, la capacidad de traducir aquel trabajo político en términos aceptables para la opinión pública y sus intérpretes. En este sentido, se trata de expertos en el trabajo *interno* al campo político, pero también de hábiles jugadores en *distintos registros*, capaces de desempeñarse en diversos tableros a la vez y de velar por que los aspectos menos legítimos de su actividad permanezcan invisibilizados, resguardados por el secreto y la informalidad.

4. CONCLUSIONES. PROFESIONALES DE LA POLÍTICA, ¿PERO DE QUÉ TIPO?

En estas páginas señalamos que existe una división del trabajo político que cualifica de distintas maneras a sus miembros y los enfrenta a exigencias diferentes según los roles que desempeñan. Muchos trabajos de la sociología política francesa se han abocado a la especificidad de los distintos roles políticos (Gaxie, 1994; Kerrouche, 1997; Dulong, 2008; Dulong y Matonti, 2008; Lefebvre, 2010). Aquí distinguimos en particular los desafíos que tienen lugar frente a públicos *internos* o *externos*, al dirigirse prioritariamente a los ciudadanos y los medios

de comunicación o a los políticos detrás de escena, buscando generar acuerdos y compromisos entre ellos. Así, comprender la tarea y las características de los profesionales de la política implica observarlos en detalle y advertir ciertas diferencias: ¿políticos de qué tipo? ¿en qué nivel de gobierno? ¿en el marco de qué instituciones? ¿mediante qué mecanismos de llegada? (es decir, ¿por medio de elecciones o por nombramiento directo?, y en este último caso, ¿por qué tipo de nombramiento? ¿por decisión de quién?), ¿con qué tipo de instrumentos y recursos a su alcance?

El interés de estos distintos perfiles no se asienta en un fetichismo de las tipologías, sino en lo que los mismos permiten entender sobre la complejidad y diversidad del trabajo político. La presentación de sí (Goffman, 1997 [1959]) que realizan los políticos difiere ante sus distintos públicos, y también varían las legitimidades y justificaciones en las que pueden apoyarse según los diferentes contextos de interacción. Asimismo, las competencias y destrezas que se revelan primordiales en su acción son distintas en función de las diferentes *pruebas* de eficacia (Boltanski, 2009) que deben atravesar. Por eso, las preguntas en abstracto sobre los “buenos” políticos o los dirigentes partidarios “de calidad” (por ejemplo Alcántara, 2012: 188-236) resultan particularmente problemáticas. Los parámetros absolutos y generalizantes para medir esa supuesta calificación, como lo son la posesión de títulos universitarios o el conocimiento de idiomas, suelen pasar por alto lo que hemos intentado subrayar: lo que “deben ser” los políticos se define –y transforma– en contextos históricos específicos, en relaciones de poder y dinámicas políticas espacialmente situadas. Sin duda no se exigirá lo mismo a un referente barrial que a un presidente o un gobernador. De la misma manera, no se requerirán las mismas destrezas y competencias para desempeñarse como diputado o senador de la oposición que para hacerlo como ministro político del gobierno nacional. En la cartera de Interior, más allá de las distintas improntas que adquirió desde la vuelta de la democracia, la larga pertenencia al mundo político se reveló fundamental, como lo hicieron también el oficio, la intuición, la confianza del presidente y los vínculos fluidos con pares, la astucia, la creatividad y la discreción.

Por lo demás, los políticos profesionales lidian con distintas evaluaciones en diferentes registros y, en muchos casos, como señalaba

Weber, mantenerse en el tiempo implica desarrollar gradualmente una cierta ductilidad, una habilidad para moverse con soltura en todos ellos y saber cambiar de uno a otro. En el Ministerio del Interior, y para los “armadores políticos” en general o quienes se ocupan de lo que hemos llamado “política en minúsculas”, la capacidad de hablar distintos idiomas se vuelve fundamental: el de la “rosca”, la “trenza”, la negociación e incluso la coacción entre pares, y el de los debates y las controversias públicas, que implica instalar y defender en la escena mediática la agenda de gobierno. Es cierto que en cierto punto dicha destreza es requerida para todos los dirigentes políticos, cualquiera sea el lugar en que se desempeñen. La capacidad de autocontrol y el sentido de lo que puede decirse en un ámbito o en otro constituyen rudimentos básicos de este oficio, que, por supuesto, los distintos actores manejan con éxito desigual.

En este sentido, muchos de los elementos aquí señalados atañen a los distintos perfiles de políticos: por ejemplo, las características de las vías de entrada y los aprendizajes prácticos obtenidos en la primera militancia, la incertidumbre de sus carreras y la multiplicidad de sus recursos. De hecho, la mayoría de los políticos altamente profesionalizados que pasaron por la cartera del Interior circularon a lo largo de su vida por distintos tipos de cargos y espacios institucionales. Esa circulación, de hecho, los equipa con nuevos recursos y capitales. Muchas veces, lo que aprenden o construyen en uno de esos espacios, será fundamental para manejarse eficazmente en otros. En ese sentido, vimos que el paso por el Congreso, con las relaciones y los conocimientos que allí se cosechan, podría luego capitalizarse en la cartera de Interior y resultaría un diferencial atractivo para sus miembros. Por lo tanto, la frontera entre estos diversos “tipos” de agentes dista de ser tajante o impermeable. Sin embargo, los “armadores políticos” revisten una especificidad que es reforzada por los desafíos de este espacio. El manejo de los códigos internos, la llegada a los actores relevantes en los distintos partidos y puntos del territorio, y el respeto por las reglas no escritas del juego en común están en el corazón de su *sentido práctico* y hacen a su potencial eficacia para las tareas de intermediación y articulación política que desempeñan.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, Marcelo Luis (1984), *De Frondizi a Alfonsín. La tradición política del radicalismo*. Volumen 2. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.
- Ai Camp, Roderic (1971), "The Cabinet and the Tecnico in Mexico and the United States", *Administration & Society*, vol. 3, n° 2, pp. 188-214.
- Alcántara Sáez, Manuel (2012), *El oficio de político*. Madrid, Editorial Tecnos.
- Amorim Neto, Octavio (2006), "The Presidential Calculus. Executive policy making and cabinet formation in the Americas", *Comparative Political Studies*, vol. 39, n° 4, pp. 415-440.
- Amorim Neto, Octavio (2000), "Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil", *Dados*, v. 43, n° 3, 46 p.
- Amorim Neto, Octavio (1994), "Formação de gabinetes presidenciais no Brasil: coalizao versus cooptação", *Nova Economia*, vol. 4, n° 1, pp. 9-34.
- Boltanski, Luc (2009), *De la critique*. Paris, Gallimard.
- Bourdieu, Pierre (1981), "La représentation politique", *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 36, n° 1, pp. 3-24.
- Briquet, Jean-Louis (1994), "Communiquer en actes. Prescriptions de rôle et exercice quotidien du métier politique", *Politix*, vol. 7, n° 28, pp. 16-26.
- Camerlo, Marcelo (2013), "Gabinetes de partido único y democracias presidenciales. Indagaciones a partir del caso argentino", *América Latina Hoy*, n. 64, pp. 119-142.
- Canelo, Paula (2014), "Represión, consenso y 'diálogo político'. El Ministerio del Interior durante la última dictadura militar en Argentina", en *Política/Revista de Ciencia Política*, vol. 52, n° 2, pp. 219-241.
- Cetrángolo, Oscar y Juan Pablo Jiménez (2003), *Política fiscal en Argentina durante el régimen de convertibilidad*, Santiago de Chile, Serie de documentos ILPES-CEPAL.

- Chasqueti, Daniel; Daniel Busquet y Antonio Cardarello (2013), “La designación de gabinetes en Uruguay: Estrategia legislativa, jerarquía de los ministerios y afiliación partidaria de los ministros”, *América Latina Hoy*, n° 64, pp. 15-40.
- Dulong, Delphine y Frédérique Matonti (2008), « Comment devenir un(e) professionnel(le) de la politique. L'apprentissage des rôles au Conseil Régional d'Ile-de-France », *Sociétés et représentations*, n° 24, pp. 251-268.
- Dulong, Delphine (2008), « Le Premier Ministre en actes et en coulisses. L'histoire comme outil et objet d'analyse sociologique des institutions politiques », en Michel Offerlé y Henry Rouso (dir.), *La fabrique interdisciplinaire*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, pp. 47-58.
- Elías, Norbert (2009 [1977]), *El proceso de la civilización*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Frederic, Sabina (2004), *Buenos vecinos, malos políticos. Moralidad y política en el gran Buenos Aires*, Buenos Aires, Prometeo.
- Gaxie, Daniel (1994), « Le maire entre disciplines et libertés. Remarques sur les limites du travail politique », *Politix*, vol. 7, n° 28, pp. 140-148.
- Gené, Mariana (2014), *Al interior de la política. Trayectorias, destrezas y modos de hacer política en el Ministerio del Interior (1983-2007)*, Tesis de Doctorado, UBA-EHESS (Paris).
- Gené, Mariana (2012), “Prácticas, destrezas y códigos del trabajo político en democracia. Una aproximación desde el Ministerio del Interior en Argentina”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, UNAM, año LVII, n° 215, pp. 71-96.
- Gené, Mariana; Mariana Heredia y Luisina Perelmiter (2015), “La acción estatal en plural. Ministerios y desafíos de gobierno en la Argentina democrática”, *XII Congreso Nacional de Ciencia Política*, SAAP-UNCuyo.
- Giorgi, Guido (2014), “Ministros y ministerios de la Nación: un aporte prosopográfico para el estudio del gabinete nacional (1854-2011)”, *Apuntes, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad del Pacífico*, vol. XLI, n° 74.

- Giorgi, Guido (2015), “Modos de acceso y circulación por el Gobierno Nacional. Perfiles, sociabilidades y redes sociopolíticas y religiosas de los cuadros de gobierno de Desarrollo Social de la Nación. Argentina, 1994-2011”, Tesis de Doctorado en cotutela UBA-EHESS.
- Goffman, Erving (1997 [1959]), *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires, Amorrortu Editores.
- Granovetter, Mark S. (1973), “The strength of weak ties”, *American Journal of Sociology*, vol. 78, n° 6, pp. 1360-1380.
- Heredia, Mariana; Mariana Gené y Luisina Perelmiter (2012), “Hacia una socio-historia del Gabinete Nacional”, en *Polhis - Boletín Bibliográfico Electrónico del Programa Buenos Aires Historia Política*, año 5, n° 9, primer semestre de 2012, pp. 284-290.
- Jones, Mark; Sebastián Saiegh; Pablo T. Spiller y Mariano Tomassi (2000), “Políticos profesionales – legisladores ‘amateurs’. El Congreso argentino en el siglo XX”, ponencia presentada en la *Conferencia Anual de la Sociedad Internacional de la Nueva Economía Institucional*, Tübingen, Alemania, 50 p.
- Kerrouche, Éric (1997), “L'apprentissage du rôle de sous-préfet”, *Politix*, n° 38, pp. 88-110.
- Lamont, Michèle y Virág Molnár (2002), “The Study of Boundaries in the Social Sciences”, *Annual Review of Sociology*, n° 28, pp. 167-195.
- Lagroye, Jacques (dir.) (2003), *La politisation*. Paris, Belin.
- Lagroye, Jacques (1997), “On ne subit pas son rôle”, *Politix*, n° 38, pp. 7-17.
- Lagroye, Jacques (1994 [1991]), *Sociología Política*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Lefebvre, Rémi (2010), “Se conformer à son rôle. Les ressorts de l'intériorisation institutionnelle”, en Jacques Lagroye y Michel Offerlé (dirs.), *Sociologie de l'institution*. Paris, Belin, pp. 219-247.
- Leiras, Marcelo (2013), “Las contradicciones aparentes del federalismo argentino y sus consecuencias políticas y sociales”, en Carlos Acuña (comp.), *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, estado y actores en la política argentina*. Buenos Aires, Siglo XXI-Fundación OSDE, pp. 209-245.

- Lodola, Germán (2011), “Gobierno nacional, gobernadores e intendentes en el período kirchnerista”, en Andrés Malamud y Miguel De Luca (coord.), *La política en tiempos de Kirchner*. Buenos Aires, Eudeba, pp. 217-227.
- Lodola, Germán (2009), “La estructura subnacional de las carreras políticas en Argentina y Brasil”, *Desarrollo Económico*, vol. 49, n° 194, pp. 247-286.
- López, Andrea; Aníbal Corrado y Hernán Ouviña (2005), “Entre el ajuste y la retórica: la administración pública tras veinte años de reformas”, en Mabel Thwaites Rey y Andrea López (eds.), *Entre tecnócratas globalizados y políticos clientelistas. Derrotero del ajuste neoliberal en el Estado argentino*. Buenos Aires, Prometeo, pp. 117-144.
- Luna, Félix (2003), *Los gobiernos radicales*. Buenos Aires, Planeta - La Nación.
- Martinez-Gallardo, Cecilia (2011), “Designing Cabinets: Presidential Politics and Cabinet Instability in Latin America”, *Kellogg Institute for International Studies – Working Paper #375*, 37 p.
- Mustapic, Ana María (2000), “Oficialistas y diputados: Las relaciones Ejecutivo-Legislativo en la Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol. 39, n° 156, pp. 571-595.
- Obradovich, Gabriel (2019), “Las elites partidarias de la Unión Cívica Radical y la formación de la Alianza (1990-1997)”, en Paula Canelo y Mariana Heredia (comps.), *Los puentes y las puertas. Las fronteras de la política argentina a través de sus elites*. Buenos Aires, Unsam Edita, pp. 57-78.
- Offerlé, Michel (2011), *Perímetros de lo político: contribuciones a una socio-historia de la política*. Buenos Aires, Antropofagia.
- Orlansky, Dora (1995), “Crisis y transformación del Estado en la Argentina (1960-1993)”, *Cuaderno de Estudios Empresariales*, n° 5, pp. 375-403.
- Oszlak, Oscar (2000), “El mito del Estado mínimo: Una década de reforma estatal en la Argentina”, ponencia presentada en el *IV Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santo Domingo, 28 p.

- Pomares, Julia; Marcelo Leiras, María Page, Soledad Zárata y María Belén Abdala (2014), “Los caballeros de la mesa chica. La lógica de designación de los gabinetes desde 1983”, *Documentos de Políticas Públicas del CIPPEC*, n° 139, 12 p.
- Serrafero, Mario (2005), *Exceptocracia, ¿confín de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Lumière.
- Sued, Gabriel (2019), *Los secretos del Congreso*. Buenos Aires, Ediciones B.
- Weber, Max (2002 [1919]), “La política como vocación”, en Max Weber, *El político y el científico*. Buenos Aires, ACeditores.

LEY Y JUSTICIA EN LA TRINCHERA ESTATAL

EXPERIENCIAS DE INSPECTORES LABORALES EN BUENOS AIRES¹

LUISINA PERELMITER²

CONICET- Escuela Interdisciplinaria de Altos Estudios
Sociales, UNSAM - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 526-550

Resumen: El Estado, las burocracias y las políticas públicas han sido habitualmente analizadas desde arriba hacia abajo, de forma descendente. Existe, sin embargo, una prometedora agenda de investigación que aborda las prácticas de los agentes estatales y sus interacciones con los ciudadanos para de este modo reconstruir, “desde abajo”, la forma en que las políticas públicas son actuadas y experimentadas por distintos grupos sociales. A partir del trabajo de campo etnográfico realizado junto a inspectores laborales durante 6 meses en la Ciudad de Buenos Aires, este artículo se sirve de esta literatura para reconstruir los dispositivos, prácticas y razonamientos inscriptos en diversas situaciones de inspección. En particular, analizamos las relaciones entre la experiencia de “hacer cumplir la ley” y la de “hacer justicia” en dichas situaciones. Se sostiene que esa relación tiene la forma de una *tensión mundana* en la vida institucional de esta burocracia de calle; dilemas que no ocasionan ninguna ruptura del sistema en sí, pero que dotan de contenido a lo que denominamos la *dimensión experiencial de la ciudadanía*. El

¹ Este artículo se publicó en *Trabajo y Sociedad*, N° 34, 2020.

² Profesora en el Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín, Investigadora asistente del CONICET. lperelmiter@unsam.edu.ar



artículo cruza, así, dos cuestiones de relevancia para una sociología del Estado sensible a los desafíos de la sociedad contemporánea. Por un lado, la pregunta por cómo el Estado lidia cotidianamente con las dificultades para efectivizar principios de justicia universales. Por el otro, la pregunta por cuánto de esas dificultades contribuyen a borrar las fronteras entre lo legal y lo ilegal en la vida institucional de ese Estado.

Palabras clave: burocracias de calle; inspectores laborales; informalidad; ley; justicia

INTRODUCCIÓN

Esa mañana la cita era en el bar La Perla, en el barrio de Once. Había mucho bullicio, más de 50 inspectores conversaban y tomaban café. José, el inspector a cargo por el Ministerio de Trabajo, me dijo que esta vez el recorrido iba a ser de a pie, para evitar el tránsito. Me presentó a Pablo, el inspector al que iba a acompañar. Como en días anteriores, me sorprendió la cantidad de inspectores que componía cada grupo de trabajo. Eran once en total, de distintas áreas de por lo menos cuatro organismos diferentes, de nivel nacional y municipal. Uno de los inspectores de la AFIP, el órgano nacional recaudatorio, iba de traje y conducía al grupo por la vereda. Tenía un listado de direcciones. Tocaban timbre, no contestaba nadie, esperaban un rato, sacaban fotos, preguntaban a los vecinos si sabían de la existencia de un taller textil en esa dirección y continuaban caminando hacia la siguiente dirección. Era tedioso.

En uno de los edificios, donde tampoco contestaban al timbre, alguien abrió la puerta desde afuera y nos dejó pasar. Entramos y comenzamos a subir por la escalera, buscando uno de los departamentos en la lista. El edificio entero parecía ser un taller, había baños en los pasillos, un ascensor que decía carga y otro que decía pasajeros. De repente, escuchamos a una mujer que subía atrás nuestro: “¡A mí me buscan señores! ¡Dejen pasar!” ...la mujer tendría unos 50 años, el pelo canoso, le faltaban algunos dientes, era muy delgada y estaba vestida con ropa gastada y sucia. “¿Tanto para mí, tan chiquita?” -preguntó, mirando al grupo de inspectores amontonado en el pasillo, mientras

abría una puerta. El departamento que abrió no era el que estaba en el listado, pero era un taller, un pequeño monoambiente donde había una máquina de coser, pilas de ropa en el piso y un hombre planchando. “Hay talleres por todo el edificio, son 52 unidades”- advirtió la mujer. “Me da miedo tantos hombres, vienen en patota ustedes...”-agregó. Los inspectores eran tantos que ni siquiera entraban en el taller. El despliegue era abrumador: cada uno con su planilla en mano, observaba el monoambiente, hacía preguntas.

“Soy la que da la cara y me atacan así...” -se lamentaba la mujer. En cierto momento, el inspector a cargo llamó por teléfono a la oficina central de la AFIP, hablaba en voz alta: “es muy chiquito esto, entramos de casualidad, tiene una sola máquina, camisas, uniformes y vestiditos. La señora no se acuerda su clave fiscal”. “Le tiene que decir a su contador que le dé el alta”-le dijo a la mujer luego de cortar el teléfono. “No tengo contador, soy yo sola” -contestaba. “Dígale a un familiar, son 5 minutos” -insistía el inspector. “Voy a cerrar, no me da más la salud...” -se quejaba. El inspector me miró: “me va a hacer llorar esta mujer...” Mientras tanto Pablo, el inspector de trabajo al que acompañaba, le tomaba los datos al hombre que estaba planchando y corroboraba en su netbook si estaba registrado en el sistema de seguridad social. Como no había buena conexión de internet, tuvo que repetir la operación varias veces. Finalmente, saltó en el sistema que no estaba registrado, por lo que labró el acta con la infracción. Se paró al lado de la mujer y le extendió el acta, diciéndole que tenía 10 días para asistir a una “cita de audiencia” y que si le daba el “alta temprana” al trabajador antes de eso sólo iba a tener que abonar 300 pesos de multa. La mujer agarró el acta bruscamente y la apilo junto a otros papeles.

Un inspector más, que no era parte del grupo, apareció en el monoambiente. “Buenos días, soy el Doctor Benítez, inspector de mono-tributo” -le extendió la mano a la mujer amablemente-. Esta lo miró atónita: “¡Toda esta patota para una persona sola! ¡Es ridículo! ¡Lo que hacen ustedes es ridículo!” -gritó indignada. “Me atacan a mí que doy la cara, quiero que vengan acá y que le digan al portero que se quede en la puerta y vayan a todos los departamentos que hay...” Entretanto, otro inspector, el de seguridad e higiene, se acercó con una planilla. “En algunos días va a venir otra inspección, si quiere evitar la clausura le convendría hacer los arreglos que anoté acá...” La mujer lo miró un

instante, se levantó de la silla, empujó al inspector de seguridad e higiene y salió al pasillo “¡No me agreda físicamente señora!” -gritó el inspector. “¡Vayan a la clausura, señores, ahora mismo cierro!” “Nos vamos, dejá todo” -le dijo al empleado. “¡Vayan a la clausura, señores!” -insistió alterada desde la puerta con la llave en mano. Los inspectores se apuraron para salir del monoambiente y se amontonaron en el pasillo. “¡A la clausura! “¡A la clausura!” -se escuchaba gritar a la mujer mientras bajaba la escalera. Al minuto, también bajamos. “No la iba a clausurar, le estaba avisando para que no la clausuren” -aclaraba afligido el inspector de seguridad e higiene, mientras caminábamos hacia otro edificio de la lista (Notas de campo, Buenos Aires, 30-09-2015)³.

La escena relatada tuvo lugar durante un operativo de fiscalización de talleres textiles que, durante 2015, realizaban juntos varios organismos estatales en la ciudad de Buenos Aires. El operativo textil era una acción derivada, en parte, de la atención mediática que unos meses antes había recibido la muerte de dos niños por el incendio de un taller clandestino en el sur de la ciudad. No era la primera vez que sucedía una tragedia de este tipo. La existencia de talleres clandestinos, donde abunda el trabajo esclavo, el hacinamiento y el riesgo de vida, es un secreto a voces, pero la visibilidad pública de la tragedia había puesto en alerta a las burocracias fiscalizadoras. Participé de este operativo sin un interés específico en la cuestión de los talleres textiles ilegales, sino buscando registrar los *principios de justicia* que orientan las prácticas de una de esas burocracias, la que congrega a los inspectores laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEySSN)⁴.

³ Una versión anterior de este artículo fue discutida en el Workshop “Argentina en perspectiva sociológica” organizado por la Universidad de Texas, Austin y el IDAES-UNSAM en octubre de 2017. Agradezco los comentarios de Claudio Benzecry, Javier Auyero, Matías Dewey y el resto de los participantes del evento que contribuyeron mucho a mejorar aquella versión. Agradezco también los agudos comentarios del revisor anónimo del artículo, y de Mariana Heredia, Mariana Gené, Elsa Pereyra, Vilma Paura y los demás integrantes del grupo Gajes del Oficio. La investigación en la que se basa el artículo contó con financiamiento de la Agencia Nacional de Ciencia y Técnica, a través del PICT 1350-2015.

⁴ En adelante, para referirnos a este Ministerio utilizaremos la sigla o la expresión más sencilla “Ministerio de Trabajo”

En particular, me interesaba registrar las relaciones que podían existir entre la experiencia de “hacer cumplir la ley” y la de “hacer justicia” en las situaciones mismas de inspección. ¿Cómo se elabora esa relación en los encuentros entre inspectores, empleadores y empleados⁵? ¿Hay convergencias, tensiones o paradojas? ¿Qué tipo de argumentos y puestas en escena estructuran la disputa por la justicia y por el sujeto sobre el que hacer justicia en la trinchera de la acción estatal? La escena en el taller textil pone en evidencia que no existen respuestas obvias a estas preguntas.

A partir del trabajo de campo etnográfico con inspectores laborales que llevé a cabo durante 6 meses en Buenos Aires⁶, este artículo reconstruye dispositivos, prácticas y razonamientos inscriptos en diversas situaciones de inspección laboral. Con esto, busco contribuir a una agenda de investigación en crecimiento, centrada en la vida capilar de las burocracias estatales y en las prácticas de los agentes estatales “menores”, cruciales sin embargo para la experiencia cotidiana que las personas tienen de la autoridad estatal (Lipsky, 1983; Gupta, 1995; Haney, 2002; Dubois, 2012; Auyero, 2013; Perelmiter, 2016).

Los inspectores del Ministerio de Trabajo a los que acompañé en su trabajo sólo fiscalizan que los empleados, o “personas encontradas en actitud de trabajo”, estén registrados en el sistema de seguridad social⁷. Su tarea cotidiana, sea en el marco de operativos con otros inspectores o de recorridos a solas en la calle, consiste en observar

⁵ El uso de lenguaje inclusivo, que no discrimine por género, sería consistente con la posición de la autora al respecto. No obstante, para evitar la sobrecarga gráfica que supondría referir al femenino y masculino en simultáneo, se optó por emplear el genérico tradicional masculino. Valga la aclaración como reconocimiento de una limitación.

⁶ El trabajo de campo se realizó entre agosto de 2015 y marzo de 2016. En ese tiempo, observé y participé de una variedad de actividades de la Dirección Nacional de Inspección Federal del MTySSN: operativos de inspección a talleres textiles (en conjunto con inspectores de otros organismos) y a empresas de transportes; inspecciones de rutina en distintos barrios de Buenos Aires dentro del “Plan Nacional de Regularización del Trabajo” y actividades de capacitación en las oficinas. También realicé una veintena de entrevistas a inspectores laborales de la misma Dirección y a altos funcionarios o técnicos vinculados a la política de fiscalización en distintas áreas del MTySSN.

⁷ Esta facultad está regulada por la Ley de Ordenamiento Laboral N° 25.877.

esta norma. Su acción se inscribe dentro de un objetivo de política sociolaboral: fomentar el registro del empleo y, por tanto, las obligaciones y los derechos asociados a ese registro. Constituyen por eso, además de una burocracia fiscalizadora, una burocracia del bienestar, cuyo horizonte ético es la protección del polo más frágil, el trabajador, del vínculo laboral.

Sin embargo, en la práctica, ese horizonte ético no siempre se avizora claramente. Sin llegar a los extremos de la escena relatada, durante nuestro trabajo de campo registramos una variedad de situaciones dilemáticas para los inspectores: sea porque el blanco de la inspección, el empleador, es percibido como un eslabón frágil en los vínculos económicos que lo involucran; sea porque se percibe que las consecuencias de las sanciones pueden resultar perjudiciales para el trabajador; sea, finalmente, porque se plantean demandas y quejas que los inspectores entienden razonables. En efecto, en un mercado de trabajo con alrededor de un 35% de trabajo no registrado persistente, las situaciones de informalidad y los vínculos laborales involucrados son heterogéneos, difíciles de evaluar desde un principio universal. El hecho de que la mayor parte del empleo no registrado no pueda ser objeto de fiscalización, dado que pertenece al mundo de la economía informal o doméstica, vuelve siempre ambivalente la justificación *in situ* de la fiscalización que sí es factible hacer⁸. Me interesa entonces observar en qué medida esta heterogeneidad y el modo en que es percibida y significada por los inspectores laborales, los empleadores y los trabajadores en las situaciones mismas de inspección, alimenta ideales de justicia diferentes a las normativas laborales.

La literatura sobre inspección laboral en Argentina y América Latina no se ha detenido en estas cuestiones. Algunos estudios se ocuparon de evaluar fortalezas y debilidades institucionales de la política

⁸ De acuerdo con datos del 2011, el 65% de los trabajadores informales son asalariados (cerca de 3 millones de personas), pero sólo un 23.6% se desempeña en unidades productivas con algún grado de formalidad y, por eso, susceptibles de fiscalización. El resto se desempeña en la economía informal o en hogares. Asimismo, la tasa de informalidad es muy diversa si se considera el tamaño de los establecimientos; en unidades productivas pequeñas, de menos de 5 empleados, es marcadamente más elevada (62,1%) que en unidades de más de 40 empleados (8,3%) (Contartese et al, 2015).

de inspección laboral en general (Beccaria y Galín, 2002; Marshall 2007; Ronconi, 2010). Otros trabajos examinaron las relaciones entre inspectores y actores de la sociedad civil, mostrando las circunstancias en las que esta alianza favorece el *enforcement*⁹ de la normativa laboral (Amengual, 2015), mientras que otros se interesaron más por las relaciones clandestinas entre actores estatales y sociales que favorecen el *non-enforcement*, sea en función de la reproducción de mercados ilegales como el textil o el de autopartes (Dewey, 2015, 2017) o en función de necesidades políticas, que hacen de la tolerancia a la ilegalidad una cuasi política social (Holland, 2017).

Más allá de la cuestión del *enforcement*, en este artículo no preguntamos por la legitimidad del orden legal en la trinchera de la acción estatal, ahí donde ocurren las interacciones entre agentes estatales y ciudadanos. En ese sentido, analizaré situaciones dónde la relación entre ley y justicia entra en tensión en los detalles de la práctica estatal sin por ello ocasionar ninguna ruptura del sistema. Es decir, sin por ello implicar necesariamente que los inspectores dejen de fiscalizar el cumplimiento de normas o dejen de actuar de acuerdo con las normas. Creo que esta *tensión mundana*¹⁰ entre ley y justicia es una experiencia relevante en la trinchera de muchas burocracias del bienestar y, por eso, resulta una vía de acceso apropiada para entender la vida institucional del Estado y la construcción cotidiana de su legitimidad.

Como ocurre con cualquier burócrata de calle, en la clásica definición de Michael Lipsky (1983), los inspectores laborales en Buenos Aires tienen un rol relevante en el modo en que el poder estatal es experimentado por empleadores y empleados. Como es de esperar, los inspectores ejercen su margen de discrecionalidad en la manera y la medida en la que hacen valer la legislación laboral. Sin embargo, contra lo que suele creerse, esta discrecionalidad no es azarosa ni está siempre originada en la subjetividad o el interés individual del inspector o en

⁹ Utilizamos el término inglés *enforcement*, que significa el proceso activo de *hacer que se cumpla* alguna norma o principio, dado que no existe en español un término equivalente.

¹⁰ Utilizamos el adjetivo "*mundana*" para enfatizar que se trata de relaciones de tensión cotidianas y corrientes, ni extraordinarias ni extremas, inscriptas en las sutilezas de las interacciones entre agentes estatales y ciudadanos.

algún fin estratégico mayor, sino que está colectivamente organizada por convenciones tácitas que algunas veces van más allá del orden legal, y que se activan, a menudo, frente a situaciones percibidas como éticamente dilemáticas¹¹. Me interesa reconstruir estas situaciones, el tipo de conflictos que generan y los modos en que suelen ser “resueltos”.

Este artículo cruza, así, dos cuestiones de relevancia para una sociología del Estado sensible a los desafíos de la sociedad contemporánea. Por un lado, la pregunta por cómo el Estado lidia cotidianamente con la heterogeneidad de la sociedad y las dificultades para efectivizar principios de justicia universales (Fraser, 2010). Por el otro, la pregunta por cuánto de esas dificultades contribuyen a borrar las fronteras entre lo legal y lo ilegal en la vida institucional de ese Estado, alguna de sus “zonas grises”, en la metáfora utilizada por Javier Auyero (2007). En la conexión entre estas dos cuestiones existe una clave importante para comprender los claros y oscuros de lo que denomino la *dimensión experiencial de la ciudadanía*, aquella que se concreta en los encuentros burocráticos cotidianos y que no necesariamente coincide con lo que el código legal consagra como derechos y obligaciones.

El texto continúa de la siguiente manera. En el primer apartado describo el dispositivo de inspección laboral en Argentina, reconstruyendo la lógica bajo la cual se organiza. En el segundo apartado, analizo la cuestión de la justicia y la ley desde la perspectiva de la práctica de los inspectores. Termino con una síntesis de los hallazgos y sus posibles contribuciones a los debates en torno a las relaciones entre el orden jurídico, la justicia y la legitimidad estatal en nuestras sociedades.

EL DISPOSITIVO DE INSPECCIÓN LABORAL EN LA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA

La inspección laboral es una institución estatal centenaria, importante en la regulación de las relaciones de trabajo argentinas desde

¹¹ En esta línea, existe una literatura que explora el rol que pueden cumplir las burocracias de calle como herramientas de flexibilización y adaptación de políticas regulatorias (del mercado de trabajo, por ejemplo) a situaciones específicas. Es decir, se propone conducir la discrecionalidad de los agentes estatales de calle y los saberes tácitos que la orientan en favor de una mayor eficacia

comienzos del siglo XX (Soprano, 2010). Hacia mediados de los años noventa, sin embargo, en un contexto de incremento sostenido de la economía y el empleo informal, la mayoría de las funciones de inspección fueron delegadas en los gobiernos provinciales y ésta pasó a tener un rol muy menor en la política laboral. A partir de 2004, esta tendencia mostró algunos cambios. Según reconstruye Peretti (2016), el Estado nacional no recuperó competencias plenas de fiscalización laboral, pero expandió significativamente sus burocracias de inspección y ejerció mayores atribuciones. En efecto, el “Plan Nacional de Regularización del Trabajo” (PNRT) y la ley 25877 que crea el “Sistema Integral de Inspección del Trabajo y la Seguridad Social” en el ámbito del Ministerio de Trabajo, caracterizaron como un problema prioritario los altos y persistentes niveles de empleo no registrado existentes en el país. Dado que el órgano recaudatorio nacional, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), tiene competencias sobre los impuestos de la seguridad social, se estableció una competencia concurrente con el Ministerio de Trabajo por lo que éste último recuperó la facultad de fiscalizar la registración en el inicio de la relación laboral¹². Para 2015, esta era, básicamente, la norma que fiscalizaban alrededor de 400 inspectores laborales en las 40 delegaciones regionales del Ministerio de Trabajo distribuidas por el país.¹³

y legitimidad social de la intervención estatal en general (Piore y Schrank, 2008; Romero Gudiño, 2008; Piore, 2011; Pires, 2011).

¹² Dado que las contribuciones de la seguridad social se realizan a través de organismos nacionales, el MTEySS encontró una justificación normativa para asumir competencias federales de fiscalización sobre el registro de los empleados en el sistema de aportes y contribuciones de la seguridad social. Luego, en 2014, la ley 26940 de “Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral”, crea un registro público de empresas en infracción y define políticas que incentivan el registro del empleo para pequeñas y medianas empresas. Básicamente, otorgando un tiempo de 10 días para rectificar la falta de registro de empleados. Para mayores detalles de este proceso ver Peretti (2016).

¹³ Excepto que se indique lo contrario, a partir de aquí la información sobre la inspección laboral argentina proviene de la página web del MTEySS (<http://www.trabajo.gob.ar/inspeccion/> [última consulta: 13/07/2015]) y de nuestras entrevistas con funcionarios e inspectores de ese ministerio. La información tiene vigencia hasta 2016, describe la organización de la inspección al momento de nuestras observaciones de campo.

De acuerdo con nuestros informantes, desde la Dirección de Inspección Federal (DIF), donde situamos nuestro trabajo de campo, se realizaban cerca del 20% de las inspecciones laborales totales en la ciudad de Buenos Aires (es decir, sobre cualquier actividad económica) y el 90% de las inspecciones de competencia federal (sobre actividades sin jurisdicciones precisas, como transportes de mediana y larga distancia, puertos y aeropuertos). La DIF contaba con alrededor de 40 inspectores activos. La operatoria de las inspecciones era variada. Una buena parte del trabajo cotidiano consistía en realizar inspecciones de rutina en el marco del PNRT, donde fiscalizaban el registro de los empleados en comercios y otras unidades económicas situadas en zonas específicas de la ciudad. Para ello, los inspectores recibían semanalmente un listado de direcciones que tenían que rastrillar, a razón de un mínimo de diez por día. Los inspectores también tenían facultades para hacer fiscalizaciones en lugares que no constaran en los listados. Podían y tenían la obligación de realizar inspecciones no planificadas a raíz de denuncias *in situ* o cualquier otra eventualidad.

Los listados de direcciones reemplazaron otros mecanismos de selección de unidades a inspeccionar. Anteriormente, los inspectores recibían un radio geográfico que tenían que barrer en su totalidad. Es decir, se les asignaban cierta cantidad de cuadras y toda unidad económica localizada en ellas debía ser fiscalizada. El barrido dejaba mayor margen al inspector para definir donde entrar y donde no. El fortalecimiento del sistema de fiscalización, desde 2004, vino de la mano del reemplazo del barrido por la planificación de los focos de inspección, a cargo de áreas no involucradas directamente en tareas operativas de inspección en la calle.

No obstante, la forma en que se elaboraban los listados no era algo transparente para los inspectores. Algunas veces los elaboraban dentro de la Dirección de Inspección Federal, otras los enviaban desde las áreas de planificación. Algunos listados se elaboraban exclusivamente a partir de denuncias. En general, los inspectores más experimentados se ocupaban de hacer este tipo de inspecciones, en las cuales cabía esperar infracciones e interacciones conflictivas y violentas. Era común que los listados que no se elaboraban a partir de denuncias tuviesen errores, muchas direcciones correspondían a domicilios particulares o a locales sin actividad, cerrados. Los inspectores se quejaban de esto,

aducían que les hacían perder el tiempo. Varios señalaban que ellos sabían dónde encontrar empleo no registrado, porque sabían leer sus indicios; que si los “largaban sin listados” las inspecciones sin infracciones serían mínimas.

Los funcionarios de las áreas de seguimiento y planificación, por su parte, enfatizaban la necesidad de reducir el margen de discrecionalidad de los inspectores en la relación con los empleadores como un modo de reducir la corrupción del sistema. Que el inspector no seleccione enteramente las unidades a inspeccionar formaba parte de este imperativo. En efecto, la presunción de corrupción, una especie de secreto a voces al interior de esta burocracia, organizaba una buena parte de la operatoria de inspección y de las relaciones entre sus agentes. Desde la perspectiva de los inspectores, la menor autonomía para realizar su trabajo suponía renunciar a sus capacidades y saberes forjados en la práctica y en la calle. Más todavía, suponía que sólo ellos eran la “fuente” de corrupción. La corrupción era una acusación cruzada, de los inspectores hacia los funcionarios jerárquicos o políticos, que presuntamente solicitaban que se realizaran excepciones por razones espurias; de éstos últimos hacia los inspectores; y de los inspectores entre sí. Por supuesto que no fue una práctica que pudiéramos observar en nuestro trabajo de campo, pero casi todos los inspectores con los que conversamos señalaban que algunos de sus compañeros y/o las autoridades eran corruptos.

Las maneras de controlar desde arriba la práctica de los inspectores en la calle fueron variando. En 2015 hacía un año que realizaban sus tareas mediante notebooks que llevaban a las visitas. Ingresaban los datos de los empleados -definidos como personas en actitud de trabajo- en una base de datos del organismo encargado de la seguridad social, ANSES, y ahí mismo “saltaba” si estaban o no registrados. Si no estaban registrados, el sistema elaboraba el acta de infracción y la enviaba a las áreas respectivas, con un “click”. *“Una vez que el inspector da el click, no se puede ir para atrás en una inspección, ni yo puedo”*, enfatizaba el director de la DIF¹⁴, próximo a jubilarse, sobre la mejora sustantiva que representaban las notebooks en los márgenes que tenían

¹⁴ Entrevista con la autora, 11-09-2015.

las autoridades para intervenir sobre la tarea de inspección. El subtexto de estos comentarios era, precisamente, una respuesta a la sospecha de que las autoridades intervenían sobre los procesos de inspección por razones políticas. Varios inspectores en las entrevistas me contaban anécdotas sobre llamados “desde arriba” para dar marcha atrás en visitas a ciertos lugares.

Los inspectores realizaban las visitas solos, excepto cuando había que enseñar el trabajo a un inspector novato. Trabajar solos en la calle era motivo de quejas y malestares. Desde sus perspectivas, trabajar en parejas podía hacer más eficaz el dispositivo de inspección: dividirse roles y performances, y multiplicar la mirada en lugares como restaurantes o supermercados. Inspeccionar de a dos, además, podía permitirles manejar mejor las situaciones de violencia en la interacción con los empleadores, un tema que estaba en el centro de sus preocupaciones. En las entrevistas, las anécdotas sobre situaciones de violencia verbal y física eran la respuesta generalizada a mi pregunta sobre cuáles eran las dificultades del trabajo de inspección. Un manejo diestro de la situación de inspección, para muchos de ellos, era aquel que lograba sortear con serenidad esa violencia, no incitarla ni acrecentarla. Desde el punto de vista de las autoridades, el motivo por el que no trabajan en parejas se asociaba a un imperativo de productividad, la necesidad de realizar más inspecciones en menos tiempo, para de este modo mejorar las estadísticas que luego servían para evaluar el desempeño de la política fiscalizadora¹⁵.

Una vez por semana, los inspectores se dirigían a la oficina central de la DIF para dejar las actas labradas, completar los trámites y llevarse un nuevo listado de direcciones. Sólo en ese momento y en los operativos conjuntos, se encontraban cara a cara con algunos de sus compañeros y con sus jefes inmediatos. En esas circunstancias comentaban algunas experiencias en la calle. Esta falta de contacto, no obstante, se subsanaba mediante un grupo de *WhatsApp* donde cada uno hacía consultas o pedía ayuda en situaciones específicas. Es decir, los inspectores pasaban la mayor parte de su tiempo de trabajo solos, pero estaban constantemente conectados con sus compañeros.

¹⁵ Entrevistas con la autora, 11-09-2015 y 24-09-2015.

Además del *WhatsApp* los inspectores reflexionaban y discutían sobre situaciones o casos dilemáticos en sus tareas en las capacitaciones que cada tanto se organizaban en las oficinas, generalmente a cargo de inspectores con más antigüedad o saberes específicos. En estos intercambios existía cierta construcción colectiva, tácita, de un “sentido común” que permitiera realizar las inspecciones de modo adecuado al objetivo sustantivo de la política de fiscalización global. De allí que muchos relatos sobre la actuación adecuada en situaciones y frente a casos específicos tuvieran justificaciones similares, como veremos en la sección siguiente¹⁶.

En suma, el dispositivo burocrático de inspección se organiza en gran medida para responder a dos imperativos: la reducción de la discrecionalidad del inspector en la calle y el incremento de productividad. Tanto uno como otro imperativo se asocian a cuestiones de legitimidad. Sea por la conveniencia de mostrar incrementos estadísticos en la cantidad de inspecciones realizadas frente a otras áreas del Ministerio y a diversos especialistas, sea por la necesidad de mostrar la voluntad de controlar desde arriba los posibles desvíos éticos en las prácticas de los inspectores. Desde el punto de vista de los inspectores, sin embargo, responder a estos imperativos no necesariamente redundan en un sistema de inspección más eficiente y justo. Por el contrario, muchos de ellos sostienen que pierde de vista saberes experienciales que podrían ser útiles para orientar la selección de unidades a inspeccionar que, a su vez, podría redundar en una mejora de la productividad que permita al fin el trabajo en parejas.

DILEMAS DE LA JUSTICIA LABORAL EN LA TRINCHERA ESTATAL

Comencé la investigación sobre la vida cotidiana de la inspección laboral con algunas inquietudes que dejó una investigación anterior,

¹⁶ Observamos algunas de estas actividades de capacitación el 18-09-2015 y el 23-09-2015. Los inspectores también tenían ocasión de intercambiar puntos de vistas durante los operativos de fiscalización sobre transportes o rubros específicos, de los cuales participamos en varias oportunidades, durante los seis meses que duró el trabajo de campo etnográfico.

sobre las prácticas de agentes estatales involucrados en la implementación de políticas sociales (Perelmiter, 2015). Estos agentes interactuaban con personas pobres en situaciones de extrema necesidad y el sentido explícito de su intervención y de las políticas que llevaban a cabo estaba asociado al alivio de esas situaciones. Las interacciones eran a veces conflictivas, sobre todo cuando los agentes tenían que establecer si correspondía o no proveerles ciertos bienes o servicios. En varias ocasiones, la discrecionalidad que ejercían se justificaba como una aspiración de justicia situacional, de cara a la inexistencia de normas aplicables en todos los casos o, también, frente a la experiencia de que esas normas se aplicaban diferencialmente según los casos: *“en el conurbano [bonaerense] se reparte de cualquier manera, ¿por qué me voy a poner estricto acá?”* era un comentario común entre los agentes estatales, cuando daban cuenta de los dilemas que enfrentaban al aplicar normas o criterios oficiales de distribución (Perelmiter, 2016: 210-211).

Este tipo de razonamientos habituales llamaban la atención sobre un fenómeno subyacente: las prácticas de los agentes estatales podían aparecer como justas o injustas independientemente de su adecuación a normas o criterios de gestión estandarizados porque ellos -sus pares y los destinatarios de la asistencia- contaban con el hecho de que, por motivos diversos, esas normas no regían en todos los casos, lugares y situaciones por igual. La percepción de inequidad procedimental en lo global, enfatizada por la posición federal de los agentes estatales, que implicaba actividades de ejecución de políticas en distintos puntos del país, atravesadas por particularidades de todo tipo, volvía difícil de evaluar la justeza de sus prácticas en cada situación. Dicho de otro modo: dado que las prácticas de los agentes estatales eran translocales -viajaban de un lugar a otro- la reflexividad de sus prácticas contaba con una mirada panorámica y comparada sobre la vida operativa de la asistencia social aquí y allá, eran testigos y ejecutores de excepciones recurrentes a las normas. Como afirman Boltasni y Thevenot (1991), hacer justicia exige contar con principios equivalenciales que sean verosímiles en la práctica. En este caso la justicia era esquiva porque, precisamente, esa verosimilitud era difícil de alcanzar: no se resolvía con una relación de adecuación entre decisión y ley.

Volviendo a la inspección laboral, la escena con la que abrí este texto me sorprendió, entre otras cosas, porque siendo una intervención

estatal muy distinta a la asistencia social expresaba la misma cuestión: la presencia de una demanda de justicia en la interacción con aquellos que personifican la autoridad estatal separada del seguimiento de normas o de su *enforcement*: “*por qué la ley me cae a mí, tan chiquita, y no a los otros, que no dan la cara*” -se quejaba la mujer en la escena de inspección-; “*¿por qué le dan a los indios y no a nosotros?*” -preguntaban indignadas algunas personas durante un operativo alimentario en el norte argentino-; “*¿por qué no viene acá también?*” -exigía una mujer en la puerta de su casa precaria a una trabajadora social que tocaba el timbre en la casa vecina (Perelmiter, 2016: 215 y ss.).

En los encuentros burocráticos, la experiencia de justicia puede ser ambivalente. Como cualquier burócrata de calle, los inspectores laborales juegan un rol importante en el modo en que diversos empleadores y empleados experimentan el poder estatal, sea para sancionarlos o para protegerlos. La discrecionalidad que ejercen los inspectores, no obstante, no es fortuita o siempre interesada o corrupta, sino que es regulada moral y colectivamente, algunas veces a partir de la problematización de “ideales de justicia” en situaciones percibidas como éticamente dilemáticas. Veamos algunas de ellas.

Una de las situaciones dilemáticas más frecuentes se origina en la percepción de fragilidad económica del negocio en donde los inspectores realizan la inspección. Varios narran la dificultad moral de labrar infracciones en negocios “pequeños”, ubicados en los barrios más pobres o periféricos de la ciudad o en el conurbano bonaerense.

“El tema es el tamaño del negocio, yo veo la infraestructura del negocio, ¿este es un negocio para pagar cargas sociales o no? por ahí solo pueden pagar el alquiler y pagan la comida... ¿entendés? A nosotros nos dijeron algo cuando entramos a trabajar y era “no atacar la economía de subsistencia”, eso porque trabajamos en el conurbano, acá los negocios no son de subsistencia... acá, los negocios, generalmente, son lucrativos... salvo alguna, no sé, verdulería de barrio, algún despacho de pan... muy humilde... algo atendido por los dueños” (Manuel, inspector DIF, entrevista con la autora, 09/2015)

Como se aprecia en el testimonio, en algunas oportunidades la discrecionalidad del inspector es orientada desde arriba –“no atacar la economía de subsistencia”-. Aun así, lo que cuenta como “subsistencia” no está escrito en ningún lugar, por lo que el inspector debe realizar un

juicio situado al respecto. Este juicio no es nada menor para el sentido ético de su actividad. Desde el punto de vista del inspector, su acción es doble y especular: ejerce un poder de policía de cara al empleador y un poder protector de cara al empleado. Muchas veces, la percepción de fragilidad socioeconómica en el empleador vuelve borrosa esa frontera. Cuando dejan de sancionar al empleador, porque perciben que el vínculo laboral es parte de una empresa económica frágil, ¿dejan de proteger al empleado? Esta pregunta no tiene una respuesta obvia en todos los casos. El problema, señalan, es que la mayor proporción de empleo no registrado corresponde, precisamente, a unidades económicas pequeñas, por lo que tiene cierta lógica concentrar la tarea fiscalizadora en ese tipo de negocios. Cuán pequeña o cuán frágil tiene que ser una actividad económica para justificar que el inspector decida “hacer la vista gorda” es una cuestión de “sentido común”, aunque, como aclaran enseguida, cada inspector tenga “su libro”.

En ocasiones, los inspectores resuelven este dilema cuestionando el criterio de planificación en las oficinas del Ministerio. Es decir, trasladando la responsabilidad sobre decisiones “injustas” a las áreas que definen los focos de inspección. La sospecha de corrupción pesa mucho en la manera en que se interpreta el ejercicio de discrecionalidad, por lo que los inspectores no suelen resolver este tipo de dilemas eludiendo la ley.

“¿Dónde envían a los inspectores? Digo, si me mandan a una mercería de barrio y tiene una trabajadora que está en negro, pero la empleadora tiene hasta más pinta de... y... es complicado... pero bueno, por ahí es complicado para mí... para otro inspector por ahí no es complicado... hacerte el pavo no es fácil, porque uno... el que está en negro es el trabajador. El trabajador, tranquilamente, puede venir, hacer una denuncia... de que vos fuiste tal hora, tal día, que lo relevaste y el problema lo tenés vos. O sea que no es tan fácil tampoco... Frente a eso, lo que le queda al inspector, es... decir, “mira... fuimos enseguida, relevé... fui acá, a una verdulería, que no le daba para nada... ¿por qué no me mandan a otro lado?... ¿entendés?” (José, inspector DIF, entrevista con la autora, 11/ 2015).

Otro tipo de situación dilemática para los inspectores deriva de evaluaciones sobre los efectos que las sanciones pueden tener en ciertos tipos de empleados: “jubilados que hacen changas para complementar

ingresos”, “personas indocumentadas”, “personas que reciben beneficios de asistencia social”, entre otras. En estas evaluaciones los inspectores activan la faz protectora de su tarea, sopesan si vale la pena correr el riesgo de que la sanción perjudique al trabajador.

“Siempre pensando en el empleado. Por ahí es un jubilado que tiene 65 años... y está haciendo changas, y no lo van a registrar, porque si lo registran toman a una persona más joven, y vos sabes que ese jubilado hace eso para poder vivir. ¿Como le puede pasar a mi papá, viste? vos indagas un poco, hablas con él... (...) Trato de hablar con el dueño: “jefe, si puede regístrelo... tiene la obligación, aunque esté jubilado.” Pero no voy a insistir, no lo relevo... ¿entendés? Que ellos decidan. (...) Pero no podés perjudicar. Tu trabajo es ayudar. Tiene que ser ese el objetivo. (...) O sea, tengo un criterio, yo siempre les digo a los inspectores que cuando vos llevas un tiempo tenés que tener un criterio, no podés ser ciego y decir “todo lo que está del otro lado es empleado y le tengo que tomar todos los datos y no me importa nada” ...Tenes que mirar algo más global. O sea, ¿vos lo estas beneficiando o lo estas perjudicando al empleado?” (Manuel, inspector DIF, entrevista con la autora, 09/2015).

Otro tipo de situación muy común deriva de la existencia de relaciones laborales entre personas que tienen vínculos familiares, donde derechos y obligaciones se ven relativizados en virtud de ese vínculo. Muchas situaciones de empleo no registrado son justificadas por relaciones de parentesco. Aun cuando de acuerdo a la normativa estos vínculos no eximen de obligaciones al empleador, muchos empleadores justifican la falta de registro aduciendo parentesco -“*Es mi hermano, vino hoy a ayudarme porque faltó el empleado*” o “*es mi sobrina, vino a ayudar y a aprender*”. En efecto, aducir la presencia de parientes trabajando eventualmente -y por eso sin registro- está entre los trucos típicos de los empleadores frente a una inspección. A menudo, el truco es efectivo, opera cierta identificación social, la idea de que son situaciones verosímiles en la vida de los pequeños negocios cuya sanción es percibida como un gesto formalista, sin conexión con el objetivo sustantivo de la fiscalización. La sanción derivada de la presencia de parientes en actitud de trabajo no registrados como empleados es foco de discusión o conversación no sólo entre inspectores, empleadores y empleados, sino también entre los propios inspectores. Un intercambio

de este tipo se presentó durante un operativo de inspección en la Feria Internacional de Turismo, en La Rural.

Acompañaba a Norberto y a Mario, que luego de años como chofer estaba aprendiendo la tarea de inspección. Era el tercer stand que inspeccionábamos, esta vez promocionaba a una empresa de hoteles mayoristas que buscaba revendedores. Nos atendió un muchacho joven, no tendría más de 17 o 18 años, con un cartel que colgaba de su cuello que decía “expositor”. –¿Estás trabajando acá? Te tomo unos datos -le dijo Norberto. -Estoy ayudando a mi tío, que es el que tienen el stand, no estoy trabajando-trabajando, estoy ayudando. -Ah... ¿Está tu tío por acá? Esperamos unos minutos hasta que apareció el tío. -Buenos días, no...él es mi sobrino, no lo tengo registrado porque vino a ayudar, está terminando la secundaria”. -Ayudo con las traducciones, como sé inglés...-agregó el sobrino. –¿Me decís tu nombre y tu DNI? -hizo caso omiso Norberto. ¿Me van a hacer un acta por mi sobrino? ¡No puede ser, hay que tener sentido común! -elevó un poco el tono de voz, impaciente-Si alguien pasa el semáforo en rojo a las 3 de la mañana cuando no hay nadie, nadie va a decir nada. No corresponde -señaló Norberto. No es mala voluntad, pero no puede tener a su sobrino trabajando sin registrar -siguió un tanto nervioso. Pero el tío insistió -Tuve que pagar un montón de multa otros años por no tener registrados a los empleados, no sabía que por un día los tenía que registrar, y ahora los registré, pero él es mi sobrino que vino a ayudar. Ojalá fueran así de estrictos con los grandes, en este país la mitad de la gente trabaja en negro... -A nosotros nos mandan, no elegimos inspeccionarte a vos -apuntó Mario. -Hagan lo que tengan que hacer –concluyó el tío enérgicamente y se retiró.

Cuando se había alejado, Mario preguntó bajito: ¿lo pasamos? Es medio evidente que es el sobrino... -Si -le respondió- yo desconfío de todos, no tengo piedad, sólo se puede tener sin registrar al conyugue y a los hijos. Si fuera un negocio chiquito por ahí lo dejo pasar pero para tener un stand acá, aunque sea mínimo, hay que tener plata. Dió el click en la notebook, labró la infracción, le acercó la planilla al tío y nos retiramos (Nota de campo, 29/09/2015).

La apelación al “sentido común” y la pregunta por si la ley caía con el mismo rigor sobre los “verdaderos” responsables del empleo

en negro ponían en escena las mismas cuestiones que los inspectores tematizaban en las entrevistas. Si el negocio hubiese sido percibido como económicamente frágil el inspector hubiera encontrado razones éticas para dejar pasar la infracción.

Finalmente, otra situación muy común de tensión se daba en situaciones de informalidad económica visibles y contiguas a la escena de inspección, pero no sancionables -vendedores ambulantes o mante-ros¹⁷, por ejemplo, en la vereda de un negocio inspeccionado.

“La competencia desleal es el enemigo (...) ese es el problema más grande. Surge mucha denuncia en Avellaneda porque hay mucho trabajo no registrado... y vos tenés que exigirle a una persona que tenga todo su personal registrado cuando está teniendo una competencia muy desleal, en la puerta de su propio negocio... están usurpando un espacio público, no paga impuesto, la mercadería no tiene procedencia... probablemente la persona esté organizada y sea empleada de otra (pero) no lo podés determinar... y te dificulta mucho... porque te dicen: “¿por qué no te vas a levantar al que está en la calle que ni siquiera paga impuestos? Y ahí les decimos... “señor, usted tiene toda la razón, pero porque esa persona esté ahí y sea ilegal usted no puede evadir y no registrar un empleado, está incumpliendo también...si no ¿sabes qué?... vamos a dejar todos de pagar alquiler y de pagar impuestos y nos vamos a meter una manta a la calle, estoy seguro de que usted no se va a tirar en una manta en la calle todo el día.” Y así...trato de explicarle que son dos mundos diferentes, y que no está bien lo que pasa en la puerta del negocio pero que él tampoco puede dejar de cumplir. Yo lo corro por ese lado... (Pablo, entrevista con la autora, 09/ 2015).

Como revela este testimonio, para surfear la tensión derivada de la experiencia de injusticia ligada a una inspección -percibida por un empleador “observado” que, a su vez, es “víctima de competencia desleal”- los inspectores recurren a estrategias de argumentación y justificación diversas y pragmáticas, indisociables del contexto escénico de la inspección. La existencia de varios mundos económicos -el de la economía formal, el de la economía informal, el de la economía de subsistencia- con vinculaciones diversas con la normativa laboral

¹⁷ Se utiliza la palabra “mantero” para designar a vendedores informales que exhiben los productos en venta en mantas, en la vereda o en plazas.

y con su *enforcement*, vuelve esquivas las justificaciones globales de las sanciones laborales.

CONCLUSIONES

A través de la exploración de algunas situaciones de inspección laboral donde la justicia de las prácticas de los inspectores se veía problematizada busqué plantear una disyunción que no siempre es atendida por la literatura especializada: la que existe entre el orden legal, el *rule of law*, y la experiencia de justicia, de hacer justicia o de recibirla, en la vida cotidiana de las instituciones estatales. Si bien la búsqueda de justicia y protección para los trabajadores constituye la justificación ética de la tarea del inspector, en los encuentros burocráticos, “hacer justicia” no es nada sencillo ni automático. Más importante: para los participantes, no siempre equivale a “hacer cumplir las normas”, al *enforcement* que define la función de la inspección laboral y que, por eso mismo, está en el centro de las preocupaciones de la investigación académica sobre la misma.

Lo que en este artículo quise poner de relieve, en este sentido, no es tanto el resultado de las inspecciones -si los inspectores ejecutan finalmente las sanciones que deberían o no- sino la *tensión* que la disyunción percibida entre ley y justicia supone en las interacciones entre ciudadanos y agentes estatales, cuestión que contribuye a dotar de contenido lo que denomino *la dimensión experiencial de la ciudadanía*. Esto es, el modo en que la autoridad de la ley, de los derechos y obligaciones, es experimentada en la vida cotidiana del Estado. El estudio de esta dimensión de la ciudadanía -microscópica, práctica, rutinaria y hecha de detalles mundanos- constituye una puerta de acceso privilegiada al problema de la legitimidad del Estado en general, y de las prácticas de las burocracias del bienestar en particular.

En la Argentina democrática, además, esta dimensión se presenta como singularmente decisiva. ¿En qué medida el modo en que son experimentadas la ley y la justicia en la vida institucional del Estado se vincula con cierto “desdén” por la legalidad en nuestra matriz de organización política? Comenzar a responder estas preguntas implicaría clarificar algunas paradojas. Es cierto que la “baja valoración” que tiene el *rule of law* en nuestro país es más un lugar común que una “cultura” documentada. De hecho, hay algunos trabajos que cuestionan ese lugar

común. Por ejemplo, Palacios (2018) muestra que gobiernos catalogados como poco afectos a la legalidad, como el primer peronismo, fueron en verdad los artífices del edificio legal que hoy conocemos como derecho social y justicia laboral. No es menos cierto, sin embargo, que la construcción de ese orden legal se combinó con la reivindicación de una idea de justicia más sociológica y contextual que jurídica: “Nuestra justicia es y será más sensible que letrada; más patriarcal que legalista; menos formalista y más expeditiva”, decía J. D. Perón en 1950 frente a una concentración obrera¹⁸. En efecto, este tipo de discurso, que existe como recurso argumentativo en muchas instituciones estatales, renuncia en cierto modo a lo que Bourdieu (2000) llama el efecto de neutralidad, universalidad y homologación de la forma jurídica y, con ello, a su eficacia simbólica. Por supuesto, esta renuncia nunca es total, siempre es episódica. Como mostré aquí y en otros trabajos (Perelmiter, 2016), la puesta en práctica de la sensibilidad social, del “espíritu” protector de la tarea estatal, de la atención a los aspectos difíciles de homologar, no está exenta de problemas éticos y estratégicos. Por eso, lo que prevalece es más una *tensión* que una renuncia efectiva al orden legal y las reglamentaciones burocráticas.

Pero más allá de las tradiciones locales del discurso político y el quehacer estatal, el desajuste entre el orden jurídico y la experiencia de justicia no es, obviamente, una excepcionalidad argentina. Es un problema tanto más acuciante cuanto más diferenciada la sociedad. La relevancia de observar cómo operan cotidianamente las burocracias estatales del bienestar no está, en consecuencia, desligada de la fragmentación y heterogeneidad creciente de las categorías sociales tradicionales del capitalismo en la actualidad. La existencia de personas que no pueden integrarse al mercado de trabajo, la existencia de distintos mercados de trabajo y distintas economías, más o menos reguladas por la institucionalidad estatal, es sólo una parte de la heterogeneidad que enfrentan los agentes estatales en sus tareas cotidianas. Como muestra la escena en el taller textil con la que abrí este artículo, no es sorprendente que la intervención social del Estado se vea desafiada por

¹⁸ Perón: *anécdotas, recuerdos, conversaciones, citas, relatos, ejemplos*, Buenos Aires, Subsecretaría de Información de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, p. 14. Esta cita es el epígrafe del libro citado de Juan Manuel Palacios.

situaciones de “aplicación” inesperadas, frente a las cuales se multiplican las lagunas normativas y los dilemas éticos. Además de los desafíos de la heterogeneidad social, las normas son aplicadas o fiscalizadas por agentes estatales intersectados ellos mismos por una diversidad de pertenencias, discursos y saberes que orientan sus modos de ejercer los márgenes de discrecionalidad de los que disponen (Lipsky, 1983; Haney, 2002; Dubois, 2011; Piore, 2011).

Abordar la cuestión de la legitimidad del Estado desde una perspectiva microscópica, invita así a considerar los principios de justicia que habitan la sociedad desde su puesta en práctica y frente a los desafíos que la diferenciación social plantea. Sabemos que los principios de justicia son plurales y dinámicos, que las sociedades complejas no se organizan en función de una idea trascendental de justicia. Como señala Michael Walzer (1997) en su estudio clásico sobre “las esferas de la justicia”, dependiendo del bien social en cuestión, pueden estar basados en las ideas de libre intercambio, de merecimiento o de necesidad. También pueden suponer acciones redistributivas o de reconocimiento de la diferencia, con aspiraciones de validez política a diferentes escalas (Fraser, 2006, 2010). Como argumentan Boltanski y Thévenot (1999), los principios de justicia están enraizados en la práctica social, en la cual y a partir de la cual los sujetos ejercen su capacidad crítica. De allí la importancia de una agenda de investigación empírica, que reconstruya en distintos escenarios y para distintos grupos, el modo en que funcionan y se ponen en juego estos principios (Kessler, 2007).

En suma, observar el mundo de la vida de las burocracias estatales del bienestar, reconstruir la dimensión experiencial de las políticas públicas, de las obligaciones y los derechos, permite abrir la caja negra de instituciones estatales y desde ahí interrogarse por su legitimidad y los modos en que la misma se construye o socava cotidianamente. A menudo, en los encuentros burocráticos, agentes estatales y ciudadanos problematizan el carácter justo de la acción estatal. Unos y otros lo hacen desde ciertas posiciones y membresías sociales e institucionales que permean sus modos de evaluar las situaciones burocráticas en las que participan. Reconstruir los dilemas éticos que los agentes estatales construyen en tanto que tales, sus modos de jerarquizarlos y resolverlos, nos puede quizás brindar algunas pistas sobre cuánta legitimidad y cuánta eficacia podemos esperar de ciertas políticas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AMENGUAL, Matthew (2015): *Politicized Enforcement in Argentina: Labor and Environmental Regulation*, Cambridge University Press.
- AUYERO, Javier (2007): *La zona gris. Violencia colectiva y política partidaria en la Argentina contemporánea*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- AUYERO, Javier (2013): *Pacientes del Estado*, Buenos Aires, Eudeba.
- BECCARIA, L. y GALIN, P. (2002): *Regulaciones laborales en Argentina. Evaluación y propuestas*. Buenos Aires, Fundación OSDECIEPP.
- BERTRANOU Fabio y Luis CASANOVA (2014): *Informalidad laboral en Argentina: Segmentos críticos y políticas para la formalización*. Buenos Aires, Oficina de País de la OIT para Argentina.
- Boltanski, Luc y Thévenot, Laurent (1999): "The Sociology of Critical Capacity", *European Journal of Social Theory*, Vol. 2, N° 3, pp. 359-377.
- BOURDIEU, Pierre (2000): "Elementos para una sociología del campo jurídico" en Bourdieu, P. y G. Theubner (2000), *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana.
- CONTARTESE, Daniel; Ximena MAZORRA, Lila SCHACHTEL y Diego SCHLESER (2015): "La informalidad laboral: nueva evidencia a partir de la Encuesta Nacional de Protección y Seguridad Social", en BERTRANOU, Fabio y Luis CASANOVA (coord.) *Caminos hacia la formalización laboral en Argentina*, Buenos Aires, Oficina de País de la OIT para Argentina.
- DEWEY, Matias (2015): *El orden clandestino. Política, fuerzas de seguridad y mercados ilegales en la Argentina*, Buenos Aires, Katz
- DEWEY, Matías (2017): "Domestic obstacles to labor standards: law enforcement and informal institutions in Argentina's garment industry", *Socio-Economic Review*, Vol. 0, Nro 0, 1-20
- DUBOIS, Vincent (2012): *The Bureaucrat and the Poor: Encounters in French Welfare Offices*, Ashgate.

- FRASER, Nancy (2006): “La justicia social en la era de las ‘políticas de identidad’: redistribución, reconocimiento y participación” en Fraser, N. y Honnet, A.: *¿Redistribución o Reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid, Ed. Morata, pp. 17-69.
- FRASER, Nancy (2010): *Scales of Justice. Reimagining the Political Space in a Globalizing World*, New York, Columbia University Press.
- GUPTA, Akhil (1995): “Blurred Boundaries: The Discourse of Corruption, the Culture of Politics, and the Imagined State”, *American Ethnologists*, vol. 22, núm. 2, pp. 375-402.
- HANEY, Lynne (2002): *Inventing the Needy. Gender and the Politics of Welfare in Hungary*, California, University of California Press.
- HOLLAND, Alisha C. (2017): *Forebearance as Redistribution. The Politics of Informal Welfare in Latin America*, New Jersey, Cambridge University Press.
- KESSLER, G. (2007): “Principios de justicia distributiva en Argentina y Brasil. Eficacia global, igualitarismo limitado y resignificación de la jerarquía”, en Grimson, A. (comp.): *Pasiones nacionales. Política y cultura en Brasil y Argentina*, Buenos Aires, Edhasa, pp. 211-248.
- LIPSKY, Michael (1983): *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York, Russell Sage Foundation.
- Marshall, Adriana (2007): Explaining Non-compliance with Labour Legislation in Latin America: A Cross-country Analysis. ILO.
- PALACIO, Juan Manuel (2018): *La justicia peronista. La construcción de un nuevo orden legal en la Argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- PERELMITER, Luisina (2015): “Dilemas de justicia y justificación. Una aproximación a conflictos de valor en la asistencia estatal”, *Revista Papeles de Trabajo*, N° 15, Dossier “En diálogo con Laurent Thévenot”, 2015, pp. 80-101.
- PERELMITER, Luisina (2016): *Burocracia Plebeya. La trastienda de la asistencia social en el Estado argentino*, Unsam Edita, Buenos Aires.
- PERETTI, Oriana (2016): “Re-centralización de Políticas Públicas: el caso de la reforma laboral en Argentina (1983-2015)”, *Tesis de grado*, Departamento de Ciencia Política, UTDT.

- PIORE, M.J. y A. SCHRANK (2008): "Toward Managed Flexibility: The Revival of Labour Inspection in the Latin World", *International Labour Review*, 147 (1): 1-23.
- PIORE, Michael (2011): "Beyond Markets: Sociology, street-level bureaucracy, and the management of the public sector", *Regulation and Governance*, N° 5, pp. 145-164.
- PIRES, Roberto Rocha Coelho (2011): "Beyond the fear of discretion: Flexibility, performance, and accountability in the management of regulatory bureaucracies", *Regulation & Governance*, 5(1): 43- 69.
- ROMERO GUDIÑO, Alejandro (2008): "Inspección federal del trabajo en México", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 6: 113-143.
- RONCONI, Lucas (2010): "Enforcement and compliance with labor regulations", *Industrial and Labor Relations Review*, 64(4): 719-736.
- SCHRANK, Andrew (2009): Professionalization and probity in a patrimonial state: Labor inspectors in the Dominican Republic. *Latin American Politics and Society*, 51(2): 91-115
- SOPRANO, Germán (2010): "Haciendo inspección". Un análisis del diseño y aplicación de la inspección laboral por los funcionarios del Departamento Nacional del Trabajo (1907-1914)", en Soprano, G. y Bohoslavsky, e. (2010): *Un Estado con rostro humano. Funcionarios e instituciones estatales en Argentina (desde 1880 a la actualidad)*, Los Polvorines, UNGS-Prometeo, pp. 85-120.
- WALZER, Michael (1997): *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México DF, FCE.

¿QUÉ PROVINCIAS SE BENEFICIAN DURANTE LOS PERÍODOS DE CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EN ARGENTINA?¹

LUCAS GONZÁLEZ²
CONICET-UCA/UNSAM - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 551-588

Resumen: ¿Todas las provincias o estados se benefician durante los períodos de descentralización? ¿Todas las unidades subnacionales sufren los mismos costos en tiempos de centralización? Si esto no es así, ¿cuáles son los distritos que se benefician y cuáles son los más afectados? Las respuestas a esas preguntas, sostiene este trabajo, dependen de las coaliciones que se construyen entre los presidentes y gobernadores para llevar adelante reformas centralizadoras o descentralizadoras. Estas dependen, a su vez, de divisiones partidarias y estructurales entre las provincias. El trabajo realiza un breve análisis de los antecedentes de investigación sobre el tema, analiza algunos de los principales acontecimientos y procesos históricos durante períodos clave y presenta algunas conclusiones e implicancias para finalizar.

Palabras clave: federalismo, centralización, descentralización, provincias argentinas.

¹ Una versión previa de este trabajo fue publicada en el libro: Falleti, Tulia, Lucas González y Martín Lardone (eds.). *El Federalismo Argentino en Perspectiva Comparada*. Córdoba: Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, 2012.

² Doctor (Ph.D.) en Ciencia Política de la University of Notre Dame; Máster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford; Máster en Políticas Públicas de Georgetown-UNSAM,



1. INTRODUCCIÓN

¿Todas las provincias o estados se benefician durante los períodos de descentralización? ¿Todas las unidades subnacionales sufren los mismos costos en tiempos de la centralización? Si esto no es así, ¿cuáles son los distritos que se benefician y cuáles son los más afectados? Las respuestas a esas preguntas, sostengo en este trabajo, dependen de las coaliciones que se construyen entre los presidentes y gobernadores para llevar adelante reformas centralizadoras o descentralizadoras. Estas dependen, a su vez, de divisiones partidarias y estructurales entre las provincias.

Los presidentes poderosos tienden a centralizar recursos fiscales, especialmente en contextos de crisis fiscal. Pero ¿recortan recursos a todas las unidades subnacionales por igual? Por el contrario, cuando los gobernadores son poderosos tienden a presionar al gobierno central para descentralizar fondos. Pero ¿todos los estados se benefician por igual? Si la respuesta es no, ¿cuáles son los estados que más se benefician?

Varios estudios han argumentado que las transferencias fiscales y administrativas del gobierno central, o las políticas de descentralización, benefician a las unidades subnacionales al darles mayor autonomía e influencia en la gestión de sus presupuestos y más recursos para administrar -con más eficacia que el gobierno central- las funciones de las que son responsables (Tiebout, 1956; Musgrave, 1959; Oates, 1977), limitando la intervención del gobierno central en la economía (Brennan y Buchanan, 1980) y haciendo que los mercados sean más competitivos y eficientes (Weingast, 1995) (véase Rodden, 2006, pp. 16-19 y Treisman, 2007, pp. 11-15 para una revisión).

Más recientemente, otros han cuestionado estas afirmaciones, refutando los supuestos beneficios de la descentralización y alegando que esta política puede hacer más dependientes y fiscalmente vulnerables a las unidades subnacionales frente a los gobiernos centrales (Rondinelli et al., 1983; Prud'homme, 1995; Bird et al., 1995; Falleti, 2003, 2005, 2010) o tener consecuencias negativas para la estabilidad fiscal, la eficiencia administrativa y el crecimiento económico (Ter-Minassian, 1996, 1997, Burki et al., 1998; Remmer y Wibbels, 2000; Treisman, 2000; Perry y Webb, 2000; Tommasi et al., 2001; Rodden y Wibbels, 2002; Rodden et al., 2003).

Este trabajo pretende avanzar un paso más en este debate, argumentando que tenemos que diferenciar el impacto fiscal de las transferencias federales (en general) o de las políticas de descentralización (en particular) en las distintas unidades subnacionales. Como Gibson y Falleti (2004, p. 247) afirman “[una] perspectiva que explique la centralización (o descentralización) en los sistemas federales exclusivamente como resultado de conflictos entre actores definidos como el ‘gobierno central’ y ‘los gobiernos subnacionales’ oculta el enorme impacto que estas políticas tienen para el equilibrio de poder entre las unidades subnacionales de una federación.”

La contribución central de este estudio es que precisa teóricamente y demuestra empíricamente cuáles son las provincias que se benefician en términos fiscales en períodos de centralización y cuáles durante períodos de descentralización. Desarrollo el argumento y presento evidencia empírica para Argentina, un país federal con gran desigualdad económica regional, provincias con dotaciones de factores muy diversos (Wibbels, 2005, p. 172) y algunos de los gobernadores más fuertes de la región. Esto hace de Argentina un caso de estudio muy relevante para explorar la dinámica en las luchas por la distribución de recursos entre unidades de la federación.

Parte de la literatura sobre el tema, en general, parte de la suposición de que las provincias o estados son unidades relativamente homogéneas, tanto en términos políticos como estructurales. Como indica Wibbels (2005, p.), “[m]ucho de la investigación actual sobre federalismo se centra en las relaciones entre el gobierno central y las regiones consideradas *en su conjunto*, a pesar de que las regiones dentro de las federaciones varían significativamente en sus intereses políticos.” Por lo tanto, cuando los presidentes transfieren fondos, lo hacen a una unidad subnacional “media.”³ En este trabajo, argumento que con el fin de establecer cuáles son los distritos que se benefician y los que se perjudican durante períodos de centralización y descentralización, es necesario, en primer lugar, desagregar las provincias de acuerdo a una dimensión estructural y otra partidaria.

³ El trabajo de O’Neill (2003, 2005), por ejemplo, puede ser considerado una excepción parcial a esto.

En términos estructurales, podríamos clasificar los distritos en función de su demografía (población), nivel de desarrollo (medido, por ejemplo, en términos de PBI per cápita regional), la dotación de factores,⁴ estructura productiva y la capacidad fiscal (cantidad de ingresos recaudados a nivel regional en relación a los transferidos por el gobierno central).

Las variables estructurales son importantes en este trabajo por tres razones principales: en primer lugar, para determinar la capacidad fiscal de los estados (Rodden, 2002) o cuanto pueden autofinanciarse los distritos y obtener los recursos que necesitan para brindar las funciones por las que son responsables. De la misma manera, estas variables afectan la relevancia de las transferencias del gobierno central en relación a los impuestos recaudados localmente. Cuanto menos pobladas y menos desarrolladas son las provincias, menor el stock de recursos domésticos (Boix, 2003), tanto menor será la recolección de impuestos y más importantes las transferencias del gobierno central en relación a los ingresos totales.

En segundo lugar, la dimensión estructural también afecta el tipo de capacidad impositiva del distrito. Las provincias con una estructura productiva compleja y diversa, con un amplio stock de activos domésticos, o los que se basan en un recurso de extracción imponible (como la minería o el petróleo) tienen fuentes de ingresos que los hacen menos dependientes de las transferencias federales que otras provincias sin esos recursos.

En tercer lugar, los factores estructurales también tienden a afectar las preferencias de las élites provinciales en relación a un gobierno centralizado o descentralizado (en términos de estructura tributaria y la distribución de funciones). Cuando la economía provincial es relativamente grande y diversificada y sus recursos pueden ser objetos imponibles, las élites regionales tenderán a preferir más descentralización, ya que esto les permitirá cobrar sus propios tributos, administrar

⁴ Wibbels (2005, p. 166) entiende por dotación de factores “los atributos básicos (población, geografía, suelo, precipitación, temperatura, etc.) que ocupan un lugar central en la naturaleza de la producción económica de una región. Se asume que estas características de los factores informa fundamentalmente a los intereses de las élites.”

sus propios recursos y re-distribuir menos a los distritos más pobres. Las provincias con una estructura productiva relativamente pobre, recursos que puedan ser objetos imponderables insignificantes o inexistentes y más dependientes fiscalmente del gobierno central preferirán un gobierno nacional capaz de recaudar más impuestos de los distritos más ricos y de redistribuir estos ingresos para ellos.

Las variables estructurales no han sido utilizadas en estudios sobre reformas económicas o institucionales. La literatura sobre las reformas centralizadoras en países federales ha enfatizado el papel de liderazgo (Samuels y Mainwaring, 2004), las instituciones políticas para apoyar la autoridad presidencial y los intentos de reforma de los ejecutivos (Haggard y Kauffman, 1992; Willis et al., 1999; Garman et al., 2001), la relevancia de las crisis fiscales y el debilitamiento de los líderes subnacionales (Abrucio, 1998), o la concentración de poderes (legislativos) en manos del ejecutivo federal (para aprobar las reformas legislativas en general) (Cheibub y Limongi, 2000). Wibbels (2005, p. 164) afirma que algunos estudios han señalado la importancia de las coaliciones (en su estudio Wibbels se centra en el momento de la formación de la constitución, pero podemos aplicar esta afirmación a nuestro tema de investigación también), pero rara vez son estas coaliciones explícitamente identificadas como regionales o geográficas en su naturaleza. Gibson (1997) y Gibson y Calvo (2000) son una de las pocas excepciones: ellos incluyen una dinámica regional en su argumento, cuando afirman que “las reformas estructurales se concentraron principalmente en las regiones económicamente desarrolladas del país, mientras que el gasto público y el patronazgo lo hicieron en las regiones económicamente marginales, pero políticamente sobrerrepresentadas, sostuvieron el apoyo para el partido de gobierno” (2000, p. 32). A pesar de sus contribuciones, ningún trabajo, que yo sepa, ha incluido en el análisis el papel de la formación de coaliciones en el nivel subnacional de acuerdo a las preferencias de los líderes regionales en relación con la centralización y la redistribución. En este trabajo sostengo que los líderes provinciales no tienen preferencias idénticas sobre la centralización y la descentralización. Por lo tanto, los presidentes pueden construir apoyo político para sus reformas centralizadoras compensando a los líderes provinciales que prefieren un gobierno nacional capaz de recaudar más impuestos de los distritos más ricos y de redistribuir estos ingresos para

ellos, aislando e imponiendo mayores costos para aquellos distritos con mayor autonomía fiscal que prefieren más poderes descentralizados para administrar sus propios recursos.

En otras palabras, el principal argumento es que los presidentes poderosos que han centralizado poder político han tendido a reducir las transferencias fiscales a las provincias, especialmente en contextos de tensión fiscal (González, 2008). A pesar de ello, los presidentes no han reducido las transferencias fiscales en la misma proporción entre las provincias. En este trabajo sostengo que los distritos más desarrollados, económicamente complejos y diversificados y menos dependientes en términos fiscales (los que tienen más capacidad “contributiva”⁵) que estén en manos de los gobernadores de la oposición serán los que asumen costos superiores a los demás. Considero que esto es así porque los presidentes centralizadores deben compensar a los que los apoyan la implementación de reformas centralizadoras. Los gobernadores de los distritos menos desarrollados y más dependientes en términos fiscales, son más propensos a respaldar estas iniciativas, ya que esperan que el presidente pueda extraer más recursos de las provincias más desarrolladas y distribuirlos entre ellos.

Por otro lado, los gobernadores fuertes frente a un presidente relativamente débil en contextos de crisis fiscales han presionado al gobierno central para que éste transfiera más recursos. Sin embargo, no todas las provincias se han beneficiado por igual de estas transferencias. Argumento que las provincias más desarrolladas y especialmente en manos de los gobernadores fuertes de la oposición serán más capaces de extraer mayores recursos del gobierno central.

Voy a explorar estas dinámicas de imposición selectiva de costos o beneficios para las provincias bajo dos condiciones específicas: cuando los presidentes o los gobernadores son capaces de concentrar poder político y cuando el contexto fiscal es crítico.⁶ Para entrar en los detalles

⁵ Por *capacidad extractiva* entiendo la capacidad de una provincial de extraer recursos de su propia estructura económica (y del gobierno central, como veremos más adelante); por *capacidad contributiva* me refiero a la capacidad del distrito para contribuir al fondo nacional de recaudación de impuestos.

⁶ Estas son las condiciones bajo las cuales los presidentes o los gobernadores han impuesto los cambios más sustantivos en el sistema de transferencias (Gonzalez, 2008).

del proceso, haré un breve análisis de los principales acontecimientos históricos en dos períodos de profundos cambios en los mecanismos de distribución de transferencias en Argentina: 1988 y 1992-1993. También corresponden a períodos históricos en que un presidente concentró poder en relación con los gobernadores (Menem durante 1991-1993) y otro en el que el presidente era políticamente débil en relación a ellos (Alfonsín durante 1988-1989). Puedo justificar la selección desde el punto de vista metodológico, ya que estos son casos que me permiten tener una variación en las variables independientes y dependiente, y en términos empíricos ya que cuento con datos fiscales comparables para los años entre 1983 y 2004.

En la sección que sigue, haré un breve análisis de los antecedentes de investigación sobre el tema. En la segunda parte, y en base a algunas limitaciones de la literatura, presento los argumentos teóricos principales de este trabajo, junto con las hipótesis alternativas. En la tercera sección, analizo algunos de los principales acontecimientos y procesos históricos durante los períodos antes mencionados. Para terminar, presento la discusión y subrayo algunos comentarios centrales para finalizar.

2. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

A pesar de los extensos debates y la reciente expansión de la literatura sobre los factores que afectan la distribución de los recursos y funciones entre el gobierno central y las unidades subnacionales,⁷ pocos trabajos académicos han destacado cuáles son las provincias o estados que se benefician (o los que son afectados) en términos fiscales durante los períodos de la descentralización y la centralización. Todavía sabemos poco sobre las condiciones que influyen en la distribución de recursos entre las unidades subnacionales.

Se han realizado varios aportes respecto de la distribución de recursos entre las provincias de Argentina y sus implicancias fiscales (Nuñez

⁷ Hay trabajos que analizan temas fiscales a nivel subnacional, como las causas de los déficits fiscales provinciales (Remmer and Wibbels 2000; Tommasi 2002) y los determinantes de la provisión de fondos de salvataje desde el gobierno federal (Rodden 2000, 2006). Ver González (2008) para un resumen de estos aportes.

Miñana y Porto, 1983; Cetrángolo y Jiménez, 1986, 1995, 1996 y 2004, Jones, Sanguinetti y Tommasi, 1998; Tommasi, 1998; Tommasi, Saiegh y Sanguinetti, 2001; Tommasi, 2002, Porto, 2003b). Otros trabajos han abordado esta cuestión desde una perspectiva histórica, describiendo los procesos que condujeron al aumento de las transferencias o a la centralización de recursos y funciones (Pérez, 1986; Chiaramonte, 1993, Porto, 2003a y 2004, Eaton, 2004; Cetrángolo y Jiménez, 1996 y 1997; Llach, s/d). A pesar de la importancia y contribuciones de esta literatura, todavía es poco lo que sabemos acerca de los principales factores que afectan la distribución de fondos entre las provincias y aún tenemos incipiente evidencia empírica sobre los mismos. En otras palabras, considero que aún hay posibilidades de teorizar sobre las causas de los cambios en la distribución de recursos entre provincias y realizar más análisis empíricos para explorar su relevancia.

Esfuerzos más recientes en esta línea de investigación incluyen el trabajo de Gibson, Calvo y Falleti (2004, p. 174), que analiza el impacto de la representación provincial en el Congreso federal sobre la distribución territorial del gasto público del gobierno federal. La sobrerrepresentación territorial (una variable que varía relativamente poco a lo largo del tiempo) parece dar cuenta de algunas pautas generales en la distribución del gasto público en las provincias o para explicar la “estática comparada” (Thelen y Steimo, 1992). Sin embargo, ésta es una variable relativamente débil para explicar los cambios en la distribución de fondos en el tiempo entre unidades subnacionales y dentro de cada una de ellas. Esta distribución (sobre todo las transferencias más discrecionales) ha oscilado en niveles que esta variable institucional relativamente estática no permite explicar. Necesitamos factores más dinámicos que puedan dar cuenta de estos cambios.

Calvo y Murillo (2005), siguiendo un enfoque similar, alcanzan una conclusión relacionada con la anterior: la sobrerrepresentación territorial tiene un impacto sobre la proporción de gastos provinciales financiados por el gobierno federal y el porcentaje de coparticipación recibida, controlando por población e ingresos. Pero ellos fueron más allá de esta conclusión e incluyeron una variable más dinámica: el porcentaje de votos de cada partido en cada provincia, para dar cuenta de la dinámica partidaria en la distribución de los fondos. Los autores encontraron que “las provincias controladas por peronistas recibieron

niveles más altos de financiación federal para sus gastos locales y una mayor proporción de ingresos de recursos coparticipados que aquellas controladas por representantes de la Alianza UCR-Frepaso” (p. 217).

A pesar de las contribuciones en esta literatura, algunas de las preguntas planteadas por este trabajo aún siguen sin respuesta: en primer lugar, ¿todas las provincias gobernadas por el peronismo o la UCR-Alianza reciben la misma proporción de transferencias cuando el gobernador es del partido o de la coalición del presidente? El argumento esgrimido por los autores no tiene en cuenta las diferencias estructurales entre las provincias y sostengo que hay razones teóricas para incluir esta dimensión en el argumento. En segundo lugar, ¿éstas dinámicas cambian cuando los presidentes tienen más (o menos) recursos fiscales para distribuir o cuando tienen más (o menos) poder político? ¿Importan el poder político de los gobernadores o los contextos fiscales que tienen que enfrentar estos actores? Este trabajo intenta abordar estas preguntas.

3. EL SISTEMA DE TRANSFERENCIAS FEDERALES EN ARGENTINA

Aunque en las secciones anteriores me he referido a las transferencias fiscales del gobierno central en general, sin desglosar las mismas, es importante destacar que existen importantes diferencias entre los fondos que los presidentes transfieren a los gobernadores y aquellos que los gobernadores reciben del gobierno central.

3.1. Transferencias Legales: El Régimen de Coparticipación

Inicialmente, podemos identificar transferencias legalmente obligatorias que los presidentes deben transferir a las provincias. Una serie de leyes específicas regulan la distribución de estas transferencias y, a menos que se modifiquen estas leyes, cada año el gobierno central debe transferir la misma proporción (no necesariamente los mismos valores absolutos) de fondos en relación a los ingresos totales percibidos por el gobierno federal en concepto de los impuestos coparticipables.

En Argentina, el núcleo de las transferencias obligatorias del gobierno central a las provincias es asignado a través de la Ley de

Coparticipación⁸ y sus modificaciones. Desde la ley de 1935 y tras las reformas de 1947 y 1954 (y las enmiendas de 1956 y 1957), el principal criterio para la distribución entre las provincias era su población.⁹ En 1973, se incorporó un nuevo factor redistributivo en la distribución de recursos entre las provincias: la renta per cápita.

La ley actual, aprobada en 1988, estableció que el 42 por ciento de los impuestos recaudados en el marco del régimen deben ir al gobierno nacional, el 57 por ciento a las provincias, y el 1 por ciento a un fondo especial para financiar las crisis provinciales (Jones et al., 1998, p. 5). La reforma de 1988 introdujo coeficientes de distribución secundaria entre las provincias, eliminando fórmulas basadas en indicadores socio-económicos. Estos coeficientes fueron diseñados sobre la base de los porcentajes recibidos en años anteriores y algunas nociones de distribución negociadas *ad hoc* entre las provincias. Esta ley ha sido modificada por varias otras añadiendo gran complejidad al sistema (Jones et al., 1998, p. 5; Porto, 2003a, p. 52).

Las transferencias de coparticipación son cruciales para la mayoría de las provincias, ya que representan un promedio de 69 por ciento de todas las transferencias federales (para el período 1983-2004), el 42 por ciento del total de los ingresos fiscales provinciales y el 35 por ciento del total de ingresos provinciales (la excepción a la regla es la Capital Federal y, en menor medida, los distritos más desarrollados de la región central). Las provincias de Formosa, La Rioja, Catamarca, Corrientes, Santiago del Estero, Jujuy, Chaco reciben entre el 80 y el 90 por ciento de sus ingresos totales procedentes de transferencias federales.¹⁰

⁸ Esta ley establece qué impuestos integran el fondo común para ser compartido por el gobierno nacional y las provincias, el porcentaje de distribución de estos recursos entre el gobierno central y las provincias (distribución primaria), y el criterio para determinar el porcentaje que corresponde a cada provincia a partir de la distribución primaria (distribución secundaria) (Jones, Sanguinetti y Tommasi, 1998, p. 5).

⁹ Otros criterios presentes en las leyes de 1935 y 1947 eran el gasto provincial (de acuerdo al presupuesto del año anterior) y los recursos provinciales recibidos durante el año anterior, incluyendo préstamos. En 1954, 1956 y 1957, otra variable, la producción provincial, fue incluida en la fórmula.

¹⁰ Datos para el período comprendido entre 1983 y 2004; las dos primeras provincias dependieron de estas transferencias en más del 90 por ciento en el año 2004.

3.2. Otras Transferencias Obligatorias

Además de las transferencias asignadas a través del régimen de coparticipación, las provincias reciben otras transferencias reguladas por leyes especiales. Algunas de las más importantes son: los ingresos recaudados por los impuestos sobre los combustibles, que se coparticipan a las provincias (para financiar la construcción de carreteras, vivienda e infraestructura); los ingresos para financiar educación y otros servicios transferidos (leyes 23.906, 24.049 y 26.075); y otros ingresos de impuestos específicos que no están incluidos en el régimen de coparticipación (como las transferencias específicas del impuesto a la renta, el IVA y el impuesto a los bienes personales). En promedio, estas otras transferencias asignadas a través de leyes particulares diferentes del régimen de coparticipación representan un poco más de un tercio del total de transferencias federales (para el período 1983-2004).¹¹

3.3. Transferencias discrecionales

El presidente también puede asignar fondos específicos de manera discrecional en lo que respecta a la decisión de la cantidad y el destino de las transferencias a las provincias (en principio, sobre un total regulado por la ley de coparticipación de 1988¹²). Los fondos discrecionales más importantes son los Aportes del Tesoro Nacional (ATN).¹³ Los ATN representan un promedio del 11 por ciento del total de las transferencias de coparticipación para el período 1985-2004 (o el 8 por ciento del total de las transferencias del gobierno central). Los

¹¹ También representan el 18 por ciento de la recaudación impositiva provincial y el 15 por ciento de los ingresos totales provinciales para el mismo período.

¹² Uno por ciento del total de los fondos de coparticipación (Ley 23.548), aunque reformas posteriores aumentaron este monto: desde 1992, el fondo de ATNs recibió 2 por ciento del impuesto a las ganancias; desde 1996, se redujo en 6 millones anualmente, y desde 1996, tuvo un aumento de 20 millones provenientes del impuesto a las ganancias (Cetrángolo and Jiménez, 1997, p. 16).

¹³ Desde 1988, los ATNs han sido complementarios a la coparticipación, limitados en cuantía y discrecionales en su distribución (Cetrángolo and Jiménez, 1997, pp. 9-10).

mismos alcanzaron un techo del 64 por ciento en 1987, cuando la ley de coparticipación venció y el Tesoro realizó la mayoría de las transferencias a través de los ATN. Después de la ley de coparticipación de 1988 (y hasta 2004), las transferencias discrecionales representaron un promedio de 1,28 por ciento de las transferencias de coparticipación y un 0,85 del total de las transferencias del gobierno central.

Juntas, las transferencias obligatorias que no son reguladas mediante la ley de coparticipación y las transferencias discrecionales han cambiado a lo largo del tiempo (en términos absolutos o relativos, así como en los porcentajes distribuidos a cada distrito) siguiendo un patrón muy diferente al de las transferencias reguladas por la ley de coparticipación. Por lo tanto, las variables que ayudan a explicar los cambios en las transferencias obligatorias podrían ser menos adecuadas para explicar los cambios en la distribución de otros fondos, especialmente los discrecionales (ésta es otra limitación en algunos análisis que utilizan variables que permanecen estables a lo largo del tiempo).

Todas estas transferencias son fundamentales para varios gobernadores y de ellas depende en gran parte su capacidad de gestionar su distritos (especialmente aquellos menos desarrollados, menos poblados y cuyas economías provinciales están menos diversificadas) y, fundamentalmente, para construir apoyo político en los mismos. Esta es una de las razones principales por las que es fundamental analizar las dinámicas políticas detrás de la distribución de la más grande cantidad (posible) de transferencias del gobierno central (no sólo las de coparticipación) en general, y de las transferencias discrecionales en particular.

3.4. El Gasto de los Ministerios del Gobierno Central a las Provincias

El gobierno central también puede asignar fondos específicos a las unidades subnacionales, como por ejemplo planes de infraestructura o programas sociales. La ley de presupuesto regula la cuantía total de estos gastos y su distribución federal, las cuales pueden cambiar cada año de acuerdo a la distribución de poder dentro del Congreso. En otras palabras, su distribución no está regulada por regímenes específicos, ya que la cantidad y el destino dependerán de lo que apruebe

el Congreso cada año. El gobierno federal, a través de cada uno de los ministerios competentes,¹⁴ se encarga de la distribución federal de estas transferencias, según lo dispuesto por la ley de presupuesto, y puede reasignar estas partidas de acuerdo a las prioridades políticas del presidente, haciendo uso de sus competencias legislativas.¹⁵

En resumen, parto de la suposición de que los presidentes tienen diferentes grados de discrecionalidad en la distribución de los fondos a las provincias: las transferencias obligatorias son más difíciles de manipular y las mismas han sido cambiadas sólo bajo ciertas condiciones específicas. Las transferencias discrecionales puede ser fácilmente manipuladas y los presidentes lo han hecho buscando diferentes objetivos. Los gastos del gobierno federal a las provincias través de sus ministerios se sitúan en algún lugar entre medio de las anteriores.

Antes de entrar en los detalles de cómo se distribuyen estas transferencias, exploro brevemente cuáles son las preferencias de cada uno de los actores principales (presidentes y gobernadores) y qué estrategias pueden seguir para alcanzar sus objetivos en la puja por recursos federales.

4. LAS PREFERENCIAS DE LOS PRESIDENTES Y GOBERNADORES

Los presidentes quieren permanecer en el poder y aumentar el poder que ya tienen, quieren reelegirse (si es posible, o nombrar sus candidatos presidenciales preferidos para ocupar su lugar) y ganar prestigio, así como apoyo público. Para ello y para implementar las reformas que tienen en su agenda, necesitan construir apoyo político y

¹⁴ Economía y Obras Públicas antes de 2003 y Planeamiento Federal después de este año para planes de infraestructura; el Ministerio de Trabajo para planes sociales y de empleo.

¹⁵ En Argentina, el Poder Ejecutivo Federal (a través del Jefe de Gabinete) puede reasignar partidas presupuestarias aprobadas por el congreso, haciendo uso de los conocidos "superpoderes". Inicialmente creada como una medida extraordinaria, el presidente Kirchner reformó el artículo 37 de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional (Ley 24.156) en Agosto de 2006, para institucionalizar esta herramienta legislativa controversial poderosa en manos del gobierno central.

coaliciones de gobierno. Los presidentes pueden movilizar a los legisladores y gobernadores para obtener su apoyo político ya sea mediante incentivos colectivos o selectivos (Panbianco, 1988). Aunque reconozco la importancia de la ideología o la identidad partidaria para movilizar apoyo, en este trabajo me centro en la distribución de bienes materiales -recursos fiscales para ser más preciso- como incentivos selectivos para movilizar apoyos y construir coaliciones políticas.

Con el fin de forjar coaliciones políticas leales, los presidentes tratan de maximizar el control y distribución de recursos federales. Por ello, parto del supuesto de que los presidentes prefieren en primer lugar a la centralización y el control fiscal de los recursos subnacionales.

Sin embargo, la centralización completa en un país federal es imposible. En todas las federaciones (y en varios países unitarios), y en grados muy diferentes, el gobierno central transfiere fondos a otros niveles de gobierno. Lo hacen debido a las diferencias que existen entre la cantidad de dinero obtenido por algunas unidades subnacionales y los recursos que gastan. Si los presidentes tienen que transferir recursos a las unidades subnacionales preferirán hacerlo de manera discrecional. Esto es así porque ellos podrán asignar estos recursos de acuerdo a sus objetivos políticos y consolidar o aumentar su poder. Apoyarán las transferencias discrecionales como una estrategia de segundo orden, después de la centralización y el control centralizado de los recursos subnacionales.

En la escala de preferencias, en un tercer lugar, asumo que los presidentes preferirán la transferencia de fondos no discrecionales para las unidades subnacionales, también llamadas transferencias legales o automáticas. Los ejecutivos federales prefieren las transferencias discrecionales sobre las transferencias legales u obligatorias porque no tienen control sobre estos últimos fondos y porque no los pueden asignar de acuerdo a sus objetivos. La cantidad de fondos que recibe cada provincia está regulada por criterios específicos formales o legales.

Los ejecutivos federales también prefieren la transferencia de fondos sobre los que los gobernadores tienen poca o ninguna discrecionalidad en el gasto. Es decir, prefieren transferir fondos con criterios de gasto asignados en lugar de recursos que pueden ser utilizados discrecionalmente por funcionarios subnacionales.

En el último orden de preferencias, los presidentes preferirán la transferencia de autoridad impositiva a las unidades subnacionales. Al delegar estas facultades, los presidentes no tienen control sobre los recursos recaudados y sobre la forma en que los mismos son gastados por los niveles subnacionales de gobierno.

Los gobernadores quieren cumplir con las obligaciones impuestas por las funciones sobre las que tienen responsabilidad, quieren ser reelegidos (si es constitucionalmente posible) y avanzar en sus carreras políticas. Ellos compiten con los presidentes por el acceso a fondos públicos y tratan de maximizar la relación entre los recursos de las arcas fiscales nacionales y las funciones sobre las que son responsables.

Para lograr sus objetivos, cumplir con sus funciones y avanzar en sus carreras políticas, los gobernadores, en general, quieren más recursos. Pero los gobernadores pueden tener distintas preferencias sobre cómo acceder a ellos. Estas preferencias dependen de las características estructurales de sus distritos, tales como su capacidad tributaria, la autonomía fiscal y las principales actividades económicas. Los gobernadores de las provincias más desarrolladas con gran capacidad tributaria estarían a favor de una autoridad fiscal más descentralizada en primer lugar, y más transferencias fiscales en segundo lugar. Preferirán las transferencias automáticas a aquellas que están designadas por el gobierno central.

Por el contrario, los gobernadores de los distritos menos desarrollados, con menos capacidad impositiva o menos recursos, estarán a favor de más transferencias automáticas (primero) o asignadas para fines específicos (segundo), sobre la transferencia de autoridad tributaria (tercero).

4.1. Preferencias en Relación con el Poder del Gobierno Central y las Transferencias Redistributivas

Provincias estructuralmente distintas pueden tener preferencias en conflicto respecto de la autoridad del gobierno central sobre los impuestos y la distribución de recursos. Las provincias más desarrolladas y económicamente potentes y diversificadas, preferirán

administrar su propia riqueza y regular sus impuestos en lugar de tener un gobierno central encargado de recolectar y distribuir estos fondos a las unidades subnacionales de la federación. Estas unidades preverán un gobierno central relativamente débil para impedir procesos importantes de redistribución a las regiones menos desarrolladas y una mayor autonomía fiscal para administrar sus propios recursos. También se beneficiarían de un gobierno central débil ya que podrían tener más peso e influencia en la extracción de recursos (así como otros privilegios o concesiones) en una relación de uno-a-uno.

Por el contrario, las provincias menos desarrolladas y más dependientes fiscalmente preferirán un gobierno central capaz de extraer recursos de los distritos más ricos y de redistribuir de la riqueza a las unidades menos desarrolladas de la federación.¹⁶ Esto significaría que prefieren un gobierno central relativamente fuerte, capaz de extraer recursos y redistribuirlos y menos autoridad fiscal en las unidades subnacionales en relación con la recaudación de impuestos (en lugar de en el gasto, en el que prefieren mucho margen de acción), para prevenir que las unidades más grandes tengan mayor autonomía que ellas.

Varios investigadores han afirmado que las unidades subnacionales fuertes y débiles pueden tener diferentes (y a veces conflictivas) preferencias en relación con el poder del gobierno central, la administración de los recursos provinciales y la re-distribución de recursos.¹⁷ Gibson y Falleti desarrollan estas preferencias en conflicto en perspectiva histórica. Para ellos, una vez que la federación argentina fue creada y “habiendo experimentado primero la subordinación a la provincia de Buenos Aires (...) diversas coaliciones de las provincias más débiles lucharon por un gobierno central fuerte y autónomo, para poner límites a la provincia más poderosa de la unión [Buenos Aires].” “Buenos Aires, por el contrario, (...) prefirió la periferización (es decir, la descentralización) cuando se enfrentó con la posibilidad

¹⁶ Como argumenta Wibbels (2005, p. 169), “[l]a distribución de la riqueza entre regiones(...) tiene impacto sobre la intensidad de las demandas regionales por redistribución”.

¹⁷ Ver Carvalho (1993, p. 63); Rezende (1990, 2001); Souza (1997, pp. 71-72, 80-82); y Kugelmas (2001) por un argumento similar aplicado al caso brasileño.

de un gobierno central con poderes autónomos” (2004, pp. 227, 230-231). Eaton (2004, p. 85) presenta un argumento muy similar. Para él, la descentralización ha tendido a favorecer a la unidad subnacional más poderosa, Buenos Aires, en el caso de la Argentina. “La centralización, por el contrario, generó importantes beneficios para las regiones menos avanzadas a través del control de la hegemonía del estado o provincia dominante.”

5. ESTRATEGIAS

Una vez definidas las preferencias de los actores, a continuación presento las diferentes estrategias que ellos desarrollan en situaciones de centralización o descentralización fiscal.

Tengo razones teóricas para suponer que cuando los presidentes centralizan prefieren no imponer costos iguales a todas las provincias. Si los presidentes tienen que tomar la decisión política de reducir los fondos transferidos a las unidades subnacionales, preferirán reducir las transferencias a las provincias que tienen una mayor proporción de ingresos provinciales en relación con las transferencias federales y a aquellas en manos de gobernadores fuertes de la oposición.

Espero que esto sea así por dos razones principales. La primera es una razón estructural, con implicaciones políticas y fiscales. Por un lado, las provincias más desarrolladas y fiscalmente más autónomas se opondrán a la centralización (ya que prefieren la descentralización y la autonomía fiscal). Sin embargo, bajo ciertas condiciones, los presidentes podrían contar con el apoyo de las provincias con una estructura productiva pobre, insignificantes recursos fiscales propios, y fiscalmente más dependientes del gobierno central. Estos gobernadores apoyarían un gobierno nacional capaz de recaudar más impuestos de los distritos más ricos y de redistribuirlos a ellos. Estarían a favor de la centralización si eso significase que las unidades más pobres no tendrán que pagar los costos para implementar esta reforma (ya que tienen pocos recursos a ser centralizados) y que recibirán transferencias redistributivas del gobierno central a cambio de su apoyo. Los gobernadores de estas provincias preferirán la centralización con redistribución sobre la descentralización. Los ingresos serán extraídos

principalmente de los distritos de mayor desarrollo relativo y de las unidades más independientes fiscalmente, que obviamente se opondrán a la centralización. Las regiones más pobres también esperarán que los presidentes centralizadores pongan límites al poder de los gobernadores de los distritos más desarrollados.

Además, los distritos menos desarrollados y más dependientes fiscalmente enfrentan mayores costos que los más ricos si se deciden a entrar en conflicto con el gobierno central. En caso de conflicto, las autoridades centrales pueden reducir las transferencias a estos distritos, especialmente aquellas cuya distribución no está legalmente regulada (las transferencias discrecionales y las de los ministerios federales). Esta es una herramienta de negociación que los presidentes tienen a su disposición cuando tienen que negociar con los gobernadores.

Por otra parte, si los presidentes tienen que reducir los fondos, los distritos relativamente más desarrollados tienen más capacidad fiscal para hacer frente a los recortes (tienen más capacidad "contributiva"). Los presidentes prefieren no imponer reducciones sustanciales de transferencias fiscales a las provincias más dependientes y más pobres, ya que no tienen suficientes fuentes de ingresos para hacer frente a sus necesidades de gasto (especialmente si estos gobernadores tienen que lidiar con una crisis fiscal). Si los presidentes imponen grandes costos a estas provincias, pueden esperar aumentos sustanciales en los niveles de protesta; el conflicto social puede aumentar y, eventualmente, demandar alguna acción federal más costosa.

La segunda razón se basa en una motivación política doble: por un lado, los gobernadores opositores más fuertes y sobre todo aquellos de las provincias grandes y relativamente desarrolladas pueden ser posibles rivales de los presidentes y los ejecutivos federales prefieren tenerlos bajo control. Los presidentes pueden contar con el apoyo de los distritos menos desarrollados en este sentido. Por el otro lado, los presidentes prefieren que los gobernadores leales no paguen grandes costos debido a la disminución de las transferencias federales (ya que prefieren mantenerlos en su coalición de apoyos).

¿Qué harían los gobernadores si se enfrentan con un presidente débil y una profunda crisis fiscal? Cuando los gobernadores son poderosos y los presidentes son débiles, y cuando los ejecutivos

subnacionales enfrentan una más o menos profunda crisis fiscal,¹⁸ es más probable que presionen al gobierno central para que éste aumente las transferencias fiscales. Todos ellos tienen incentivos para obtener más recursos. Sin embargo, no todos los gobernadores tienen la misma capacidad de extraerlos del gobierno central (llamo a esto su capacidad “extractiva”). Los gobernadores de las provincias más pobladas, desarrolladas y fiscalmente más autónomas pueden tener una mayor capacidad de influir en las decisiones adoptadas por el presidente. Ellos controlan una mayor proporción de los votos nacionales y son también poderes económicos en la federación. Como tales, tienen más voz y capacidad de presión sobre los presidentes que aquellos de distritos más dependientes fiscalmente. Además, los costos que enfrentan en caso de conflicto con el gobierno central son mucho menores que para los distritos más dependientes y menos desarrollados.

Por último, no todos los gobernadores tienen la misma motivación para extraer recursos de las arcas del gobierno central. Los gobernadores de la oposición tienen más incentivos para obtener fondos de las autoridades nacionales sin preocuparse mucho sobre la capacidad fiscal del gobierno central para atender sus demandas (o presiones).

Por ello, es más probable que los gobernadores más poderosos de la oposición de las provincias más desarrolladas, pobladas y fiscalmente más autónomas obtengan más recursos del gobierno central cuando el presidente es políticamente débil y cuando el contexto fiscal es crítico.

6. HIPÓTESIS PRINCIPAL

La hipótesis principal en este trabajo es que los presidentes poderosos en contextos de crisis fiscal han tendido a centralizar recursos fiscales. Sin embargo, los mismos no han afectado a todas las provincias por igual: han reducido más transferencias a las provincias más desarrolladas y pobladas que cuentan con una mayor proporción de recursos fiscales propios en relación a las transferencias federales

¹⁸ Otro condicionante para que los gobernadores modifiquen la distribución de recursos es resolver sus problemas de acción colectiva y coordinar frente al gobierno central.

(aquellos que tienen más capacidad contributiva) y a aquellas en manos de gobernadores fuertes de la oposición. Los presidentes han sido más propensos a construir capital político para las reformas centralizadoras contando principalmente con el apoyo de las provincias menos desarrolladas y pobladas que son fiscalmente más dependientes del gobierno central. Por lo tanto, estos son los distritos que han recibido más recursos compensadores y han enfrentado costos menores debido a las reformas centralizadoras.

Cuando los gobernadores son poderosos y los presidentes son débiles, y cuando el contexto fiscal es crítico, los ejecutivos federales han sido más propensos (o han sido forzados) a aumentar las transferencias a las unidades subnacionales. Los gobernadores más fuertes de la oposición de las provincias más pobladas, desarrolladas y fiscalmente autónomas (aquellas con más capacidad de extracción) han sido más propensos a obtener más recursos del gobierno central.

7. PERÍODOS DE CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EN LA POST-TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

Habiendo presentado la hipótesis, desarrollo un breve relato histórico sobre los efectos distributivos de la centralización y descentralización y la imposición selectiva de costos y beneficios, enfocándome en los períodos en que hubo cambios significativos en la distribución de transferencias fiscales.¹⁹ Los períodos clave que elijo son, primero, los cambios descentralizadores implementados durante la presidencia de Alfonsín, cuando el régimen de coparticipación fue modificado en 1988; y segundo, las reformas centralizadoras durante la administración de Menem, en el período 1993/4.

Cuando la ley de coparticipación de 1973 expiró en diciembre de 1984 (un año después que los militares decretaran su extensión), tanto el presidente como los gobernadores presionaron a los legisladores para que aprobaran una nueva ley. Sin embargo, estaban en desacuerdo sobre los impuestos a ser distribuidos y los porcentajes que cada nivel de gobierno obtendría. Ni el presidente ni la oposición, representando los

¹⁹ En González (2012) presento un análisis cuantitativo del argumento presentado en este trabajo.

intereses de la mayoría de los gobernadores peronistas, tenían suficientes recursos políticos para aprobar (o imponer) un nuevo marco legal.²⁰

Por lo tanto, ningún sistema de coparticipación de ingresos reguló las transferencias del gobierno central a las unidades subnacionales desde 1984 a 1987. En la ausencia de una ley de coparticipación, el gobierno federal distribuyó ingresos impositivos a las provincias considerando las transferencias anteriores realizadas por la ley de coparticipación de 1984, los déficits presupuestarios y necesidades financieras de las provincias, y negociaciones políticas *ad hoc* que no reflejaban procedimientos automáticos ni criterios transparentes (Pírez, 1986, pp. 64-65; Eaton, 2004, p. 146). La distribución se realizaba principalmente mediante transferencias discrecionales de ATNs (*Aportes del Tesoro Nacional*), que representaban un 46 por ciento del total de las transferencias del gobierno federal en 1985 y 47 por ciento en 1986.

Con discrecionalidad y algo de poder político, Alfonsín redujo el gasto total de las unidades subnacionales en un 10 por ciento en su primer año de gobierno (de 39 por ciento en 1984 a 29 por ciento en 1985; FMI, 2001). Al hacerlo, afectó principalmente a los distritos más desarrollados, principalmente Buenos Aires. Este distrito sufrió la reducción de su participación en la totalidad de las transferencias federales de un 26 por ciento en 1983 a un 18 por ciento en 1985. De acuerdo a Porto (2003, p. 45), Buenos Aires perdió alrededor de 10 por ciento de su participación, o un tercio del monto que este distrito recibía durante el régimen previo. Para el autor, durante su primer año en el gobierno, Alfonsín “produjo una notable redistribución, fundamentalmente desde Buenos Aires [...], a provincias intermedias y en desarrollo.” Cetrángolo y Jiménez (1996, p. 14) llegan a las mismas conclusiones a través del análisis de la evolución de los ATNs durante dicho período. Para ellos “las [provincias] más desarrolladas (fundamentalmente la Capital Federal y Buenos Aires) perdieron parte de su participación en relación a las menos desarrolladas.”

Otras provincias relativamente desarrolladas y menos dependientes fiscalmente, como la Capital Federal, tuvieron una reducción

²⁰ Raúl Alfonsín ganó las elecciones de 1983 con un 51.75 por ciento de los votos. Sin embargo, los radicales tenían una mayoría ínfima y estaban debilitados en el senado. Además, el PJ controlaba 12 de las 22 gobernaciones.

de su participación de un 5 por ciento en 1983 a un 2 por ciento en 1985. Córdoba, Santa Fe, y Mendoza sufrieron reducciones similares en proporciones menos dramáticas. Por el contrario, las provincias más dependientes fiscalmente y menos pobladas, como La Rioja, Catamarca, Jujuy, Santiago del Estero, Salta, Chaco, Formosa, Misiones, Corrientes, y San Luis vieron aumentada su participación de un promedio de 15 por ciento en 1983 a 18 en 1985.

En resumen, entre 1983 y 1987, y a pesar de no contar con suficiente apoyo para alterar el *status quo* legal, un presidente relativamente poderoso, en un contexto fiscal crítico, redujo las transferencias a las provincias y obtuvo fondos especialmente de aquellas más desarrolladas e independientes fiscalmente, favoreciendo a aquellas menos desarrolladas y más dependientes en términos fiscales.

La imposibilidad de reformar la ley desde 1983 llegó a su fin después de las elecciones legislativas y de gobernador en 1987. El PJ obtuvo más bancas en la cámara de diputados así como más gobernaciones, controlando 16 provincias (la UCR ganó sólo en 3, la misma cantidad que los partidos provinciales). La notable debilidad política del presidente después 1987 se combinó con una severa crisis fiscal. Bajo aquellas condiciones, los gobernadores opositores se articularon partidariamente y coordinaron sus acciones en contra del gobierno central para obtener más recursos, alentando al congreso a aprobar una nueva ley de coparticipación en 1988.

Mediante esta ley (la 23.548), los gobernadores incluyeron nuevos impuestos en el fondo común a distribuir y aumentaron la participación provincial en los ingresos fiscales a 56,66 por ciento, el índice más alto desde que el régimen de coparticipación fuera creado en 1935. Las provincias más beneficiadas, como se podría esperar de acuerdo con el argumento teórico presentado, fueron aquellas capaces de ejercer más presión (aquellas con más capacidad extractiva) sobre el presidente debilitado. Éste fue particularmente el caso de Buenos Aires, que aumentó su participación en el total de las transferencias federales en más de un 10 por ciento en solo dos años (de 18 por ciento en 1987 a 20 por ciento en el período 1988-1990). En suma, las cuatro provincias más desarrolladas y menos dependientes fiscalmente aumentaron su participación en la distribución total de ingresos federales de un 36.7 por ciento en 1987 a 39.4 en 1990.

Si consideramos el gasto federal del gobierno central en las provincias a través de los ministerios (fondos que no son distribuidos mediante coparticipación u otros regímenes legales), la proporción que corresponde a los distritos más desarrollados y menos dependientes fiscalmente aumentó considerablemente, de 15 por ciento en 1988 a 25 por ciento en 1990.

Esta misma proporción descendió de 53 por ciento en 1988 a 51 por ciento en 1989, el año después de que el régimen fuera creado, para las provincias menos desarrolladas del Noroeste y Noreste, más dependientes fiscalmente. Si se excluye La Rioja, uno de los distritos más favorecidos durante el período, la participación total cayó de 45 a 38 por ciento.

La mayoría de las provincias menos desarrolladas y más dependientes fiscalmente recibieron menos fondos federales (incluyendo los obligatorios legalmente y los distribuidos discrecionalmente) durante el período. Como sostiene Porto (2003a, p. 49), tratándose de un juego de distribución secundaria de suma cero, este aumento en las transferencias para las provincias más desarrolladas representó una pérdida relativa para las provincias que se habían beneficiado más durante el período anterior, particularmente algunos de los distritos menos desarrollados y más dependientes fiscalmente. Para compensar estos desequilibrios, los mismos recibieron ayuda de emergencia desde el gobierno central (en la forma de bonos federales y transferencias provenientes de impuestos temporarios) (en promedio, y a pesar de estas transferencias, recibieron 17.2 por ciento en 1987 y 16.4 en 1990).

En medio de una situación caótica en términos económicos y políticos, Alfonsín abandonó el gobierno seis meses antes de finalizar su mandato constitucional. El excesivo gasto fiscal en el nivel subnacional fue una de las muchas causas que contribuyeron a los altos niveles de inflación. Los cambios en la ley de coparticipación de 1988, favorable a las unidades subnacionales, fue uno de los factores clave para comprender este proceso.

Menem era relativamente fuerte en términos políticos. Su partido contaba con la mayoría en el senado y controlaba la primera minoría en la cámara de diputados (tenía la capacidad de formar mayoría con el apoyo de la UCeDe y partidos provinciales). También obtuvo poderes

especiales a partir de la Ley de Emergencia Económica y la Ley de Reforma del Estado sancionadas en 1989. A pesar de ello y del contexto económico y fiscal crítico en que asumió, Menem no logró aprobar (o imponer) una nueva ley reformando el régimen de coparticipación. Menem era políticamente poderoso en el congreso y obtuvo apoyo de actores socio-políticos, económicos y financieros cruciales (Novaro, 1994; Palermo y Novaro, 1996), pero tuvo que enfrentar límites en su agenda de reformas (Mustapic, 2000; Llanos, 2001; Etchemendy y Palermo, 1998; Alonso, 1998).

Aunque el poder ejecutivo se encontraba incapacitado para aprobar una nueva ley de coparticipación, tenía poder suficiente para negociar importantes cambios que afectaron las transferencias fiscales a las provincias. Menem transfirió los servicios de salud y educación a las provincias y las obligó a hacerse cargo económicamente de dichos servicios, reduciendo así las presiones sobre el déficit nacional (Dillinger y Webb, 1999, pp. 16-17; Porto, 2003a, p. 53) y afectando la autonomía provincial (Eaton, 2004; Falleti, 2005).

El costo total de los servicios transferidos fue de \$1.200 millones por año (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 5 y 6 de diciembre de 1991, pp. 5310, 5320) y, como lo establecía la ley 24.049 (Artículo 14), se debían financiar con una parte de los fondos coparticipables a las provincias. Además, la ley 24.049 autorizaba al gobierno central a extraer 15 por ciento del total de los fondos coparticipables para financiar el sistema de pensión en un monto fijo de \$43.8 millones por mes para ser distribuidos entre las provincias con problemas financieros (Porto, 2003a, p. 53).

El total de transferencias a las provincias aumentó como resultado del crecimiento económico y una mayor recaudación fiscal después del programa de estabilización de 1991²¹ y el gobierno federal utilizó esto durante las negociaciones para transferir los servicios sociales. Pero la descentralización de los servicios de salud y educación demandó un incremento sustancial en el gasto y no existían transferencias definidas por ley para contribuir a financiar estas actividades. De hecho, el

²¹ Las transferencias federales totales a las provincias aumentaron de \$14.7 mil millones en 1990 a \$25.1 mil millones en 1992; la coparticipación creció de \$11.6 mil millones en 1990 a \$17.6 mil millones en 1992.

gobierno central retiró fondos para financiar el sistema de jubilaciones y pensiones.

Esta situación se vio reflejada en el monto de dinero que los gobiernos provinciales gastaban antes y después de la transferencia de estos servicios. El gasto total provincial pasó de \$39.3 mil millones en 1991, antes de la descentralización de las nuevas funciones, a \$57 mil millones en 1994 con posterioridad a los pactos fiscales, lo que constituye un aumento cercano al 70 por ciento.

Los déficits provinciales también reflejan el impacto de la transferencia de funciones: en 1992, el déficit provincial total pasó de \$1.200 millones a \$6.400 millones, un incremento del 220 por ciento. La deuda provincial aumentó dramáticamente, de \$3.100 millones en 1993 a \$9.800 millones en 1995; equivalente a un aumento del 316 por ciento. En 1991, las provincias pudieron financiar 42 por ciento de sus gastos con fondos de coparticipación; esta proporción cayó a 27 por ciento en 1995 (una caída de 15 puntos).²²

¿Cómo construyó Menem apoyo político para estas reformas centralizadoras? En primer lugar, imponiendo menores ajustes a aquellos distritos pertenecientes a la coalición “periférica” (como sostienen Gibson y Calvo, 2000) pero también realizando transferencias compensatorias para garantizar apoyo a las reformas, especialmente de los distritos menos desarrollados y más dependientes fiscalmente. Menem transfirió una importante proporción de los fondos discrecionales a los distritos menos poblados, menos desarrollados y más dependientes fiscalmente del Noreste y Noroeste. Destinó, en promedio, \$57 anuales per cápita en ATNs a dichos distritos, comparado con \$3 transferidos a las provincias de la región central; un equivalente a 19 veces más transferencias. Entre las provincias más beneficiadas, La Rioja (la provincia natal de Menem) recibió en promedio 30 por ciento de todos ATNs en el período 1989-1999, a pesar de que esta provincia contaba con menos del uno por ciento de la población del país. Como reflejo de esta estrategia, los ATNs crecieron alrededor de un 350 por ciento durante la administración de Menem (de \$90 millones en 1990 a \$319 millones en 1993, alcanzando los \$407.7 millones en 1999).

²² Si consideramos el total de las transferencias federales, la participación cayó de un 53 por ciento en 1992 a 45 por ciento en 1995.

El mismo patrón de distribución que favorecía a las provincias menos desarrolladas y más dependientes fiscalmente se refleja también en el gasto federal desde el gobierno central a las provincias a través de los ministerios nacionales. Menem otorgó, en promedio, \$209 per cápita anuales a dichos distritos, mientras que transfirió solo \$18 per cápita a las provincias centrales, es decir 11.6 por ciento más transferencias a los primeros que a los segundos. La proporción de estas transferencias a los distritos más desarrollados y fiscalmente independientes cayó de 54 por ciento en 1990 a 28 por ciento en 1991. Por el contrario, esta proporción aumentó sustancialmente para las provincias menos desarrolladas y más dependientes fiscalmente. Solo las provincias del Noroeste aumentaron su participación del 26 por ciento en 1988 (31 por ciento en 1989) a 39 por ciento en 1991. Como surge de nuestro argumento teórico, los gobernadores de las provincias menos desarrolladas y más dependientes fiscalmente eran las que tenían más probabilidad de apoyar al presidente en sus esfuerzos de centralización y se los compensó por dicho apoyo.

De hecho, los gobernadores de las provincias menos desarrolladas y más dependientes de la región del norte fueron los primeros en apoyar la iniciativa presidencial de descentralizar los servicios de educación y salud sin incrementos en las transferencias (Falleti, 2003, pp. 146-148). Las provincias que apoyaron al presidente en las reformas de centralización tuvieron que pagar un costo por ello (recibieron nuevos servicios que prestar sin nuevas partidas de fondos). Los gobernadores probablemente sabían que iban a tener que enfrentar algún costo de todas maneras, ya que Menem y Cavallo tenían claras intenciones y suficiente peso político para descentralizar funciones. En lugar de oponerse al presidente y ser forzados a firmar los acuerdos a pesar de su resistencia, los gobernadores de las provincias menos desarrolladas y más dependientes fiscalmente negociaron la transferencia de servicios a cambio de recursos compensatorios que podrían manejar discrecionalmente.

Estos incentivos selectivos redujeron los costos de corto plazo para los gobernadores (y los costos para la aprobación de las reformas), permitiéndoles contar con más fondos para objetivos políticos en el presente, pero llevando a sus distritos a mayores desequilibrios

en el largo plazo. En lugar de chocar con el presidente, su estrategia fue extraer pagos laterales del ejecutivo federal para consolidarse en el poder, difiriendo los costos de las reformas en el futuro.

Las provincias más desarrolladas y menos dependientes fiscalmente, estaban menos predisuestas a firmar los acuerdos de descentralización y terminaron siendo las más afectas por el proceso de centralización. Entre ellas, como destaca Falletti (2003, p. 149) el impacto financiero de la transferencia de los servicios fue mayor en el distrito más grande, Buenos Aires, que en el resto de las provincias: treinta por ciento de todas las escuelas transferidas se encontraban en esta provincia y el gobierno provincial estaba obligado, de acuerdo a la nueva ley, a igualar los salarios de los antes maestros nacionales y provinciales (los sueldos provinciales eran más bajos que los de los antes docentes nacionales, a diferencia del resto de las provincias).

Un hecho que apoya el argumento presentado aquí es que el gobernador de esta provincia fue el último en firmar los acuerdos con el gobierno nacional, en diciembre de 1993. Y los datos fiscales posteriores podrían darnos una respuesta de por qué: el gasto total provincial de la provincia de Buenos Aires creció de \$9.900 millones en 1991 a \$15.500 millones en 1994. El balance fiscal pasó de un superávit de \$554 millones en 1992 a un déficit de \$587 millones en 1994, el año posterior a la implementación del proceso de descentralización (aun habiendo Buenos Aires recibido un fondo compensatorio, creado por el gobierno central en 1992, para que firme el acuerdo).

8. COMENTARIOS FINALES

Este trabajo presenta evidencia empírica que indica que las diferencias estructurales entre regiones son importantes para explicar la distribución federal de fondos federales porque afectan el conjunto de preferencias vinculadas a la centralización y descentralización y porque una mayor dependencia fiscal podría incrementar el costo para los gobernadores de entrar en conflicto con el presidente.

Cuando los gobernadores fueron poderosos y el contexto fiscal desfavorable, las unidades subnacionales recibieron más transferencias desde el gobierno federal. Sin embargo, aquellas que se beneficiaron

más tendieron a ser las provincias más desarrolladas y menos dependientes fiscalmente. Estos gobernadores tenían más peso en las negociaciones con el gobierno central, enfrentaban menos costos en caso de enfrentarse al ejecutivo federal y los presidentes tuvieron más problemas en controlar su poder. Los gobernadores siempre quieren más recursos y han presionado a los gobiernos centrales para ello; pero cuando los presidentes no pueden contener dichas presiones, los gobernadores de las provincias más desarrolladas tienen más capacidad de presión para extraer mayores ingresos.

Por el contrario, los presidentes poderosos en Argentina han tendido a centralizar recursos fiscales, especialmente cuando se encuentran en contextos de crisis fiscal. El proceso de centralización afectó a todas las provincias. Sin embargo, no todos los distritos pagaron los mismos costos. Los gobernadores de las provincias menos desarrolladas y más dependientes fiscalmente fueron compensados en una mayor proporción que aquellos de los distritos más desarrollados. Los más ampliamente beneficiados fueron aquellos que proveyeron apoyo político para las reformas centralizadoras del presidente.

Los presidentes en Argentina parecen haber utilizado recursos fiscales para compensar los costos sufridos por quienes los apoyaban. No tenían demasiada capacidad de presión sobre la distribución de las transferencias definidas por ley. Pero cuando decidieron la aprobación de las reformas centralizadoras, distribuyeron transferencias discrecionales y gasto del gobierno central a través de los ministerios, compensando a aquellas provincias más propensas a dar su apoyo.

El famoso aforismo atribuido a Getulio Vargas podría ser modificado para expresar cómo los presidentes distribuyen transferencias federales para configurar coaliciones y compensar adeptos: “a mis amigos todo, a mis adversarios un poco y a mis enemigos la ley de coparticipación”.

9. DESCRIPCIÓN DE LAS VARIABLES Y FUENTES DE DATOS

Variables	Fuente	Años de Cobertura
Transferencias Fiscales del Gobierno Central	Dirección Nacional de Coordinación Fiscal con las Provincias, Ministerio de Economía.	1983-2004
Transferencias Discrecionales del Gobierno Central		
Transferencias Legalmente Obligatorias (Coparticipación)		
Otras Transferencias del Gobierno Central		
Porcentaje de Gasto de los Gobiernos Subnacionales como Porcentaje de los Gastos Totales	Datos Federal: Cuenta de Inversión, Ministerio de Economía. Datos Provinciales: Dirección Nacional de Coordinación Fiscal con las Provincias.	1993-2004

10. REFERENCIAS

- Angell, A., Lowden, P., and Thorp, R. 2001. *Decentralizing Development. The Political Economy of Institutional Change in Colombia and Chile*. Oxford: Oxford University Press.
- Artana, D. and López Murphy, R. 1994. Fiscal Decentralization: Some Lessons for Latin America. Documento de Trabajo N° 42, Buenos Aires: FIEL.
- Acuña, C., and Tommasi, M. 1999. *Some Reflections on the Institutional Reforms required for Latin America*, Buenos Aires: CEDI.
- Bennett, R. (ed). 1990. *Decentralization, Local Governments, and Markets*. Oxford: Clarendon Press.
- Beck, N., and Katz J. 1995. "What to do (and not to do) with Time-Series Cross-Section Data". *American Political Science Review* 89(3): 634–647.

- Beer, C. "Electoral Competition and Fiscal Decentralization in Mexico", in: Montero and Samuels (eds.). 2004. *Decentralization and Democracy in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Bernick, E. L. 1979. "Gubernatorial Tools: Formal vs. Informal", *The Journal of Politics* 41(2): 656-664.
- Beyle, T. L. 1990. "Governors", In: Gray, V., Herbert J., and Kenneth N. V. *Politics in the American States* (Boston: Little Brown, 5th ed.).
- Bird, R., Freund C., and Wallich C. 1995. "Decentralizing Fiscal Systems in Transition Economies". *Finance and Development* 32(3): 31-34.
- Bird, R., and Vaillancourt, F., *Fiscal Decentralization in Developing Countries* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).
- Bresser Pereira, L. C. 1996. *Economic Crisis and State Reform in Brazil. Toward a New Interpretation of Latin America*. London: Lynne Rienner.
- Burki, S., Perry, G., and Dillinger, W. 1998. *Beyond the Center: Decentralizing the State*. Washington D.C.: The World Bank.
- Calvo, E., and Murillo, M. V. 2004. "Who Delivers? Partisan Clients in the Argentine Electoral Market", *American Journal of Political Science* Vol. 48, No. 4, pp. 742-757.
- Calvo, E., and Murillo, M. V. 2004. "A New Iron Law of Argentine Politics? Partisanship, Clientelism, and Governability in Contemporary Argentina"; in: Levitsky, S., and Murillo, M. V. (eds.). 2005. *Argentine Democracy: The Politics of Institutional Weakness*. University Park: The Pennsylvania State University Press.
- Cetrángolo, O., and Jiménez, J. P. 1996. "El Conflicto en Torno a las Relaciones Financieras entre la Nación y las Provincias. Segunda Parte: Desde la Ley 23.548 hasta la Actualidad", Serie de Estudios No.10, Centro de Estudios para el Cambio Estructural.
- Coppedge, M. 2001. "Party Systems, Governability, and the Quality of Democracy in Latin America". Paper presented at the conference on Representation and Democratic Politics in Latin America organized by the Universidad de San Andrés and the University of Pittsburgh, Buenos Aires, Argentina, June 7-8.

- Coppedge, M., and Mejía A. 2001. "Political Determinants of Fiscal Discipline in Latin America, 1979-1998". Paper prepared for the Latin American Studies Association Congress, Washington, D.C. Sep. 5-8.
- Dillinger, W., and Webb S. 1999. "Fiscal Management in Federal Democracies: Argentina and Brazil". Policy Research Working Paper Number 2121. Washington, DC: World Bank.
- Di Gropello, E., and Cominetti R. (Eds.). 1998. "La Descentralización de la Educación y la Salud: Un Análisis Comparativo de la Experiencia Latinoamericana". Santiago de Chile: CEPAL.
- Dilger, R. J., G. A. Krause, R. R. Moffett. 1995. "State Legislative Professionalism and Gubernatorial Effectiveness, 1978-1991", *Legislative Studies Quarterly* 20(4): 553-571.
- Dometrius, N. C. 1987. "Changing Gubernatorial Power: The Measure vs. Reality", *The Western Political Quarterly* 40(2): 319-328.
- Eaton, K. 2001. "Decentralisation, Democratisation and Liberalisation: The History of Revenue Sharing in Argentina, 1934-1999". *Journal of Latin American Studies* 33, 1-28.
- Eaton, K. 2004. *Politics beyond the Capital: The Design of Subnational Institutions in South America*. Stanford: Stanford University Press.
- Eaton, K., and Dickovick, J. T. 2004. "The Politics of Re-Centralization in Argentina and Brazil". *Latin American Research Review* 39(1): 90-122.
- Edwards, S. 1995. *Crisis and Reform in Latin America: from Despair to Hope*. Oxford: Oxford University Press.
- Escobar-Lemmon, M. 2001. "Fiscal Decentralization and Federalism in Latin America", *Publius: The Journal of Federalism* 31:4: 23-41.
- Falleti, T. 2003, *Governing Governors: Coalitions and Sequences of Decentralization in Argentina, Colombia, and Mexico*, Ph.D. Dissertation, Northwestern University.
- Falleti, T. 2005, A Sequential Theory of Decentralization: Latin American Cases in Comparative Perspective, *American Political Science Review*, 99(3): 327-346.
- Falleti, T. 2010, *Decentralization and Subnational Politics in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press).

- García Delgado, D. (ed.) 1997. *Hacia un Nuevo Modelo de Gestión Local*. Buenos Aires: UBA-FLACSO.
- Garman, C., Haggard S., and Willis E. 2001. Fiscal Decentralization, A Political Theory with Latin American Cases. *World Politics* 53: 205-236.
- Gibson, E. 1997. "The Populist Road to Market Reform: Policy and Electoral Coalitions in Mexico and Argentina", *World Politics* Vol. 46, No. 2, pp. 151-184.
- Gibson, E. (ed.) 2004. *Federalism and Democracy in Latin America*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Gibson, E., and Calvo, E. 2000. "Federalism and Low-Maintenance Constituencies: Territorial Dimensions of Economic Reform in Argentina", *Studies in Comparative International Development*, Vol. 35 No. 3.
- Gibson, E., Calvo, E., and Falleti, T. 2004. "Reallocative Federalism: Legislative Overrepresentation and Public Spending in the Western Hemisphere"; in: Gibson, E. (ed.), *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Gimpelson, V. and Treisman D. 2002. Fiscal Games and Public Employment. A Theory with Evidence from Russia. *World Politics* 54: 145-183.
- Giraudy, A. 2007. "The Distributive Politics of Emergency Employment Programs in Argentina (1993-2002)", *Latin American Research Review*, Vol. 42, Num. 2, pp. 33-55.
- Gómez Calcaño, L. and López Maya, M. 1990. *El Tejido de Penélope: La Reforma del Estado en Venezuela (1984-1988)*. Caracas: Cendes-APUCV.
- González, L. 2008. "Political Power, Fiscal Crises, and Decentralization in Latin America: Federal Countries in Comparative Perspective (and some Contrasts with Unitary Cases)", *Publius: The Journal of Federalism*, 38: 211-247.
- Haggard, S. and Kaufman R. (eds.). 1992. *The Politics of Economic Adjustment*. Princeton: Princeton University Press.
- Inter-American Development Bank. 1997a. *Latin America after a Decade of Reforms*. Washington, DC: Inter-American Development Bank.

- Inter-American Development Bank. 1997b. *Fiscal Stability with Democracy and Decentralization*. Washington, DC: Inter-American Development Bank.
- Jones, M., Sanguinetti, P. , and Tommasi, M. 2000. "Politics, Institutions, and Fiscal Performance in a Federal System: An Analysis of the Argentine Provinces" *Journal of Development Economics*, 61: 2.
- Jones, M. and Mainwaring, S. 2003. The Nationalization of Parties and Party Systems: An Empirical Measure and an Application for the Americas. Working Paper 304. Notre Dame: The Hellen Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame.
- Knight, J. 1999. Explaining the Rise of Neo-Liberalism: The Mechanisms of Institutional Change, unpublished manuscript, Washington University in St. Louis; quoted in Thelen, K. 2003. How Institutions Evolve: Insights from Historical Institutional Analysis, In: J. Mahoney and D. Rueschemeyer (Eds.). 2003. *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kraemer, M. 1997. Intergovernmental Transfers and Political Representation: Empirical Evidence from Argentina, Brazil and Mexico. Working Paper 345. Washington, DC: Inter-American Development Bank.
- Lardone, M., and Cingolani, M. 2006. *Gobiernos Bajo Presión: Relaciones Intergubernamentales y Reforma del Estado. El Caso de Córdoba*. Córdoba: EDUCC.
- Levitsky, S., and Murillo, M. V. (eds.). 2005. *Argentine Democracy: The Politics of Institutional Weakness*. University Park: The Pennsylvania State University Press.
- Leiteritz, R. 2003. Capital Account Liberalisation in Latin America in the 1990s – The Role of the International Financial Institutions and Professional Training. Paper prepared for the 3rd Annual CSI Conference on Global Development and Poverty Reduction, Innsbruck, Nov. 19-21.
- Litvack, J., Ahmad, J., and Bird, R. 1998. Rethinking Decentralization in Developing Countries. Washington D.C.: The World Bank, Sector Studies Series.

- Llach, L. "The Economic Consequences of Unequal Federalism". Mimeo, n/d.
- Lodola, G. 2005. "Protesta Popular y Redes Clientelares en la Argentina: El Reparto Federal del Plan Trabajar (1996-2001)", *Desarrollo Económico* 44 (176), pp. 515-536.
- López Murphy, R. 1995. *La Descentralización Fiscal en América Latina: Problemas y Perspectivas*, Buenos Aires: Red de Centros de Investigación Aplicada, FIEL-BID.
- Mainwaring, S., and Shugart M. 1997. *Presidentialism and Democracy in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Manor, J. 1999. *The Political Economy of Democratic Decentralization*. Washington DC: World Bank.
- Montero, A. 2001. "After Decentralization: Patterns of Intergovernmental Conflict in Argentina, Brazil, Mexico, and Spain", *Publius*, Vol. 31, No.4.
- Montero, A., and Samuels D. (eds.). 2003. *Decentralization and Democracy in Latin America*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.
- Mueller, K. J. 1985. Explaining Variation and Change in Gubernatorial Powers, 1960-1982, *The Western Political Quarterly* 38(3): 424-431.
- Mueller, K. J. 1987. [Changing Gubernatorial Power: The Measure vs. Reality]: A Rejoinder, *The Western Political Quarterly* 40(2): 329-331.
- Núñez Miñana, H., and Porto, A. 1983. "Distribución de la Coparticipación Federal de Impuestos: Análisis y Alternativas". Buenos Aires: Consejo Federal de Inversiones.
- Oates, W. 1972. *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.
- Oates, W. (ed.) 1977. *The Political Economy of Fiscal Federalism*. Toronto: Lexington Books.
- O'Donnell, G. 2007. *Dissonances. Democratic Critiques of Democracy*. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press.
- O'Neill, K. 2003. Decentralization as an Electoral Strategy. *Comparative Political Studies* 36: 1068-1091.
- O'Neill, K. 2005. *Decentralizing the State: Elections, Parties, and Local Power in the Andes*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Panebianco, A. 1988. *Political Parties: Organization and Power*. New York and Cambridge: Cambridge University Press.
- Panizza, U. 1999. On the Determinants of Fiscal Centralization. Theory and Evidence. *Journal of Public Economics* 74: 97-139.
- Peterson, G. 1997. *Decentralization in Latin America: Learning through Experience*. Washington, DC: World Bank.
- Pérez, P. 1986. *Coparticipación Federal y Descentralización del Estado*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Pérez, P. 1986b. "La Coparticipación y Descentralización del Estado Nacional", *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 48, No. 4, pp. 175-224.
- Porto, Alberto, "Etapas de la Coparticipación Federal de Impuestos", Documento de Federalismo Fiscal Nro. 2 (La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2003a).
- Prud'homme, R. 1995. The Dangers of Decentralization. *The World Bank Research Observer* 10(2): 201-220.
- Riker, W. H. 1964. *Federalism: Origin, Operation, Significance*. Boston: Little Brown.
- Rodden, J. 2004. Comparative Federalism and Decentralization. On Meaning and Measurement. *Comparative Politics* 36(4): 481-500.
- Rodden, J. 2006. *Hamilton's Paradox. The Promise and Peril of Fiscal Federalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodrik, D. 1994. The Rush to Free Trade in the Developing World: Why So Late? Why Now? Will It Last?, In: Stephan Haggard and Steven B. Webb, eds., *Voting for Reform: Democracy, Political Liberalization, and Economic Adjustment*, New York: Oxford University Press/World Bank.
- Rondinelli, D., Nellis J., and Cheema S. 1983. "Decentralization in Developing Countries: A Review of Recent Experience". WB Staff Working Paper 581. Washington DC: World Bank.
- Samuels, D. and Snyder, R. 2001. The Value of a Vote: Malapportionment in Comparative Perspective. *British Journal of Political Science* 31(4): 651-671.
- Schlesinger, J. A. 1965. The Politics of the Executive, In: Jacob, H., and K. N. Vines, eds., *Politics in the American States*. Boston: Little Brown.

- Selcher, W. 1998. The Politics of Decentralized Federalism, National Diversification, and Regionalism in Brazil. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 40(4): 25-50.
- Shugart, M., and Carey J. 1992. *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Snyder, R., and Samuels, D. "Legislative Malapportionment in Latin America: Historical and Comparative Perspectives"; in: Gibson, E. (ed.). 2004. *Federalism and Democracy in Latin America*, (Johns Hopkins University Press.
- Souza, C. 1997. *Constitutional Engineering in Brazil. The Politics of Federalism and Decentralisation*. London: MacMillan.
- Spiller, P. , and Tommasi, M. 2000. "El funcionamiento de las instituciones políticas y las políticas públicas en la Argentina: una aproximación desde la nueva economía institucional" *Desarrollo Económico*. Vol. 40, No. 159, pp. 425-464.
- Spiller, P. , and Tommasi, M. 2003. "The Institutional Foundations of Public Policy: A Transaction Theory and an Application to Argentina", Mimeo, Universidad de San Andrés, Department of Economics.
- Stallings, B. 1992. International Influence on Economic Policy. In Haggard, S., and Kaufman, R. (eds.) 1992. *The Politics of Economic Adjustment*. Princeton: Princeton University Press, 41-88.
- Stallings, B. 1995. *Global Change, Regional Response: The New International Context of Development*. Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- Stein, E. 1998. Fiscal Decentralization and Government Size in Latin America. Working paper #368. Washington, DC: Inter-American Development Bank.
- Steinmo, S., Thelen, K., and Longstreth, F. 1992. *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Teichman, J. 2001. The International Context. In: *The Politics of Freeing Markets in Latin America*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

- Tendler, J. 1997. *Good Government in the Tropics*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Tiebout, C. 1956. A Pure Theory of Local Expenditures. *The Journal of Political Economy* 64(5): 416-424.
- Thelen, K. 2003. How Institutions Evolve: Insights from Historical Institutional Analysis, In: Mahoney, J. and Rueschemeyer, D. (eds.) 2003. *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tommasi, M. 2002. "Federalism in Argentina and the Reforms of the 1990s", Mimeo, Universidad de San Andrés, Departamento de Economía.
- Tommasi, M., Saiegh, S., and Sanguinetti, P. 2001. "Fiscal Federalism in Argentina: Policies, Politics, and Institutional Reform," *Economía*, pp. 157-211.
- Treisman, D. 1999. Political Decentralization and Economic Reform: A Game Theoretic Analysis, *American Journal of Political Science* 43, 488-517.
- Treisman, D. 2000. Decentralization and Inflation; Commitment, Collective Action, and Continuity, *American Political Science Review* 94, 837-857.
- United Nations Development Program (UNDP). 1997. *Governance for Sustainable Human Development*. Washington, DC: United Nations Development Program.
- United Nations Development Program (UNDP). *Participatory Local Governance*. Washington, DC: United Nations Development Program.
- Wallis, J. and Oates, W., Decentralization in the Public Sector: An Empirical Study of State and Local Government, in: Rosen, Harvey, *Fiscal Federalism* (Chicago: University of Chicago Press, 1988), 5-32.
- Wibbels, E. 2005. *Federalism and the Market. Intergovernmental Conflict and Economic Reform in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Willis, E., Garman, C., and Haggard, S. 1999. The Politics of Decentralization in Latin America. *Latin American Research Review* 34(1): 7-56.

- World Bank. 1998. *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*. Washington, DC: World Bank.
- World Bank. 1999. *Entering the 21st Century. World Development Report*. Washington, DC: World Bank.
- World Bank. 2001. *Building Institutions for Markets*. Washington, DC: World Bank.
- World Bank. 2004. Budgets, Decentralization, and Public Sector Performance to Underpin Effective Services. In: *World Development Report 2004*. Washington, DC: World Bank.

EL ROL DEL CONVENIO DE LA OIT SOBRE TRABAJO DOMÉSTICO EN LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN AMÉRICA LATINA

UN ESTUDIO COMPARADO DE LA REGULACIÓN RELATIVA AL TIEMPO DE TRABAJO Y LAS REMUNERACIONES EN ARGENTINA, CHILE Y PARAGUAY¹

LORENA POBLETE²
CONICET/IDAES-UNSAM - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Otoño 2021 |
Año 5 N° 5 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 589-622

Resumen: En junio 2011, la Conferencia Internacional del Trabajo (ILC) adoptó el Convenio No. 189 (C189) sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, así como también la Recomendación No. 201 (R201). Desde una perspectiva de regulación comparada, este artículo analiza el rol del C189 en las reformas legislativas de tres países latinoamericanos que ratificaron el Convenio: Argentina, Chile y Paraguay. El artículo se centra en el estudio de las discusiones y controversias que explican la manera en la que las provisiones relativas al tiempo de trabajo y a las remuneraciones incluidas en el Convenio fueron incorporadas en las legislaciones nacionales relativas al trabajo doméstico remunerado en esos tres países.

¹ La versión final de este artículo fue publicada en la Revista Internacional del Trabajo 137(3): 479-503, bajo el título: “El Convenio núm. 189 de la OIT en Argentina, Chile y Paraguay. Estudio comparado de la regulación del tiempo de trabajo y de la remuneración de las trabajadoras domésticas.”

² Magister en Antropología Social y Doctora en Sociología en l'École des Hautes Études Sociales de París, investigadora del CONICET y profesora del Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín.



Palabras clave: trabajo doméstico remunerado; América Latina; el Convenio 189 OIT; tiempo de trabajo; salarios

En 2011, la Conferencia Internacional del Trabajo (ILC) adoptó el Convenio No.189 (C189) sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos y la Recomendación 201 (R201). Estos dos documentos definieron un modelo innovador para el trabajo doméstico sobre la base de los siguientes principios y derechos fundamentales en el trabajo: libertad de asociación y derecho de negociación colectiva; abolición del trabajo infantil; eliminación del trabajo forzoso; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Con el objeto de asegurar estos principios y derechos fundamentales, el C189 y la R201 instauraron protecciones contra el abuso, el acoso, la violencia y la discriminación; el derecho a recibir información sobre los términos y condiciones del contrato de trabajo, incluyendo la relativa a la extinción del contrato de trabajo; el derecho a una jornada de trabajo normal; así como también provisiones relativas a la periodicidad y modalidades de pago; descanso diario y semanal; vacaciones pagas; licencia por enfermedad; período de prueba; y acceso a la seguridad social.

Desde que el C189 fue adoptado en 2011, veinticinco países lo ratificaron, entre ellos doce países latinoamericanos³. Esto puede atribuirse al interés de regular este importante sector, así como también al activismo de los sindicatos en la región. En América Latina, el trabajo doméstico remunerado constituye cerca del 40 por ciento del total del trabajo doméstico en el mundo, y representa una de las formas privilegiadas de participación femenina en el mercado de trabajo: 26,6 por ciento de las mujeres que trabajan en la región son trabajadoras domésticas, y el 92 por ciento de quienes realizan este trabajo son mujeres⁴

³ Uruguay ratificó el C189 en 2012; Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Paraguay en 2013; Argentina, Colombia y Costa Rica en 2014; Chile, República Dominicana y Panamá en 2015; y Brasil en 2018.

⁴ Por esta razón utilizaremos el femenino para referirnos al conjunto de trabajadores y trabajadoras domésticas. La utilización de la voz masculina se limitará a las citas textuales de testimonios o documentos.

(OIT, 2013). La informalidad es la norma en el sector, por consiguiente, la mayoría de las trabajadoras domésticas no tienen acceso a derechos laborales, ni a los beneficios del sistema de seguridad social. Cuando que el C189 comenzaba a tomar forma, las organizaciones de trabajadoras domésticas jugaron un papel muy importante, apoyando la iniciativa. Luego participaron activamente promoviendo su ratificación. Si bien actualmente doce países latinoamericanos ratificaron el C189, solo Argentina, Chile y Paraguay introdujeron modificaciones significativas en su legislación nacional desde su adopción en 2011.

En cada uno de los países estudiados, este sector presenta características diferentes. En Argentina, hay un millón de trabajadoras domésticas que representan 7,2 por ciento de la fuerza de trabajo y 17,2 por ciento de las mujeres ocupadas. Chile cuenta con aproximadamente 400.000 trabajadoras domésticas que representan 4,9 y 11,7 por ciento respectivamente. Finalmente, en Paraguay, hay 230.000 trabajadoras domésticas que representan respectivamente 7,5 y 15,8 por ciento. En los últimos quince años, se observan distintas tendencias: mientras el número de trabajadoras domésticas aumentó en Argentina, permaneció relativamente estable en Paraguay y bajó en Chile (OIT, 2013). El tipo de arreglos contractuales también difiere sustancialmente: en Chile, las trabajadoras domésticas que viven en el domicilio⁵ del empleador representan 15 por ciento del total de trabajadoras domésticas del país (MTyPS, 2009), mientras en Paraguay solo llegan al 10 por ciento (UNFP, 2013) y en Argentina no alcanzan dos por ciento (Pereyra & Tizziani, 2014). Estas diferencias son significativas dado que definen la manera en la que se realiza el trabajo doméstico en cada contexto nacional. La estructura del mercado de trabajo y la configuración particular del sector contribuyen a dar forma a la representación social del trabajo doméstico y, por consiguiente, a la manera en la que se lo define legalmente.

Utilizando una metodología de regulación comparada, el artículo se propone analizar el rol del C189 en las reformas de las leyes nacionales relativas al trabajo doméstico. Particularmente, busca comprender

⁵ Esta modalidad de contratación se denomina de maneras diferentes en los tres países estudiados. En Argentina y Paraguay se utiliza la expresión trabajo “cama adentro” o “con cama”; en Chile “puertas adentro”. También se utiliza la denominación “sin retiro”.

la manera en la que el C189 fue utilizado durante el proceso de producción legislativa. En algunos momentos el C189 fue visto como un modelo a seguir; pero también un marco legal que debía adaptarse a los contextos locales; o un ideal al que se debía proteger, o aún como un catalizador de las reformas en curso. Con el objeto de elucidar la función que se le asignó en cada caso nacional, las disputas relativas a la manera de introducir los derechos propuestos en el C189 y en la R201 serán aquí analizadas. El artículo se focalizará en dos aspectos fundamentales y controvertidos: el establecimiento de un mínimo de horas de trabajo y la definición de los componentes de la remuneración de las trabajadoras domésticas. El material empírico utilizado para este estudio incluye la regulación laboral relativa al trabajo doméstico remunerado en cada país, los Códigos Laborales nacionales, y las transcripciones de las sesiones parlamentarias⁶.

El artículo está organizado en cuatro secciones. La primera describe el desarrollo del movimiento de trabajadoras domésticas en América Latina, particularmente su contribución a las reformas legislativas en la región. La segunda sección examina la regulación relativa al trabajo doméstico en Argentina, Chile y Paraguay antes de la adopción del Convenio. La tercera describe el proceso de traducción del C189 en las nuevas leyes nacionales, y examina la manera en que el C189 apareció en los debates parlamentarios, centrándose en el modo en que los legisladores tomaron las provisiones del Convenio 189 para definir el derecho al tiempo de no trabajo y el establecimiento de remuneraciones decentes. El artículo concluye con algunas reflexiones sobre los usos y significados que el C189 adquirió en cada contexto nacional.

1. EL MOVIMIENTO POR LOS DERECHOS DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS EN AMÉRICA LATINA

En América latina, las asociaciones de trabajadoras domésticas surgieron en los años 60, principalmente en las grandes ciudades,

⁶ Las transcripciones de los debates de Argentina pueden encontrarse en <http://www.congreso.gob.ar>, las relativas a los debates de Chile en <https://www.camara.cl>; y las relativas a Paraguay en <http://www.congreso.gov.py>.

impulsadas en su mayoría por la Juventud Obrera Católica (Chaney y García Castro, 1993). A nivel regional, el movimiento por los derechos de las trabajadoras domésticas se consolidó y se institucionalizó con la creación de CONLACTRAHO (Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar) en 1988. Esta confederación reúne actualmente distintas asociaciones de trabajadoras y algunas federaciones nacionales correspondientes a trece países latinoamericanos,⁷ entre los cuales se encuentran diez de los doce países que ratificaron el Convenio No. 189.

Desde sus comienzos, CONLACTRAHO se propuso mantener su identidad como colectivo de trabajadoras domésticas, y no aceptó incorporarse a los grandes sindicatos nacionales. La colaboración de UNIFEM (Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer), la CEPAL (Conferencia Económica para América Latina y el Caribe) y la OIT, así como la de distintas ONG fue indispensable para la consolidación de la confederación y la reivindicación en el espacio público de los derechos de las trabajadoras domésticas (Goldsmith, 2010). Estas instituciones hicieron posible los encuentros entre los miembros de las asociaciones, y al mismo tiempo acompañaron las iniciativas nacionales de promoción de nuevos marcos regulatorios para el trabajo doméstico. Durante los años '90, se realizaron reformas parciales en algunos países de la región. Pero fue a partir del 2000 que el fortalecimiento de las organizaciones de trabajadoras contribuyó activamente a la promoción de reformas integrales, como aquellas que se realizaron en Bolivia y Perú en 2003, y en Costa Rica en 2009 (Goldsmith, 2010).

En 2008, buscando extender las reformas al conjunto de países de la región, algunas organizaciones afiliadas a CONLACTRAHO, en colaboración con la Articulación Feminista Marcosur,⁸ realizaron un diagnóstico de los marcos regulatorios latinoamericanos, y llevaron una propuesta de armonización de legislaciones al parlamento del MERCOSUR (Valiente, 2010). En 2009, en respuesta a esta iniciativa, el parlamento del MERCOSUR aprobó "Régimen Laboral del Personal

⁷ Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Dominicana.

⁸ <http://www.mujeresdelsur-afm.org.uy/>

del Servicio Doméstico”⁹ con el objeto de establecer un piso de protecciones mínimas (ibid., 2010). Entre los puntos principales se destacan: la presunción de contrato de trabajo; la reducción de la edad mínima a 18 años; el establecimiento de límites en las horas trabajadas (8 horas diarias y 48 horas semanales); el reconocimiento del derecho a licencias, particularmente la licencia por maternidad; y la promoción de la actividad sindical.

A pesar de haber sido aprobado por el parlamento del MERCOSUR, el nuevo régimen nunca se implementó y por consiguiente no tuvo un impacto directo en las reformas de los diferentes países miembros. El Consejo del Mercado Común –unidad ejecutiva del MERCOSUR– nunca incluyó este régimen como antecedente de la Resolución 06/2012¹⁰, documento en el cual los estados miembros y asociados¹¹ acordaron ratificar el C189 e “implementar políticas públicas tendientes a mejorar las condiciones laborales para el sector del trabajo doméstico remunerado en consonancia con lo establecido en dicho convenio de la OIT”.

Si bien a nivel regional, vía instituciones del MERCOSUR, no pudo establecerse un modelo regulatorio común, las asociaciones de trabajadoras siguieron trabajando a nivel local e internacional –en colaboración con otras asociaciones de trabajadoras y ONG internacionales–. El movimiento por los derechos de las trabajadoras domésticas que llevó la propuesta de reforma al parlamento del MERCOSUR fue uno de los pilares del movimiento internacional que promovió la adopción de un estándar internacional para el trabajo doméstico (Schwenken, 2011; Boris & Fish, 2014; Fish, 2017). Las representantes de los sindicatos de trabajadoras domésticas y los miembros de CONLACTRAHO participaron en el movimiento de apoyo del C189 y en las subsecuentes

⁹ Norma 04/2009 del Parlamento del Mercosur, Montevideo, 30 de noviembre de 2009.

¹⁰ Resolución 06/2012 del Consejo de Mercado Común, Mendoza, 29 de junio de 2012.

¹¹ El Mercado del Común del Sur (MERCOSUR) está integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Chile y Bolivia son países asociados. Actualmente, Bolivia se encuentra en proceso de adhesión. Todos estos países -salvo Venezuela- han ratificado el Convenio No. 189.

campañas de la OIT, promoviendo su ratificación al mismo tiempo que reformas legislativas (Goldsmith, 2013).

En el caso de Chile, por ejemplo, las asociaciones de trabajadoras domésticas estuvieron presentes en los distintos momentos del proceso de reforma legislativa. Luego de la adopción del C189 en 2011, se constituyó una mesa de trabajo en la que participaron distintas asociaciones (SINTRACAP, ANECAP, SINCUTCAP, la Fundación Margarita Pozo¹²) y abogados del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Como resultado de esta colaboración, el 22 de febrero de 2012, se firmó un acuerdo entre ese ministerio, la OIT Chile, un grupo de diputados, SINTRACAP y ANECAP que dio lugar a un proyecto de ley. Este último fue la base sobre la cual se diseñó el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso el 6 de mayo de 2012. Además, las asociaciones de trabajadoras participaron de las audiencias de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Senado. Asimismo, desde noviembre 2011, la Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadoras de Casa Particular (FESINTRACAP) se declaró en movilización nacional con el objeto de promover la ratificación del C189¹³.

La fuerza de este movimiento por los derechos de las trabajadoras domésticas en América latina, cuya presencia puede constatarse desde los años '90, y que adquirió preponderancia al incorporarse al movimiento global, explica en gran medida la adhesión de los distintos países al C189 y la R201, su subsecuente ratificación e incorporación en los marcos regulatorios nacionales.

2. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN ARGENTINA, CHILE Y PARAGUAY ANTES DE LA RATIFICACIÓN DEL C189

En Argentina, antes de la sanción de la ley 26.844 en 2013, el trabajo doméstico estaba regulado por el Estatuto Especial de 1956. Este régimen planteaba una definición restrictiva del trabajo doméstico

¹² SINTRACAP es el Sindicato de Trabajadoras de Casa Particular, y ANECAP, la Asociación Nacional de Empleadas de Casa Particular.

¹³ Ver Boletines 8292-13; 7807-13; 7675-13 de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, Senado, Chile. También el sitio web de FESINTRACAP Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadoras de Casa Particular <http://sintracapchile.cl/>

dado que incluía solo a aquellas trabajadoras que trabajaban al menos cuatro horas, cuatro días a la semana para el mismo empleador. Cualquier otra modalidad de contratación quedaba excluida del marco legal. Este régimen especial prohibía la contratación de menores de 14 años; establecía horas de descanso obligatorio; el derecho a vacaciones pagadas, licencia por enfermedad, aguinaldo; un período de prueba de noventa días; indemnizaciones por despido; y el derecho a un salario mínimo fijado por el Poder Ejecutivo. En 1975, se incorporó el derecho a jubilaciones y al seguro de salud. En el año 1999, se creó un régimen especial de seguridad social exclusivamente destinado a este sector (Ley 25.239) que permitió la incorporación de quienes trabajaban al menos seis horas semanales para un mismo empleador. Su estructura contributiva incluyó aportes obligatorios por parte del empleador y contribuciones “voluntarias” por parte de las trabajadoras si trabajaban menos de cuatro horas, cuatro días a la semana para el mismo empleador (Poblete, 2015). Esta expansión de beneficios de la seguridad social no se acompañó con el reconocimiento de derechos laborales. Si bien quienes trabajaban menos de dieciséis horas semanales pudieron incorporarse a este régimen especial, no podían reclamar los derechos establecidos en el estatuto de 1956. Asimismo, en 2008, se modificó dicho estatuto, prohibiendo la contratación de menores de 16 años (Ley 26.390, artículo 14).

Paralelamente al proceso de producción del C189, entre 2009 y 2011, se presentaron trece anteproyectos de ley en Argentina. Varios legisladores propusieron incluir a las trabajadoras domésticas en el Seguro de Riesgos de Trabajo; reconociendo también su derecho a la licencia por maternidad y a la determinación del salario a través de negociaciones colectivas. Mientras algunos promovían un nuevo régimen especial, otros recomendaban la incorporación de las trabajadoras domésticas al régimen general establecido por la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744). Finalmente, un nuevo régimen especial fue aprobado en marzo de 2013 (Ley 26.844).

En Chile, el Código del Trabajo (libro I, Título II Contratos especiales, Capítulo V), regula el trabajo doméstico, estableciendo dos regímenes distintos: uno para la modalidad de contratación “puertas adentro” y otra para la modalidad “puertas afuera”. Cada uno fija el límite de horas de trabajo, las remuneraciones (dinero y especies), y

un período de prueba de dos semanas. Establecía también un sistema de indemnización por despido propio del trabajo doméstico (art.161, Código Laboral, modificado por la Ley 19.010/90) y una base de cálculo propia de las contribuciones al sistema de seguridad social (salud y jubilación) -previa a la reforma de pensiones de 2008. En los últimos años, se modificó el Código del Trabajo, incorporando el derecho a la licencia por maternidad (Ley 19.591/98), el derecho a la seguridad social (Ley 20.255/08), el derecho al salario mínimo (Ley 20.276/08) y el derecho a un día de descanso durante el fin de semana (Ley 20.336/09). Entre 2011 y 2012, se presentaron tres anteproyectos, y la Ley 20.786 fue aprobada en octubre de 2014. El debate se focalizó en la prohibición del uso de uniformes en espacios públicos; la limitación de la jornada laboral y la composición de las remuneraciones.

En Paraguay, el trabajo doméstico también está regulado por el Código del Trabajo (libro I, Título III, Contratos Especiales, capítulo IV), que incluye algunas disposiciones del régimen general, por ejemplo, licencia por maternidad y vacaciones pagas. A partir de 1995, se incluyó el pago del aguinaldo, indemnizaciones por despido injustificado, y un período de descanso de doce horas sin establecer un límite de horas trabajadas. Atendiendo a la especificidad de esta actividad, se estableció un preaviso menor que el del resto de los trabajadores, así como también se excluyó a las trabajadoras domésticas de la indemnización por reconocimiento de estabilidad laboral (después de 10 años de servicios) y del sistema de seguridad social. Recién en 2013, la Ley 4.933 permitió su incorporación voluntaria en el régimen previsional de trabajadores independientes.

El proceso de reforma se inició en 2013. En mayo de 2015, se aprobó la Ley 5.007, pero recién fue implementada en octubre de 2015 en razón del veto presidencial al artículo 5, que autorizaba el trabajo de menores. La versión final de la ley prohíbe explícitamente el trabajo de menores de 18 años. Esta medida tiene como objetivo eliminar el criadazgo. A través de esta práctica, las familias acomodadas adoptan niños provenientes de familias pobres –frecuentemente de zonas rurales– para que realicen tareas domésticas a cambio de alojamiento, comida y la posibilidad de acceder a educación. Se trata de una práctica extendida y socialmente aceptada, que sin embargo fue muy cuestionada durante el debate de la ley 5.007.

En estos tres países, tal como vimos, y congruentemente a lo analizado por Goldsmith (2010) respecto de otros países de la región, se realizaron modificaciones parciales de la legislación durante los años 90, pero luego de la adopción del C189, se llevaron a cabo reformas más amplias. El caso de Chile se distingue de los otros dos ya que la modificación del marco normativo se realizó de manera paulatina pero continua desde 1990 hasta la aprobación de la ley 20.786 en 2014¹⁴, adquiriendo mayor intensidad a partir 2007. En Paraguay, el marco normativo se modificó parcialmente en 1995, pero fueron necesarias dos décadas para la inclusión de nuevos derechos. Argentina era el país que tenía una legislación más antigua ya que el trabajo doméstico estaba regulado por el Régimen Especial de 1956 al que se le realizaron contadas enmiendas en los 2000. Las innovaciones regulatorias propuestas por el Convenio 189 encontraron entonces diversos contextos normativos nacionales. Por consiguiente, la adecuación de las legislaciones nacionales al convenio planteó distintas dificultades y controversias en cada uno de los escenarios locales¹⁵.

En las secciones que siguen se analizan en detalle los dilemas relativos a la delimitación de las horas de trabajo y la definición del salario.

3. EL CONVENIO NO. 189 Y LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN ARGENTINA, CHILE Y PARAGUAY

Los primeros pasos para la adopción y traducción del C189 en la legislación nacional no sólo fueron promovidos por las asociaciones de

¹⁴ En el caso chileno, las reformas se concentran entre 2007 y 2009, propiciadas por la presidenta Michelle Bachelet. Entre 2010 y 2013, Bachelet se desempeñó como Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, donde trabajó activamente por el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras domésticas. A pesar de las diferencias políticas, el proyecto de ley –aprobado en 2014 durante el segundo mandato de Bachelet, fue presentado por el presidente Sebastián Piñera, en continuidad con la política relativa al trabajo doméstico iniciada por la presidenta Bachelet durante su primer mandato en 2007.

¹⁵ Por un análisis más exhaustivo de las reformas nacionales ver Lorena Poblete, “The Influence of the ILO Domestic Workers Convention in Argentina, Chile and Paraguay”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 34, No. 2 (2018).

trabajadoras domésticas nucleadas en CONLACTRAHO, sino también fueron acompañados por los gobiernos y las principales centrales sindicales de los tres países. Particularmente, los gobiernos plantearon de manera categórica la necesidad de establecer un estándar internacional capaz de imponer cambios sustantivos en las legislaciones nacionales relativas al trabajo domésticos (OIT, 2010). La definición de ese estándar fue sin embargo el resultado de una compleja negociación tripartita (Tomei y Belser, 2011). Algunos gobiernos sugirieron reforzar los mecanismos de supervisión –como por ejemplo el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones–; otros prefirieron promover el cumplimiento del Convenio por fuera de los mismos. Argentina fue uno de los ocho países en proponer un convenio con provisiones vinculantes. Según sus representantes: “un convenio con disposiciones vinculantes es necesario para establecer principios universales básicos, mientras que las disposiciones de carácter no vinculante permitirían que cada país legisle de acuerdo con sus particularidades nacionales” (OIT, 2010:13). Los gobiernos de Chile y Paraguay apoyaron la adopción de un convenio vinculante y una recomendación. Según los representantes de Chile, “así se abordarían las características propias del trabajo doméstico” (ILO, 2010:12). En opinión de los representantes de Paraguay, “los países no ratificantes del convenio, podrían utilizar la recomendación como fundamento para la elaboración de una legislación nacional mejorada de acuerdo al convenio” (OIT, 2010: 13). Más allá de las diferentes posiciones, en los tres casos se reconoció la importancia de un estándar internacional que funcionara como modelo e impulsara las reformas regulatorias nacionales. Sin embargo, durante el debate parlamentario, el C189 fue interpretado de manera diferente a nivel local. En algunos casos, el convenio fue utilizado por los legisladores para legitimar modificaciones en las legislaciones, así como también para argumentar cambios controvertidos en los contextos nacionales; en otros fue invocado con el objeto de evitar discusiones sobre aspectos potencialmente conflictivos; y en algunas ocasiones, para avalar posiciones que podrían considerarse como contrarias al espíritu del convenio.

En cada país, el C189 ingresó a los debates parlamentarios de diferentes modos. En Argentina, el convenio fue evocado como un principio universal más que como un modelo regulatorio. El debate en el

congreso se focalizó más en el atraso de la legislación existente que en la necesidad de adaptar la legislación nacional a lo establecido en el C189. Durante las tres sesiones parlamentarias en las que se discutió el nuevo régimen laboral, el C189 fue mencionado solo cinco veces. La mayoría de las menciones se realizaron durante la sesión del Senado del 28 de noviembre de 2012 debido a que en la sesión del día anterior se había votado la ratificación del C189. Quienes estaban a favor del proyecto de ley sostenían que: “estamos en línea con lo que está pidiendo la OIT respecto del trabajo doméstico”¹⁶; “estamos cumpliendo con un compromiso asumido con la Organización Internacional del Trabajo por todos los países que no tenemos normativa específica para el trabajo doméstico”¹⁷. Quienes consideraban que el proyecto debía ser mejorado afirmaban que: “hay aspectos del Convenio 189 de la OIT que no han sido considerados en este proyecto. Hubiera sido bueno que sí se hubieran contemplado. Por lo tanto es importante que ratifiquemos también ese convenio para que podamos avanzar en otros temas, como por ejemplo, lo relativo a los trabajadores domésticos migrantes”¹⁸. El convenio apareció en esta última intervención como una herramienta jurídica para incorporar innovaciones regulatorias futuras. En la sesión de la Cámara de Diputados donde se aprobó la ley 26.844 en marzo de 2013, solo hubo una mención al compromiso asumido por Argentina frente a la OIT. De hecho, el convenio no fue ratificado hasta diciembre de 2013, cuando la ley 26.921 fue promulgada.

En Chile, el C189 fue ratificado el mismo día que se aprobó la nueva ley (20.786), en octubre de 2014. En diciembre de 2011, la Cámara de Diputados había solicitado al ejecutivo iniciar el proceso de ratificación parlamentaria del C189. Sin embargo, recién el 3 de septiembre de 2014, la presidenta Bachellet –recientemente electa– envió a la Cámara de Diputados el proyecto de ley relativo a la ratificación del C189. A pesar de esta tardía proposición, dado que la voluntad de ratificarlo estaba

¹⁶ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, República Argentina, 21° Reunión, 15° Sesión ordinaria, 28 de noviembre de 2012, p. 56.

¹⁷ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, República Argentina, 21° Reunión, 15° Sesión ordinaria, 28 de noviembre de 2012, p. 42.

¹⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, República Argentina, 21° Reunión, 15° Sesión ordinaria, 28 de noviembre de 2012, p. 57.

presente en el Congreso desde 2011, el C189 fue presentado como el “modelo normativo” de referencia en los distintos informes de comisiones en los que se estudió el proyecto de ley sobre trabajo doméstico. En la primera sesión de Diputados donde se discutió la nueva ley, en septiembre de 2012, el convenio fue presentado como una garantía de continuidad del proceso de reforma del marco regulatorio del trabajo doméstico. Un diputado afirmó:

“¿qué nos queda pendiente? Como en la administración anterior y en la actual ha habido una continua preocupación en este ámbito, lo que es valorable, sería bueno que la futura administración, sea cual fuere, se hiciera cargo de las materias pendientes. Una de ellas, que deberíamos resolver antes que termine esta administración, es la ratificación del Convenio 189 de la OIT, que el gobierno de Chile sólo suscribió [pero no ratificó]”¹⁹.

En la sesión de Diputados de octubre de 2014, donde se aprobó la nueva ley y se ratificó el C189, cada uno de los diputados que tomó la palabra se refirió tanto a la ley como al convenio. Las innovaciones legislativas que se discutieron en el recinto buscaron explícitamente adecuar la legislación nacional a los estándares establecidos en dicha normativa internacional. En efecto, en los momentos controvertidos del debate, los diputados hacían referencia a artículos específicos del C189 para poder dirimir posiciones contrapuestas. Al igual que en el caso argentino, quienes estaban de acuerdo con la ley, sostenían que la misma “se funda en el Convenio 189”²⁰, o que tiene como objetivo “ponernos dentro del marco del Convenio 189 sobre trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticos”²¹. Las voces críticas que subrayaron las limitaciones de la nueva ley, afirmaban que “las normas de ese convenio obligarán al país a seguir avanzando en las tareas que quedan pendientes”²².

¹⁹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 360°, Sesión 76°, 5 de septiembre de 2012, pp. 48 y 49.

²⁰ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 362°, Sesión 76°, 7 de octubre de 2014, p. 46

²¹ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 362°, Sesión 76°, 7 de octubre de 2014, p. 31

²² Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 362°, Sesión 76°, 7 de octubre de 2014, p. 54

El C189 se presentó entonces como un recurso jurídico que dejaba abierta la posibilidad a modificaciones futuras al Código del Trabajo chileno.

En el caso de Paraguay, la referencia al C189 fue todavía mayor, ya que la ratificación tuvo lugar antes que comenzara la discusión parlamentaria en torno a la reforma de la regulación relativa al trabajo doméstico. El convenio fue aprobado en 2012 (Ley 4.819/12). En consecuencia, el C189 fue utilizado durante todo el debate como el modelo regulatorio de referencia, al mismo tiempo se lo presentó como un compromiso ineludible. En algunas ocasiones, el C189 sirvió para dirimir posiciones contrapuestas, así como también fue utilizado para justificar decisiones en el límite de lo constitucional. Durante el debate parlamentario, se hicieron innumerables referencias al C189, incluso fue citado textualmente en varias ocasiones. La interpretación de los artículos citados se transformó en el fundamento para avanzar con ciertas modificaciones o limitarlas. También se lo utilizó como un elemento legitimador de la inminente reforma. Un legislador afirmó que:

“las normas de la Organización Internacional del Trabajo, actualmente vigentes, establecen que las trabajadoras y los trabajadores domésticos del mundo, que se ocupan de las familias y los hogares, podrán tener los mismos derechos básicos que otros trabajadores, incluyendo horas de trabajo razonables, descanso semanal de al menos veinticuatro horas consecutivas, un límite a los pagos en especie, información clara sobre los términos y las condiciones de empleo. Así como el respecto de los principales derechos fundamentales en el trabajo, incluyendo los de la libertad sindical y la negociación colectiva. Esto, señor Presidente y colegas, fue ratificado por Paraguay y también por el Congreso”²³.

Si bien en estos tres países algunos legisladores consideraron al C189 como una guía o modelo para la reforma normativa, el convenio fue principalmente usado como una herramienta política. Fue interpretado y reinterpretado en numerosas ocasiones a la luz de distintas realidades que se querían regular, y en relación con las leyes existentes.

²³ Diario de Sesiones Honorable Cámara de Senadores, República de Paraguay, Sesión 53°, 11 de junio de 2014.

Los tres casos de estudio presentan importantes diferencias en cuanto a la manera en la que estaba regulado el trabajo doméstico. Por consiguiente, en algunos casos, los derechos establecidos en el C189 ya existían en las legislaciones nacionales, y en otros no tenían antecedentes legislativos que permitieran su incorporación.

4. DOS TEMAS CONTROVERTIDOS DURANTE EL PROCESO DE REFORMA LEGISLATIVA: EL SALARIO MÍNIMO Y LAS HORAS DE TRABAJO

Durante los debates parlamentarios, existió un consenso generalizado sobre la necesidad de legislar una actividad que se encontraba regulada de manera parcial y sobre la base de principios discriminatorios. Sin embargo, no hubo consenso sobre la naturaleza de la reforma. El C189 sirvió como un indicador de la necesidad de modificar las leyes nacionales con el fin de asegurar a las trabajadoras domésticas derechos laborales comparables a los de los asalariados. Durante el proceso de modificación de las regulaciones nacionales, dos temas se presentaron como problemáticos: los límites entre el tiempo de trabajo y no trabajo; el nivel y los componentes del salario. Los mismos argumentos fueron frecuentemente utilizados en los debates relativos a estos temas en los tres países, sin embargo, no condujeron a las mismas decisiones.

4.1. El derecho al tiempo de no trabajo

La determinación de los límites a la jornada de trabajo resulta compleja porque desafía la noción del trabajo doméstico generalizada en América Latina. Según esta concepción, la trabajadora doméstica debe tener disponibilidad total para atender las necesidades cambiantes de las familias (Kuznesof, 1993; Valenzuela & Mora, 2009). La disponibilidad incondicional es una característica del modelo de la servidumbre cristalizado en la modalidad de contratación “puertas adentro” (Pereyra & Tiziani, 2014). Por esta razón, el debate se centró en modificar este tipo de modalidad de trabajo, aún si es minoritario en los tres países.

El C189 establece que:

Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación con las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características del trabajo doméstico (art.10.1).

Cuando los gobiernos de los tres países fueron consultados por la OIT en 2010, durante el proceso de preparación del convenio, todos concordaron en que era necesario reducir el número de las horas trabajadas, encuadrando a las trabajadoras domésticas en el régimen general de tiempo de trabajo. Los representantes del gobierno argentino plantearon que: “se debería fijar la jornada diaria y la jornada semanal de trabajo; las horas extraordinarias deberían ser remuneradas. En el convenio debería establecerse claramente que los horarios de trabajo y de descanso deben garantizar al trabajador las pautas necesarias para su salud psicofísica” (OIT, 2010: 160). Según el gobierno de Chile: “la jornada de trabajo de los trabajadores domésticos debería ser la misma que para todos los demás trabajadores” (OIT, 2010: 160). Paraguay se hizo eco de este argumento: “los trabajadores domésticos deberían trabajar un máximo de ocho horas por jornada diurna, con intervalos de descanso, y un máximo de tres horas extraordinarias por día, que se remunerarán en función de su duración dentro de la jornada diurna, nocturna o mixta” (OIT, 2010: 161).

Más allá de este acuerdo de principio, las disputas se situaron en torno a la aplicación del régimen general o al reconocimiento de las características específicas del trabajo doméstico. Las particularidades nacionales del debate relativo a la limitación del tiempo de trabajo se relacionan, por una parte, con las diferencias entre los derechos laborales reconocidos a las trabajadoras domésticas y al resto de los trabajadores, y por otra, con la concepción de trabajo doméstico que culturalmente predomina en cada país. En Paraguay, las trabajadoras domésticas trabajan en promedio 43 horas semanales. Esto significa que trabajan 50 por ciento más que en Chile (36,4) y casi el doble que en Argentina (24,4) (OIT, 2012).

En el caso de Argentina, la regulación vigente antes de la reforma de 2013 establecía un máximo de 12 horas diarias para las trabajadoras bajo la modalidad sin retiro, debiendo respetarse tres horas de descanso continuas durante el día –a la hora del almuerzo– y nueve horas de descanso continuas en la noche. No se especificaba el máximo de horas diarias o semanales para aquellas contratadas bajo la modalidad con retiro. El régimen de 1956 establecía que todas las trabajadoras tenían derecho a 24 horas semanales de descanso –que podían ser divididas en dos mediodías– y a vacaciones pagas según la antigüedad en el puesto –en proporciones menores que el resto de los trabajadores–. La ley de 2013 estableció un máximo de ocho horas diarias y 48 semanales, equiparando la situación de las trabajadoras domésticas a la del resto de los trabajadores. La ley autorizó la posibilidad de alcanzar nueve horas diarias, siempre y cuando el total de horas semanales se ajustase al máximo de 48 horas. Se estableció también un régimen de descanso semanal más extenso (35 horas corridas), desde el sábado a las 13 horas. En el caso de las trabajadoras contratadas bajo la modalidad con retiro no hubo modificaciones. Finalmente, las vacaciones anuales pagas se equipararon al régimen general, es decir, aumentaron respecto de lo establecido en 1956. En el caso argentino, la reglamentación de las horas de trabajo resultó menos conflictiva que en los otros dos casos, dado que la transformación de la estructura del mercado de trabajo producida en los últimos años contribuyó a deconstruir la imagen de la trabajadora doméstica como trabajadora con disponibilidad total. En 2003, solo cerca del 30 por ciento de las trabajadoras domésticas trabajaba más de 35 horas semanales, y en 2014 ese grupo representa menos del 20 por ciento. Desde entonces, el número de horas trabajadas tendió a disminuir principalmente debido al aumento de quienes trabajan por horas para varios empleadores, ya que tienen más dificultades para lograr una jornada completa de trabajo. Este grupo representaba 20 por ciento del total en 2004 y en 2014, llega a 30 por ciento (MMTySS, 2006; Pereyra & Poblete, 2015).

En Chile, la jornada laboral para las trabajadoras domésticas se rige por el artículo 149 del Código del Trabajo. En la versión previa a la modificatoria de 2015, existían dos regímenes diferenciados: régimen “puertas adentro” y “puertas afuera”. En el primer caso, el horario de trabajo era “determinado por la naturaleza de su labor”. Sólo se fijaba

un mínimo de 12 horas diarias de descanso, donde 9 debían ser ininterrumpidas. Para las trabajadoras bajo la modalidad “puertas afuera” se fijaba un máximo de 12 horas diarias con un descanso intermedio de una hora. Se establecía también un día a la semana de descanso obligatorio que podía ser fraccionado en dos medios “a petición del trabajador” (art.150). La nueva ley sólo modificó el régimen “puertas afuera”, estableciendo la equiparación de horas trabajadas con el resto de los trabajadores (45 horas semanales). Sin embargo, como mecanismo de ajuste entre el régimen general y la manera en la que en la práctica se desarrolla el trabajo doméstico, se estableció una cláusula permitiendo acumular 15 horas extras por semana, pagadas un 50 por ciento más del sueldo horario. Se estableció también el domingo como día de descanso obligatorio, no fraccionable y no intercambiable. Respecto de los feriados legales se mantuvo la regulación previa a la reforma; es decir que el empleador y la trabajadora podrían pactar el traslado del día no laborable. Durante el proceso de discusión de la nueva ley, el poder ejecutivo introdujo una moción para asegurar dos días de descanso semanal (sábado y domingo). Esta modificación no fue tomada en cuenta cuando se aprobó la ley 20.786 en 2014, pero fue posteriormente incorporada en noviembre de 2015.

El argumento que justificó la equiparación de la jornada laboral al régimen general es el principio de no discriminación. Los legisladores subrayaron que no existe principio jurídico que justifique tal diferenciación discriminatoria. Sin embargo, las voces opuestas enfatizaron que el horario de trabajo debía ajustarse a la naturaleza del mismo: “se entiende que puede haber flexibilidad en los horarios para atender las necesidades particulares de la familia.²⁴” La bolsa de 15 horas extras por semana resultó entonces un compromiso entre las distintas posiciones. Sin embargo, según algunos legisladores, esta norma sigue siendo discriminatoria ya que autoriza 3 horas extras más por día, y no permite la aplicación de las cláusulas de “necesidad especial” -necesidad objetiva- establecidas en el Código Laboral en relación con las horas extras. Es decir que, aún con un recargo del 50 por ciento, las horas extras pueden establecerse como una regularidad dando una jornada de facto de 10 o

²⁴ Diario de Sesiones del Senado, República de Chile, Legislatura 362º, Sesión 48º, 23 de septiembre de 2014.

12 horas diarias. Respecto del establecimiento del domingo como día de descanso obligatorio existió un consenso total. Algunos legisladores subrayaron que resultaba repugnante estar discutiendo, casi 100 años después de la Ley de Descanso Dominical (1917), si se reconocía a las trabajadoras domésticas ese derecho. Esto da cuenta del carácter servil del trabajo doméstico en Chile cuya regulación permanecía ajena a los derechos reconocidos en el régimen general de empleo.

En el caso de Paraguay, antes de la aprobación de la ley de 2015, el artículo 154 del Código Laboral establecía un descanso obligatorio de 12 horas (entre nocturnas y diurnas), sin especificar el máximo diario de horas de trabajo. Por consiguiente, en la práctica, las trabajadoras domésticas podían alcanzar las 12 horas de trabajo diarias. Se establecía además un descanso semanal obligatorio de 24 horas, en día a definir en acuerdo con el empleador. Las vacaciones anuales se regían por el régimen general. El nuevo anteproyecto de ley presentado en 2013 buscó reducir las horas de trabajo, equiparándolas con lo establecido en el régimen general –8 horas diarias y 48 horas semanales para actividades diurnas y 7 y 42 para actividades nocturnas–. Sin embargo, autorizó a sobrepasar este límite sumando tres horas diarias, pagadas como horas extra. El debate giró en torno a la posibilidad de marcar una diferencia entre la modalidad con retiro y sin retiro, aún si ésta última incluye sólo el 10 por ciento del total de trabajadoras. Paraguay registra la misma tendencia que se observa en la región, donde aumentan las trabajadoras en la modalidad con retiro y disminuyen aquellas que trabajan en bajo la modalidad sin retiro. Las primeras representaban 70 por ciento en 2010, y 74,8 por ciento en 2011; y las segundas 17,1 por ciento y 11 por ciento respectivamente. Sin embargo, el número de horas trabajadas no parece disminuir como consecuencia de ese cambio. En 2011, 58,3 por ciento trabajaba menos de 48 horas semanales; pero 22,5 por ciento trabajaba entre 58 y 60; 12,2 por ciento entre 61 y 72; y 7 por ciento más de 73 horas semanales. Esto significa que 41,7 por ciento del total de trabajadoras domésticas superaba el límite de horas trabajadas propuesto por la nueva ley (UNFPA, 2013).

Mientras se debatía la nueva ley, la Comisión de Legislación y Desarrollo Social presentó una moción alternativa donde se especificaba que las trabajadoras domésticas bajo la modalidad sin retiro podían trabajar hasta diez horas diarias y 60 horas semanales. El

argumento presentado es que aun haciendo esta diferenciación se beneficiaba a esas trabajadoras ya que pasan de trabajar 12 horas diarias a 10 horas diarias. Como además se introdujo la obligación de un descanso intermedio de dos horas, la trabajadora doméstica “estaría trabajando dos jornadas máximas de cinco horas”²⁵. Durante el debate, varios legisladores demostraron –a través de la descripción de la vida cotidiana de sus familias– la imposibilidad de ajustar las necesidades de las familias a la propuesta de ley. El argumento principal que motivó la incorporación de esta diferenciación es el de la aplicabilidad de la ley. Numerosos legisladores sostuvieron que una equiparación total del régimen de trabajo de las trabajadoras domésticas con el régimen general resultaría completamente inaplicable y, por lo tanto, la nueva ley no tendría ningún efecto concreto. Sin embargo, en la versión final se estableció la equiparación al régimen general en cuanto al número de horas, (art.13); se estableció además una hora de descanso durante la jornada para la trabajadora bajo la modalidad con retiro y dos en la modalidad sin retiro (art.14); 24 horas de descanso semanal obligatorio siendo el día a establecer en acuerdo con el empleador; y la posibilidad de trabajar durante el descanso legal o durante los días feriados percibiendo una remuneración del doble (art. 15 y 16), sin límite de horas extraordinarias. Esto permitió introducir otra herramienta de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo.

En los tres casos, se equiparó el régimen de tiempo de trabajo del trabajo doméstico con el régimen general. En el caso de Argentina, donde en la práctica la mayoría de las trabajadoras domésticas trabajan menos del límite máximo, no se estableció ninguna cláusula de flexibilización. Contrariamente, en los casos chileno y paraguayo, se autorizó la acumulación de un número de horas extras que permite extender la jornada legal, acercándola a la jornada laboral realmente practicada en cada país. Si bien el pago de esas horas en calidad de horas extras -al 50 por ciento o incluso 100 por ciento- puede ser considerado un beneficio para las trabajadoras domésticas tanto como un desincentivo para el empleador, debido a la estructura de esa relación laboral -basada en jerarquías sociales (Rodgers, 2009; Lautier & Destremau,

²⁵ Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, República de Paraguay, Sesión 53°, 11 de junio de 2014.

2002; Gorbán & Tizziani, 2014)- y a la incapacidad estatal de controlar el cumplimiento de las normas (Vega Ruiz, 2011; Chen, 2011), es probable que los efectos de esas nuevas leyes sean limitados.

4.2. Salario mínimo para las trabajadoras domésticas

La discusión en torno al salario mínimo puso en cuestión la valoración social del trabajo doméstico, reafirmando su lugar en la escala de prestigio de las ocupaciones. Al discutir ese aspecto, los legisladores asumieron una posición realista y presentaron, por una parte, los límites que impone la estructura del mercado de trabajo, y por otra, la posición del empleador en tanto que trabajador. Los debates en los tres países se centraron en los niveles y componentes del salario -es decir, en el porcentaje de las remuneraciones pagado en especies-, y las consecuencias que el salario mínimo podría tener respecto del acceso a la seguridad social.

El C189 establece en su artículo 11 que: “Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista, y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo.” Además, en el artículo 12 (2) se establece que:

“en la legislación nacional, en los convenios colectivos o en laudos arbitrales se podrá disponer que el pago de una proporción limitada de la remuneración de los trabajadores domésticos revista la forma de pago en especie no menos favorables que los que rigen generalmente para otras categorías de trabajadores, siempre y cuando se adopten medidas para asegurar que los pagos en especie se hagan con el acuerdo del trabajador, que se destinen a su uso y beneficio personal, y que el valor monetario que se atribuya a los mismos sea justo y razonable.”

Los debates, en los tres países, se focalizaron en el nivel de los salarios, en la composición de los mismos -es decir el porcentaje que se paga en especies- y las consecuencias que tiene esta medida en relación al acceso a beneficios provistos por el sistema de seguridad social.

En Chile la discusión sobre el salario mínimo precedió al C189, dado que forma parte de la reforma del sistema de pensiones de 2008. Por iniciativa de la presidenta Bachelet se incorporó a las trabajadoras

domésticas en el régimen de salario mínimo (Ley 20.276/08, art. 44 del Código de Trabajo), estableciéndose un aumento gradual que en 2011 alcanzaría el 100 por ciento del salario mínimo. El argumento principal que promovió esta medida fue el principio de no discriminación. Quienes apoyaban la medida subrayaron que aun reconociendo el derecho al salario mínimo la discriminación persistía dado que se trataba de un salario calculado sobre ocho horas diarias de trabajo, y las trabajadoras domésticas podían superar ese límite –antes de la ley de 2014–. Quienes se oponían planteaban que el hecho que las trabajadoras domésticas ganaran un salario mínimo produciría una distorsión en la escala salarial cuya consecuencia sería que las familias –que ganaban un salario mínimo o un poco más– no estarían en condiciones de contratar una trabajadora doméstica. Otro argumento que completaba el de la distorsión salarial destacaba que quien contrataba a una trabajadora doméstica es otra mujer –generalmente de clase media– a quien esta trabajadora reemplazaba en las tareas del hogar. Por consiguiente, la discriminación por género que sufren todas las mujeres en el mercado de trabajo en relación con los salarios manifiesta entonces su correlato directo en las remuneraciones de las trabajadoras domésticas. A pesar de estas posiciones críticas, se aprobó la incorporación de las trabajadoras domésticas al régimen de salario mínimo en 2008.

En consecuencia, entre 2013 y 2014, el debate se centró en la regulación de los pagos en especies. La versión del artículo 151 del Código Laboral vigente en ese momento establecía que el salario de las trabajadoras domésticas tenía tres componentes: un monto en efectivo, alimentos y alojamiento –en el caso de la modalidad de contratación “con cama”. Según los legisladores, el descuento por comida y alojamiento ha sido y sigue siendo una práctica corriente en Chile. Al no estar regulado el monto máximo de esos descuentos, aún dentro del régimen de salario mínimo, las remuneraciones de las trabajadoras domésticas eran muy inferiores a lo establecido legalmente. Por consiguiente, dentro de esta reforma regulatoria se propuso prohibir esa práctica considerada arbitraria y discriminatoria. Es por ello que en la versión de 2015 del artículo 151 del Código Laboral se estableció explícitamente que el salario sería pagado “en moneda de curso legal, sin que pueda comprender los alimentos y la habitación, los cuales siempre serán de cargo del empleador.”

En Paraguay, la traducción de estos artículos del C189 y la R201 también apareció en el seno del debate. Sin embargo, en el caso paraguayo, no existió un acuerdo respecto al pago de salario mínimo. El argumento de la distorsión de la escala salarial tuvo mucho peso en esa discusión, particularmente porque fue asociado con las escalas de prestigio de las ocupaciones. Las distintas mociones presentadas durante el debate de la Ley 5.407 mostraron enormes discrepancias en la materia. El anteproyecto de ley presentado en 2013 buscaba modificar los artículos 151 y 152 del Código de Trabajo. El primero establecía que el salario de las trabajadoras domésticas no podía ser inferior al 40 por ciento del salario mínimo; y el anteproyecto fijaba como mínimo el 60 por ciento. El segundo artículo (152) establecía que el empleador debía proveer alimento y alojamiento, en cualquier modalidad de contratación; y el anteproyecto proponía aclarar que ninguna de estas retribuciones en especie podía ser deducida de la remuneración en dinero de la trabajadora doméstica.

Respecto del primer artículo (151), se presentaron tres mociones: fijar como mínimo el 60 por ciento, el 70 por ciento o reconocer el 100 por ciento del salario mínimo. En lo que concierne al segundo artículo (152) se rechazó el cambio propuesto porque se consideró legalmente inconsistente. Sin embargo, la discusión de los dos artículos aparece de manera complementaria durante el debate. Quienes estaban a favor de incorporar a las trabajadoras domésticas al régimen de salario mínimo argumentaban que no existe fundamento jurídico para la desigualdad salarial. Esa medida era considerada como discriminatoria y, por consiguiente, opuesta a la Constitución Nacional (artículos 92 y 46), y a otros tratados internacionales ratificados por Paraguay como el para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y al Convenio No. 189. Sostenían que esa desigualdad estaba fundada en una forma de desigualdad naturalizada en Paraguay: la desigualdad de género en el mercado de trabajo. Lo vergonzoso –según una senadora– es ver que en este caso “una mujer explota a otra mujer”²⁶. Otros argumentaban que el salario mínimo “es la base que nos da la Ley para que una persona pueda

²⁶ Diario de Sesiones la Honorable Cámara de Senadores, República de Paraguay, Sesión 53°, 11 de junio de 2014.

sobrevivir.”²⁷ Por consiguiente, no otorgar ese derecho a las trabajadoras domésticas mostraba claramente el poco valor que la sociedad asignaba a este tipo de trabajo. Sin embargo, como lo afirmaba un legislador: “el empleo doméstico tiene tanto valor como cualquier otro, por su valor económico no puede ser menos.”²⁸

Quienes se manifestaron contra la equiparación del salario de las trabajadoras doméstica presentaban como argumento principal la realidad del mercado de trabajo y la escasa aplicación que tiene el régimen de salario mínimo en ese país donde el 45,8 por ciento de los asalariados perciben menos de un salario mínimo. Dentro del sector público, quienes perciben salarios menores al salario mínimo representan el 18 por ciento del total de trabajadores en ese sector; y en el sector privado el 53,1 por ciento (UNFPA, 2013). Los legisladores paraguayos, al igual que los chilenos, argumentaban que aun cuando el empleador gane un salario mínimo o un poco más, no estaría en condiciones de pagar un salario mínimo a la trabajadora doméstica. Frente a esta posición, algunos legisladores plantearon que, dado que el proyecto contemplaba diversas formas de contratación –contratos por horas, por días– no se justificaba un salario menor al salario mínimo. Para aquellas familias que no pudieran pagar un salario mínimo por el servicio prestado por una trabajadora doméstica a tiempo completo, la ley preveía otro tipo de arreglos contractuales menos onerosos. Evidentemente, contraponiéndose a esta argumentación apareció la amenaza del desempleo –argumento común en todos los debates parlamentarios sobre el trabajo doméstico–. Se afirmaba que frente al encarecimiento de la contratación –por aumento de salario o por aumento de las contribuciones patronales– se iba a producir una pérdida inmediata de puestos de trabajo. Dado que el trabajo doméstico no demanda calificaciones particulares, era probable que aquellas trabajadoras que perdieran su trabajo no pudieran insertarse en ningún otro sector de actividad.

Lo interesante del debate relativo al salario mínimo en Paraguay es que se excluyó de las trabajadoras domésticas del régimen de salario

²⁷ Diario de Sesiones la Honorable Cámara de Senadores, República de Paraguay, Sesión 53°, 11 de junio de 2014.

²⁸ Diario de Sesiones la Honorable Cámara de Senadores, República de Paraguay, Sesión 53°, 11 de junio de 2014.

mínimo sobre la base del argumento de la no discriminación, y apoyándose en lo establecido en el C189 y la R201. Un legislador afirmaba que:

“no podemos legislar en contra de la Constitución, es decir, al establecer un monto inferior al salario mínimo, estamos quebrantando la Constitución en el artículo 92 [relativo a la no discriminación] (...) Entonces en este caso la propuesta es en el segundo párrafo -y ustedes tienen a la vista: ‘El salario mínimo legal para el trabajo doméstico sin retiro no será menor del 70 por ciento pagado en efectivo, del salario legal para actividades diversas no especificadas establecido por el Poder Ejecutivo. El 30 por ciento restante deberá ser pagado en especies.’ Y luego se discrimina, cuando vayamos en el capítulo del ‘con retiro’ o ‘sin retiro’, discriminamos qué implicará la especie, que será habitación, alimentación, entre otras prestaciones. Es decir, me parece que este debe ser muy claro, que el 100% debe ser completado por imperio de la Constitución, por imperio de un convenio internacional-el 189 de la OIT-, porque este convenio de la OIT nos permite en su artículo 12, pagar en especies, y en base a este tenemos que legislar.”²⁹

La versión final de la ley que modificó el Código Laboral propuso elevar el salario de las trabajadoras domésticas al 60 por ciento del salario mínimo ya que se estableció que la parte del salario pagada en especies –alimento y habitación– equivalía en términos monetarios al 40 por ciento del salario mínimo. Algunos legisladores argumentaron que si se pagaba el 100 por ciento del salario mínimo y se adicionaba el 40 por ciento pagado en especies, se estaría generando otra forma de desigualdad de ingresos. Se estaría discriminando a los trabajadores asalariados de otros sectores de actividad que no percibían pago en especies. Las trabajadoras domésticas ganarían en ese caso, 40 por ciento más que cualquier otro trabajador. Lo que pone en evidencia esta argumentación es que la correspondencia entre la jerarquía de prestigio de las ocupaciones y la escala salarial sigue siendo un criterio válido. Resulta entonces inimaginable que se inviertan estas jerarquías socialmente aceptadas. Por consiguiente, la versión final del artículo 151 solo aumentó el salario de las trabajadoras domésticas en un 20 por ciento respecto de la regulación preexistente.

²⁹ Diarios de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, República del Paraguay, Sesión 65°, 2 de octubre de 2014.

El caso de Argentina es bastante diferente, aún si los mismos argumentos desplegados en los debates chileno y paraguayo aparecen de manera casi idéntica. El régimen de 1956 establecía que el Poder Ejecutivo debía establecer un salario mínimo para el sector (art. 13). En el momento de la discusión parlamentaria de la ley 26.844, el salario mínimo de algunas de las subcategorías del trabajo doméstico igualaban o superaban el salario mínimo legal. La cuestión que se planteó no fue entonces la de otorgar el salario mínimo a las trabajadoras domésticas sino la de igualar los mecanismos de su definición. En un contexto institucional donde se recuperó la negociación colectiva como institución central de la regulación del trabajo (Palomino, 2008), y apoyándose en los principios establecidos en el C189, los legisladores promovieron el establecimiento del salario mínimo a través de negociaciones colectivas tripartitas. Dado que desde hace tiempo existen diferentes asociaciones y sindicatos de trabajadoras domésticas, la mayor dificultad relevada por los legisladores fue la composición de un bloque de empleadores. Es por ello, que hasta lograr la constitución de ese tercer actor en la negociación colectiva, algunos legisladores propusieron la creación de una comisión integrada por representantes de varios ministerios y de organizaciones de trabajadoras para establecer el salario mínimo y definir las condiciones laborales. Finalmente, se acordó esta posición como transitoria, hasta que a fines de 2015, por primera vez se realizó una negociación tripartita para definir los niveles salariales.

Lo que resultó problemático en Argentina –y dio lugar a extensos debates parlamentarios– fue la exclusión de las trabajadoras domésticas del régimen de asignaciones familiares. Este beneficio –junto con el seguro de salud, la jubilación y el seguro de riesgo de trabajo– es uno de los ejes del sistema de seguridad social argentino. A partir de 2009, las asignaciones familiares se presentan bajo dos modalidades: contributiva y no contributiva (Ley 24.714/96). La modalidad contributiva incluye a los asalariados cuyos empleadores aportan el 9% del salario bruto. La modalidad no contributiva –conocida como Asignación Universal por Hijo y estructurada como un programa de transferencias condicionadas– incluye a los desocupados y los trabajadores del sector informal que ganan menos que un salario mínimo. En el momento en el que este tema se discutía en el Congreso, la regulación vigente excluía a las trabajadoras domésticas tanto del régimen contributivo

de asignaciones familiares como del régimen no contributivo. Según los legisladores, la inclusión en el régimen contributivo resultaba muy onerosa para los empleadores quienes no estaban en condiciones de pagar mayores cargas sociales. El empleador en el caso del trabajo doméstico es “otro trabajador”, “una mujer trabajadora” o “una familia” para quien el trabajo doméstico no representa lucro alguno. El aumento de las cargas sociales puede funcionar entonces como un obstáculo a la formalización de esa relación laboral. Otros legisladores afirmaban que la incorporación de las trabajadoras domésticas en el régimen no contributivo resultaba legalmente problemática dado que la normativa incluía en ese régimen solamente a los trabajadores excluidos del mercado de trabajo formal, ya sea porque trabajan de manera informal o porque no trabajan. Quienes estaban a favor de la incorporación de las trabajadoras domésticas al régimen no contributivo, afirmaban que la declaración de ingresos en el caso de los trabajadores informales suele ser imprecisa –o mentirosa– por lo que se está de facto otorgando la asignación familiar a trabajadores que tienen mayores ingresos que las trabajadoras domésticas. A pesar de que resultaba contradictorio promover al mismo tiempo la formalización del trabajo doméstico y su incorporación en el régimen no contributivo propio de los trabajadores informales, los legisladores sostuvieron que la exclusión de las trabajadoras domésticas del régimen de asignaciones familiares atentaba contra la formalización. Es por ello que se decidió incluir a todas las trabajadoras domésticas –sin considerar de su nivel de ingresos– en el régimen no contributivo de asignaciones familiares (Poblete, 2016).

Las discusiones en torno al nivel y composición de las remuneraciones pusieron en evidencia el lugar social del trabajo doméstico en cada país. Por una parte, la naturalización del trabajo doméstico como trabajo no remunerado realizado por mujeres lleva a concebir al pago en especies como la compensación normal. Por otra, dado que el trabajo doméstico es considerado como un trabajo no calificado realizado por mujeres pobres, se supone que las compensaciones económicas deben ser menores a las del resto de los trabajadores. Es por ello que el C189 y la R201 proponen por una parte, la limitación del pago en especies, y por otra, la equiparación de las remuneraciones al salario mínimo en cada país. Si bien el salario mínimo legal permite garantizar un nivel de referencia de las remuneraciones, la manera en la que se

estructuran y funcionan los regímenes de salario mínimo en cada país condiciona el significado que adquiere la incorporación de las trabajadoras domésticas a los mismos.

5. CONCLUSIONES

Durante el proceso de reforma de las regulaciones relativas al trabajo doméstico en Argentina, Chile y Paraguay, los debates parlamentarios se centraron en analizar si las trabajadoras domésticas estaban sujetas a un trato discriminatorio frente a la ley. Debido a que la regulación laboral en los tres países ofrecía menos protecciones a las trabajadoras domésticas que al resto de los trabajadores, las reformas legislativas buscaron garantizarles los mismos derechos laborales y sociales (Blackett, 1998; Oelz, 2014). Citado en numerosas ocasiones durante los debates, el principio de no discriminación orientó el proceso de toma de decisiones respecto de cuales derechos reconocidos en el C189 fueron incorporados a las legislaciones nacionales, y la manera de integrarlos. En este proceso, sin embargo, los legisladores tuvieron que preguntarse de qué manera la igualdad ante la ley puede construirse en cada uno de los contextos nacionales, y determinar de qué manera incorporar el principio de no discriminación en las legislaciones nacionales con las herramientas legales disponibles.

Dos concepciones diferenciadas de trabajo doméstico –trabajo como cualquier otro y trabajo como ningún otro (Blackett, 1998)– aparecieron en tensión durante el proceso de reforma regulatoria. Lo mismo ocurrió durante las discusiones relativas al convenio 189 en la Conferencia Internacional del Trabajo, tal como Adelle Blackett lo presenta:

La perspectiva regulatoria buscaba reconocer a las trabajadoras domésticas como trabajadoras, comparando sus condiciones con las del resto de los trabajadores, e insistiendo en que era necesario adoptar una perspectiva igualitaria para subrayar no necesariamente la similitud en el tratamiento (un trabajo como cualquier otro), sino la necesidad de un tratamiento diferenciado y positivo que reconozca la relación entre la reproducción y la dignidad humana, y que tenga como objeto desraizar la discriminación estructural que perpetúa la subvalorización de los cuidados proveídos a domicilio

por las trabajadoras domésticas remuneradas (un trabajo como ningún otro) (Blackett, 2011: 61-62).

Durante el debate relativo a las horas de trabajo, la necesidad de reconocer que el trabajo doméstico era “un trabajo como cualquier otro” entró en conflicto con su definición como “trabajo como ningún otro”, encontrándose posiciones frecuentemente opuestas entre los legisladores. Mientras algunos consideraban que las trabajadoras domésticas tenían derecho a un tiempo de no trabajo comparable al establecido en el régimen general, otros subrayaban el carácter “ilimitado” (e indeterminable) de su tiempo de trabajo (Blackett, 2014) considerando que la disponibilidad es una característica específica del trabajo doméstico. De acuerdo con ese argumento, la trabajadora debe adaptarse a las necesidades de la familia empleadora, haciendo imposible el establecimiento de un período de descanso obligatorio y la regulación del tiempo de trabajo en el sector (McCann & Murray, 2014).

Una tensión similar aparece en los debates relativos al nivel y composición del salario. Según algunos legisladores, las trabajadoras domésticas no deberían ganar menos que el resto de los asalariados. Sin embargo, otros argumentaban que al estar comprendida la alimentación y habitación en la remuneración final, el salario mínimo debería aplicarse a la proporción pagada en efectivo no al total. En primer lugar, porque las familias que ganan a penas un poco más que el salario mínimo no podrían contratar trabajadoras domésticas. Segundo, se estaría estableciendo un modo de discriminación contra aquellos trabajadores que no reciben un pago complementario en especies. Esto significa que si se equipara el salario pagado en efectivo al salario mínimo, las trabajadoras domésticas estarían ganando más al adicionar el valor monetario de la alimentación y alojamiento. En tercer lugar, ciertos legisladores que argumentaban que las trabajadoras domésticas no podían tener los mismos beneficios del sistema de seguridad social porque las familias para quienes trabajan no son “un empleador como cualquier otro”. A diferencia de las empresas, que obtienen beneficios económicos del trabajo de sus empleados, las familias no obtienen lucro de ese trabajo, y por ello resulta difícil cubrir los costos o los riesgos de la relación laboral.

En cada uno de los procesos nacionales de reforma legislativa, el Convenio 189 funcionó como una herramienta en función de distintos

objetivos. En algunos momentos, fue considerado como un modelo para seguir, en otros, como un marco regulatorio que debía adaptarse a los contextos nacionales. Desde un análisis micro del proceso de producción de regulación, el Convenio No. 189 fue crucial para la resolución de conflictos entre posiciones contrapuestas y la creación de un espacio de compromiso entre aquellos legisladores que consideran al trabajo doméstico como un trabajo “como ningún otro” y aquellos que lo conciben como un “trabajo como cualquier otro”. El convenio fue también fundamental tanto para justificar una reforma inmediata de las regulaciones como para establecer las bases para futuras modificaciones. Desde un análisis macro del proceso regulatorio en los tres países bajo estudio, el Convenio No. 189 se presentó como catalizador de reformas ya en marcha. Promovidos tanto por las asociaciones de trabajadoras domésticas nacionales como regionales, y por los gobiernos nacionales y otros actores sociales (incluyendo organizaciones no gubernamentales (ONGs)), los derechos laborales y sociales de las trabajadoras domésticas rápidamente se expandieron hasta lograr la implementación del Convenio. En el caso de América Latina, la adhesión al Convenio, su amplia ratificación y su subsecuente implementación a través de la adopción de nuevas leyes nacionales, puede ser en gran parte atribuída a la tenacidad del movimiento por los derechos de las trabajadoras domésticas. Tanto a nivel nacional como regional, este movimiento movilizó a otros actores políticos y sociales, abriendo el camino a procesos de reformas regulatorias y contribuyendo a la persistencia de la lucha por el reconocimiento y la implementación de los derechos de las trabajadoras domésticas.

BIBLIOGRAFÍA

- Blackett, Adelle. 1998. “Making domestic work visible: the case for specific regulation”, in *Labour Law and Labour Relations Programme*, working paper no. 2, International Labour Office, Geneva.
- Blackett, Adelle. 2011. “Introduction: Regulating Decent Work for Domestic Workers”, in *Canadian Journal of Women and the Law*, Vol. 23, No. 1, pp. 1-45.
- Blackett, Adelle. 2014. “The Decent Work for Domestic Workers Convention, 2011 (no. 189) and Recommendation (no. 201).

- Introductory Note”, in *International Legal Materials*, Vol. 53, No.1, pp. 250-266.
- Boris, Eileen; Jennifer N. Fish. 2014. “Slaves No More: Making Global Labor Standards for Domestic Workers”, in *Feminist Studies*, Vol. 40, No. 2, pp. 411-443.
- Chen, Martha Alter. 2011. “Recognizing Domestic Workers, Regulating Domestic Work: Conceptual, Measurement, and Regulatory Challenges”, in *Canadian Journal of Women and the Law*, Vol. 23, N° 1, pp. 167-184.
- Fish, Jennifer N. 2017. *Domestic Workers of the World Unite! A Global Movement for Dignity and Human Rights*. New York, NYU Press.
- Goldsmith, Mary Rosaria; Baptista Canedo, Rosario; Ferrari, Ariel; Vence, María Celia. 2010. *Hacia un fortalecimiento de derechos laborales en el trabajo de hogar: algunas experiencias de América Latina*. Uruguay, Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Goldsmith, Mary Rosaria. 2013. “Los espacios internacionales de la participación política de las trabajadoras remuneradas del hogar”, in *Revista de Estudios Sociales*, No. 45, pp. 233-246.
- Gorbán, Débora; Tizziani, Ania. 2014. “Inferiorization and deference: The construction of social hierarchies in the context of paid domestic labor”, in *Women’s Studies International Forum*, No. 46, pp. 54-62.
- INE. 2015. *Mujeres en Chile y Mercado del Trabajo. Participación laboral femenina y brechas salariales*. Instituto Nacional de Estadísticas, Departamento de estudios laborales, Chile.
- Kuznesof, Elizabeth. 1993. “Historia del servicio doméstico en la América hispana (1492-1980)”, in Chaney, Elsa; Mary Garcia Castro, *Muchacha, cachifa, criada, empleada, empregadinha, sirvienta y...nada más. Trabajadoras del hogar en América Latina y el Caribe*. Caracas, Nueva Sociedad.
- Lautier, Bruno; Destremau, Blandine. 2002. “Introduction: Femmes en domesticité. Les domestiques du Sud, au Nord et au Sud”, in *Revue Tiers Monde*, Vol. 43, No. 170, pp. 249-264.
- McCann, Deirdre; Murray, Jill. 2014. “Prompting Formalisation through Labour Market Regulation: A ‘Framed Flexibility’ Model

- for Domestic Work”, in *Industrial Law Journal*, Vol. 43, No. 3, pp. 319-348.
- MTEySS. 2006. *Situación laboral del servicio doméstico en Argentina, Secretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales*. Buenos Aires, Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social.
- MTyPS. 2009. *Trabajadoras de casa particular*. Informe del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Gobierno de Chile.
- Oelz, Martin. 2014. “El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Una oportunidad para la justicia social”, in *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 153, No.1, pp. 161-195.
- OIT. 2014. *Trabajo doméstico remunerado en Paraguay*. Asunción, OIT.
- OIT. 2010. *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*. Informe IV (2), Conferencia Internacional del Trabajo, 99a reunión, 2010, Ginebra.
- OIT. 2013. *Trabajadores doméstico en el mundo: Estadísticas mundiales y regionales y la extensión de la protección legal*. OIT: Ginebra.
- OIT. 2012. *Panorama Laboral 2012. América Latina y el Caribe* (Lima, OIT).
- Palomino, Héctor. 2008. “La instalación de un nuevo régimen de empleo en Argentina: de la precarización a la regulación”, in *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, Vol. 13, No.19, pp. 121-144.
- Pereyra, Francisca; Poblete, Lorena. 2015. “¿Qué derechos? ¿Qué obligaciones? La construcción discursiva de la noción de empleadas y empleadores en el debate de la Ley del Personal de Casas Particulares (2010-2013)”, in *Cuadernos del IDES*, No. 30, pp. 73-102. <http://ides.org.ar/wp-content/uploads/2012/03/Cuadernos-del-IDES-N%C2%BA-30-October-2015.pdf>
- Pereyra, Francisca; Tizziani, Ania. 2014. “Experiencias y condiciones de trabajo diferenciadas en el servicio doméstico. Hacia una caracterización de la segmentación laboral del sector en la ciudad de Buenos Aires”, *Trabajo y Sociedad*, Vol. 23, No. 15, pp. 5-25.
- Poblete, Lorena. 2015. “New Rights, Old Protections: The New Re-gualtion for Domestic Workers in Argentina”, in *Labour Law and*

- Development Research Laboratory, McGill University, working paper series #5. http://www.mcgill.ca/lldrl/files/lldrl/poblete_final.pdf
- Poblete, Lorena. 2016. "Empleo y protecciones sociales, ¿dos caras de la misma moneda? Reflexiones en torno a la regulación del servicio doméstico en Argentina, in *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 22, pp. 203-239.
- Poblete, Lorena. 2018. "The Influence of the ILO Domestic Workers Convention in Argentina, Chile and Paraguay", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 34, No. 2.
- Rodgers, Janine. 2009. "Cambios en el servicio doméstico en América Latina", in Valenzuela, María Elena; Mora, Claudia (eds.) (2009) *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago de Chile, OIT.
- Schwenken, Helen. 2011. "Mobilisation des travailleuses domestiques migrantes: de la cuisine à l'Organisation International du Travail", in *Cahiers du Genre*, No. 51, pp. 113-265.
- Tomei, Manuela; Belser, Patrick. 2011. "Nuevas normas de la OIT sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos", in *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 150, No. 3-4, pp. 469-477.
- UNFPA. 2013. *Conocimiento de una realidad invisible. Características y condiciones del trabajo doméstico remunerado en el Paraguay*. Asunción: UNFPA-Naciones Unidas.
- Valiente, Hugo. 2010. *Regímenes jurídicos sobre trabajo doméstico remunerado en los estados del Mercosur*, Santiago de Chile, OFXAM.
- Valenzuela, María Elena; Mora, Claudia (eds.) (2009) *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago de Chile, OIT.

Diarios de sesiones

- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, República Argentina, 5º Reunión, 4º Sesión ordinaria, 4 de mayo de 2011.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, República Argentina, Sesiones Ordinarias de 2011, Orden del día N° 724, 29 de septiembre de 2011.

- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, República Argentina, Período 130°, 21° Reunión, 15° Sesión ordinaria, 28 de noviembre de 2012.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, República Argentina, 1^{era} Reunión, 1^{era} Sesión ordinaria, 13 de marzo de 2013.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 360°, Sesión 22°, 8 de mayo de 2012.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 360°, Sesión 75°, 4 de septiembre de 2012.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 360°, Sesión 76°, 5 de setiembre de 2012.
- Diario de Sesiones del Senado, República de Chile, Legislatura 362°, Sesión 48°, 23 de septiembre de 2014.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, República de Chile, Legislatura 362°, Sesión 76°, 7 de octubre de 2014.
- Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, República del Paraguay, Sesión 38°, 10 de abril de 2014.
- Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, República del Paraguay, Sesión 48°, 12 de junio de 2014.
- Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, República del Paraguay, Sesión 53°, 10 de julio de 2014.
- Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, República del Paraguay, Sesión 121, 10 de septiembre de 2015.
- Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, República del Paraguay, Sesión 65°, 2 de octubre de 2014.
- Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados, República del Paraguay, Sesión extraordinaria N° 13, 17 de marzo de 2015.



REVISTA
de la **ESCUELA del CUERPO**
de **ABOGADOS del ESTADO**



ecae
Escuela del Cuerpo
de Abogados del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

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