

# Nº6

OCTUBRE 2021

## REVISTA de la ESCUELA del CUERPO de ABOGADOS del ESTADO

ISSN 2718-7187

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



**ecae**  
Escuela del Cuerpo  
de Abogados del Estado



Procuración del Tesoro  
Argentina



# Nº6

OCTUBRE 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  
/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

|  |     |
|--|-----|
| <b>EDITORIAL</b> .....   | 13  |
| Jerarquizar la abogacía pública .....  | 15  |
| <i>Por Guido Leonardo Croxatto</i>   |     |
| <b>DOCTRINA</b> .....  | 27  |
| Ensayo sobre la Abogacía del Estado, <i>hard cases</i> y la<br>hermenéutica gadameriana .....  | 29  |
| <i>Por Rui Carlo Dissenha</i>  |     |
| El Derecho humano y Constitucional al sufragio activo .....  | 50  |
| <i>Por Pablo Andrés Figueroa</i>   |     |
| Reflexiones sobre la falta de perspectiva de género<br>en el proceso penal argentino .....   | 73  |
| <i>Por María Carolina Renaud</i>   |     |
| Aportes desde el Derecho ambiental para una transición<br>energética sostenible .....  | 94  |
| <i>Por Yamila Marian Castagnola</i>  |     |
| La redeterminación de precios en la obra pública.<br>Delimitación .....  | 124 |
| <i>Por Andrés Raiter</i>   |     |
| Apuntes sobre los orígenes del Poder Ejecutivo<br>en la Provincia de Buenos Aires y su evolución<br>en el tratamiento constitucional ..... | 151 |
| <i>Por Guillermo Raúl Moreno</i>   |     |
| La Supremacía Constitucional ante el Garantismo<br>Administrativo .....  | 164 |
| <i>Por Martín Rodríguez Luna</i>   |     |



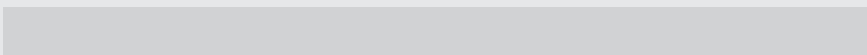
|   |     |
|---|-----|
| Principio de legalidad (primera parte: Aspecto formal) . . . . .  | 188 |
| <i>Por Marcelo José Schreginger</i>   |     |
| La gestión jurídica de la pandemia del Covid-19<br>(A propósito de su inserción en el Estado Social<br>y Constitucional de Derecho) . . . . . | 213 |
| <i>Por Gustavo E. Silva Tamayo</i>  |     |
| Las medidas de discriminación positiva en el Estado<br>Constitucional y Social de Derecho . . . . .   | 246 |
| <i>Por Elda Beatriz Sánchez Rapela</i>  |     |
| Modos normales y anormales de Finalización<br>de los Contratos de Bienes y Servicios (Decreto 1023/01) . . .                                  | 260 |
| <i>Por Martín Cormick</i>   |     |
| La vista del expediente administrativo . . . . .  | 273 |
| <i>Por Alfonso Buteler</i>  |     |
| Democracia, Igualdad y Federalismo, los principios<br>rectores en la defensa de los intereses públicos . . . . .                              | 288 |
| <i>Por Guido Leonardo Croxatto y Natasha Suñé</i>   |     |
| Hospitalidad y conversación. Un poder judicial para<br>los derechos humanos. Experiencia de litigio estructural . . .                         | 319 |
| <i>Por José María Martocci</i>  |     |
| Individualización práctica y alcance del control<br>de la discrecionalidad estatal . . . . .  | 339 |
| <i>Por Domingo J. Sesin</i>   |     |

|   |     |
|---|-----|
| <b>INVESTIGACIONES</b> .....  | 353 |
| Deuda Pública y principios de la ONU. Análisis jurídico-económico de los Principios básicos de reestructuración de deuda pública de la Organización de las Naciones Unidas .. | 355 |
| <i>Por Tomás Mariano Guisado Litterio, María Mercedes Llano, Lourdes Lucero y Edda Elena Zanarello</i>  |     |
| Regulación y alcances de la descentralización administrativa. Facultades de los organismos descentralizados para aprobar su propia estructura organizativa .....              | 375 |
| <i>Por Silvina Andrea Cornaglia</i>   |     |
| Legitimación activa de la Facultades para litigar contra la propia Universidad. Pensar a la Facultades como <i>amicus curiae</i> .....  | 404 |
| Por Gabriel O. Bosco y Cinthia N. Aguirre   |     |
| <b>EXPERIENCIAS Y DOCTRINAS DEL CUERPO DE ABOGADOS/AS DEL ESTADO</b> .....  | 421 |
| Reflexiones en torno a la legitimacion para incoar el recurso judicial directo contemplado en la Ley n° 25.164 ...  | 423 |
| <i>Por Gisela Berzano y Rosana Papazian</i>   |     |



# **EDITORIAL**

GUIDO LEONARDO CROXATTO





---

# JERARQUIZAR LA ABOGACÍA PÚBLICA

---

GUIDO LEONARDO CROXATTO<sup>1</sup>  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 15-25

Se habla cada vez menos de “justicia”, de equidad y de interés público en nuestro Derecho<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Abogado. Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

<sup>2</sup> Y lo que se dice de la “paz” es algo que ya la poeta costarricense Virginia Grutter resumió muy bien en un poema que lleva ese nombre, lo que algunos llaman “paz” otros lo perciben y viven a diario como una “guerra”. Lo que algunos llaman “orden” (público...) otros lo viven (desde tiempos de Locke, es algo que también puntualizó el liberalismo político, no sólo Mariátegui) como exclusión, represión, miseria: hambre. En el hambre no hay “paz” posible. No hay ninguna “libertad” civil. No hay nada. (“Esos señores de las gandes Companys/ quieren paz a quemarropa/ Paz a hacha y cabezazo/ Paz quieren a cuchillo/ clavado por la espalda”). Centroamérica es una muestra de lo poco “libre” que es una sociedad empobrecida, con hambre. Lo poco “democrática” que es. ¿En qué momento una sociedad deja de ser realmente “democrática” (o libre)? ¿La desigualdad no tiene nada que ver con la democracia? Ese punto parece haberse alcanzado cuando la mayoría de los chicos no tienen lo básico. Por eso impugnamos la falsa escisión de los derechos humanos en distintos niveles, pisos o “generaciones”. Los derechos económicos son inseparables de los derechos civiles. No hay libertad civil donde no hay bienestar económico mínimo. Un pibe pobre no es “libre” de nada. También el eufemismo judicial lastimoso de los derechos “programáticos”. Los derechos sociales y económicos (la justicia...) son operativos o no son “derechos”. Los derechos no pueden ser un “programa”. Si no se puede ejercer, no es un derecho. Es otra cosa. Una promesa. Una utopía. Una ilusión. Pero no un derecho. Por eso Gargarella sostiene que nuestra constitución liberal es muy “ambiciosa”. Los jueces responden diciendo que es “programática...” Tal vez sería más eficaz –y más honesto- reconocer que esos derechos declarados no son aun derechos “operativos”, diciendo que no son aun “derechos”. De esta manera no devaluamos



Parece que debemos volver sobre esta redundancia (a veces las redundancias dicen mucho): a defender la abogacía *pública*, como si no fuera una enorme obviedad (diría Hegel) que la base del ejercicio de la abogacía (incluso liberal) es ante todo la defensa del interés “público”. Si no es obvio (ya), es porque las bases de nuestra profesión (“liberal”) han retrocedido mucho y ya nadie se acuerda de la “justicia” como baremo básico (humanista, no utilitario, diría Kant, *anti-consecuencialista*) de nuestra profesión. Porque hoy la abogacía es sinónimo casi implícito de abogacía privada, corporativa, financiera, que defiende intereses privados (una forma de hacer buenos “negocios”) muy determinados, una forma de hacer réditos muchas veces litigando contra el Estado, contra los recursos “públicos”. El Derecho es parte de una ecuación más dentro de un registro contable. Ha perdido protagonismo. Muchos estudios jurídicos que se proclaman “liberales” (ignorando que fue el liberalismo el cultor de la legalidad moderna y la idea de derechos subjetivos que el Estado debe respetar y hacer valer, para lo cual necesita recursos, el mercado por sí solo no vuelca recursos para respetar ningún derecho, al contrario, los percibe como un costo<sup>3</sup>) construyen sus fortunas litigando contra el Estado. La abogacía se vuelve así una profesión “rentable”. Por eso ha desaparecido, de un lado, como dice Marc Galanter en Estados Unidos, (también Derrida, en el Cardozo Law School, en una conferencia sobre la obra de Kafka) la asociación entre Derecho y Justicia, ya no es obvia: hoy el Derecho se parece cada vez más a una profesión “técnica” y formal

---

tanto la palabra “derecho”. No abusamos de nuestro lenguaje. No le quitamos tanto poder. Si cualquier cosa es un “derecho” “humano”, y luego vemos a la gente en la miseria más atroz, a los chicos vendiendo estampitas en cada semáforo, en el tren Roca, o durmiendo solos en la calle, se crea un abismo (un dualismo) que impacta en nuestra mirada sobre la “justicia”. Sobre el Poder Judicial. Dejamos de creer poco a poco en el “Derecho”. Véase Glendon, M. A. *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. Nueva York: The Free Press, 1991.

<sup>3</sup> “Inequidad fiscal. En EE.UU. el 1% más rico evade 163.000 millones de dólares al año”, titula el *Diario Clarín*, el 9.09.2021, sobre la base de una nota del diario *The New York Times*. La evasión fiscal es una de las mayores preocupaciones del Departamento del Tesoro de Estados Unidos. Los empresarios se oponen a lo que consideran, mediante el cobro de impuestos (“presión” tributaria) una “invasión” a su “privacidad”.



como cualquier otra, a un trabajo (“especializado”) que sirve sobretodo (o solamente) para ganar dinero, y muy poco más que eso. Para regular y resguardar intereses. Una técnica. (Un buen “negocio”). Tal vez por eso haga falta un “efector” de la “justicia”, como afirmó el Superior Tribunal de Córdoba hace pocas semanas. Ahora hacen falta “efectores” para que la Justicia tenga algún “efecto”. O sentido. Parece que ya no lo tiene<sup>4</sup>. “Tecnólogos en Derecho”, como los han (o nos han) empezado a llamar en Brasil. Nos vamos “tecnificando” poco a poco para ser en teoría más “eficientes”. Más “automáticos”. Más sobrios. Más discretos. Para no generar tantos “costos de transacción”. Nuestra mirada sobre la justicia, la equidad, o los derechos sociales, pasa a ser vista como una “externalidad” negativa (“ineficiente”, un costo de “transacción”, una “carga”, una veleidad rimbombante, una palabra muy “cargada”, una “ideología”) que “altera” el orden “libre” de mercado “puro”. La consigna es perder cada vez menos “tiempo” y dinero. Hay que reducir “costos”: este es el mandato “técnico” (tecnocrático) de la hora. Por eso se critica tanto la idea de (ser, como si ya no se pudiera ser...) un **“abogado generalista”**. Porque estaría mal hablar y perder tiempo en meras “generalidades” (hacer filosofía del derecho, “filosofar” como algo despectivo, hablar “pavadas”, ser poco “técnico”, ser poco “serio”, ser poco “analítico”, ser un “poeta” que vende “versos”, el problema es

---

<sup>4</sup> Frente a la resistencia a ingresar en los palacios de Justicia, en muchos rincones del país, sobretodo en el conurbano bonaerense, se observan enormes carteles que dicen “Abogado”, como si la palabra sola, ubicada en cualquier esquina, a menudo frente a edificios más bien humildes, (y que contrastan con la magnificencia de los tribunales) fuera una forma de acercar la “justicia” a las personas que prefieren ingresar a un estudio privado que a un tribunal, donde se sienten “juzgados” de antemano. Terminar con esta distancia y desconfianza del ciudadano corriente –sobretodo pobre- frente a la Justicia (magna y con grandes estrados y columnas de marmol que hacen sentir “pequeño” e insignificante al hombre corriente, intimidado y con miedo frente al gigantismo) como Poder del Estado es una de las asignaturas que debe afrontar nuestra sociedad y nuestro Derecho (redunda decir aquí *Público*). Acercar la “Justicia” en todo sentido a la ciudadanía que mayormente la mira, como en el cuento de Kafka *Ante la ley*, que conforma su novela *El Proceso*, desde afuera. Y desde abajo. Hay expresiones que hablan solas: Ein Urteil fällen, expresión alemana para el dictado (la “caída”) de una sentencia, los “fallos” caen... sobre el pueblo que los espera ansiosamente abajo. Los jueces están siempre “arriba”. Están “por encima”. No es difícil entender cómo se justifica un privilegio. Así se empieza.

que las grandes preguntas del Derecho son y seguirán siendo meras “generalidades”, como la “justicia”, la equidad, o la dignidad humana... “general”; Nussbaum diría: el humanismo, las humanidades y la poesía, como bases reales de la democracia<sup>5</sup>!, En Alemania, cuna de la filosofía legal, de la dogmática, de la ontología, tampoco se integra la teoría al examen de Estado, también allí los cursos de derecho se “tecnifican” cada vez más, y también se empobrecen<sup>6</sup>). Ha quedado cierto miedo a hacer filosofía u ontología. A construir grandes sistemas de pensamiento. Quedó asociado a los totalitarismos del siglo pasado. Por eso nace el pensamiento “débil”. Con lo cual hay que ser muy cuidadoso de caer o repetir este lugar común que hoy se repite mucho entre los abogados corporativos: la crítica al abogado “generalista” (ya no va... hoy somos todos “especialistas” del derecho laboral, comercial, penal, o tributario, hay que “especializarse”, etc.<sup>7</sup>) esconde una trampa,

<sup>5</sup> Nussbaum, M. *Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Ed. Katz. Buenos Aires. 2007.

<sup>6</sup> Fenómeno inescindible de la privatización creciente del conocimiento (“técnico”, “empresario”, incluso se habla de la “inclusión financiera...”, y de la “educación” financiera... como si las finanzas tech pasaran a ser la “nueva educación”, aunado esto al desvío de conocimientos de grado a estudios de posgrado, vaciando cualquier estudio que se considere ya muy “general”). Para muchos, resulta un contrasentido incluso que se hable de “universidad argentina de la empresa” o “universidad de ciencias empresariales y sociales”, de universidad “privada” (con un público homogéneo, poco o nada “universal”, que no es representativo de ningún universo, y por ende no es “universitario”). Por definición, desde el apogeo positivista que confiaba en el progreso social, el conocimiento es un bien público, colectivo, no privado, así como el acceso libre, plural, universal (de allí la palabra “universitario”, “universidad”, por el carácter verdaderamente “universal” de ingreso, reflejando allí todo el “universo”, heterogéneo social y económico) a la educación universitaria, sinónimo de la educación pública. Universal es sinónimo de universitario. Y solo es “universal” el acceso “público” y gratuito (plural) a la “universidad”. Estas redundancias dicen: otra redundancia que hoy, sin embargo, hace falta explicar, porque no nos hace ruido ya que se hable de universidades “de la empresa” o de ciencias “empresariales”, algo que el propio Mario Bunge impugnó en la UCES cuando recibió en 2001 el doctorado honoris causa. No existen las ciencias “empresariales”, afirmó entonces, crítico, el epistemólogo: son técnicas. No “ciencias”.

<sup>7</sup> Existe una tensión entre los filósofos analíticos del Derecho, que se concentran a la lógica formal (Alexy), y quienes nos dedicamos, desde el humanismo

y es que el abogado ya no se hace muchas preguntas, no indaga ya las cuestiones “humanas” generales. No profundiza. Casi no piensa. No “filosofa”. Hace un trabajo mecánico y vacío. Es un autómatas kafkiano que cumple con las “formas” jurídicas. Somos burócratas grises que ponen un sello en un expediente perdido. Estamos parapetados detrás de un escritorio. La asociación directa con la justicia (generalidades...) se va así desdibujando poco a poco. Se pierde. No se valora. Nos contentamos con la “formalidad” jurídica. Cumplimos sí con las formas, pero no con el “fondo” de nuestra disciplina. No con el “fondo” del Derecho (que es la *justicia*). Todo es parte de un “proceso”. Por eso los movimientos de derechos humanos suelen avanzar, históricamente, con el informalismo. Con la informalidad (más que con el Derecho) como forma de construir justicia social. Con la desobediencia (Rosa Parks) más que con el respeto a la norma. Esa trampa conduce a veces a apresar líderes sociales. Las burocracias se cierran y parecen “trabar” más que favorecer el acceso a la justicia. A veces necesitamos paradójicamente ser más “informales”. Construir con y desde la informalidad. No con el “formalismo”. No con la “burocracia”. Es curioso que en un país donde casi todo es precario, donde casi todo se ata con alambre, donde casi todo es la informalidad, nuestros trabajos mismos están en la informalidad (hoy ser trabajador “en blanco” no alcanza tampoco para no ser pobre), nuestras casas, nuestras vidas (han sido precarizadas), miles viven en la informalidad más absoluta, se nos pide sin

---

anti economicista, a reivindicar (como abogados-poetas) el rol y el cruce de la Poesía con el Derecho. La poesía es mucho más que el mero cruce del Derecho con la Literatura, incluso representa una mirada antagónica, crítica. No “literaria”. La poesía, diría Julián Axat, es un lenguaje vinculado íntimamente (subversivamente) a la justicia. La poesía contraviene el imperio del lenguaje “tecnico”, económico, que ve en todos lados (Coase, Posner) un “problema” de “costo” social... (se “formaliza” el razonamiento jurídico para “depurarlo” de toda contaminación “subjetiva”, de toda “emoción”, de toda mácula). “The problem of social cost” fue el título elocuente con el que nace (nada menos que en Chicago) toda una corriente de pensamiento: el análisis económico del Derecho (*Law and Economics*), hoy de moda en las aulas de abogacía. Posner, uno de sus referentes, también promueve el cruce Law and Literature. Como si el Derecho ya no pudiese pensarse más solo, hoy hay una explosión de cruces: Law and... Law and Economics, Law and Cinema, Law and Literature, Law and Sports, Law and Sociology, Law and Marketing, etc. Nosotros confiamos más en las poéticas que conducen –construyen desde adentro– el Derecho.

embargo cuidar “las formas” del Derecho. Las “formas” del Proceso. La formalidad jurídica. El Derecho termina paradójicamente agotándose en el cumplimiento de la “formalidad”. Otra cosa no cumple. Nos preocupa más la forma que el “fondo”. Se escuchan fiscales decir “yo los corro con el procedimiento...”

Del otro lado, la abogacía parece haber sido cooptada por el lenguaje económico, privado, (“eficiente”) que asocia el Derecho (burocrático...) a una mera “regulación externa” de los negocios “libres”, intereses (que nunca tienen rostro, y que nadie elige, aunque condicionan nuestra vida política) del mercado “eficiente”: costos de transacción... El derecho mismo es visto como un “costo” más de transacción... (como algo meramente “administrativo”, vaciado de todo ideal humano, de toda imagen humana, diría Hans Blumenberg<sup>8</sup>). Así crece el Análisis Económico del Derecho, Coase<sup>9</sup> (con su texto “el problema del costo social...”, el “costo” del trabajo... el fuero laboral como una “carga” tributaria...) Posner<sup>10</sup>. Economizar todo. Y Coase ha obtenido el Premio Nobel por sostener la tesis del “costo” social. Lo social como un problema que “cuesta”. La justicia social, dirían los neoliberales, como una vil “patraña” liberal-cristiana (dice Friedman). Ha retrocedido tanto la abogacía como ética pública, como lenguaje “de la justicia”, (“caro”) que debemos volver a decir algo que en el fondo es redundante y obvio (como no va a ser ante todo “pública” la abogacía!), pero como hemos retrocedido tanto, hace falta que lo volvamos a repetir: debemos volver a señalar la importancia de la abogacía *pública*, que defiende los intereses públicos, que son de todos<sup>11</sup>. No de un solo sector

<sup>8</sup> Blumenberg, H. *La legalidad del mundo*. Ed. Paidós. Barcelona. 2003.

<sup>9</sup> Coase, R. “The problem of social cost”. En *The Journal of Law and Economics* (octubre 1960), pp. 1-44.

<sup>10</sup> Posner, R. *The Economic Structure of the Law : The Collected Economic Essays of Richard A. Posner*, Volume One. Cheltenham, United Kingdom. 2001.

<sup>11</sup> No cuestionamos la desigualdad de “oportunidades”. cuestionamos la desigualdad de derechos. no hablamos de sectores “vulnerables”: Hablamos de sectores ya “vulnerados”. invertimos el eje de lo que se está discutiendo: la persona vulnerada demanda una reparación concreta a la situación que padece. Decir que es “vulnerable” y no vulnerada es echarle la culpa a la persona misma, como si la “vulnerabilidad” fuera algo propio de ella, que trae de nacimiento, (una “enfermedad”, una “discapacidad” inherente, propia) y no

o grupo privado. No está mal que haya abogados que defienden intereses particulares, o que hacen negocios particulares (y rentables) para las grandes empresas (las Companys, como decía Virginia Grutter en su poema sobre la paz). Lo que está mal es que asociemos y limitemos (o asimilemos) el “Derecho”, el concepto de Derecho (formal.), solo a eso, como pasa hoy. Y que olvidemos la base social, ética, pública, primera (humanista, poética<sup>12</sup> incluso, liberal, pero no neoliberal, que

---

algo que ella padece por la sociedad en la que vive. Son dos ejemplos de cómo el lenguaje importa y condiciona nuestra mirada. Cambiar unas letras puede marcar una diferencia.

<sup>12</sup> La connotación negativa de estas palabras tampoco es un accidente: filosofar, no vender un “verso”, la política como un mero “relato” (en el caso de la memoria, dirá Todorov, un relato que además es “incompleto”), no hacer “bardo” es no hacer “poesía” (palabra incompleta, palabra emotiva donde lo emotivo es algo malo, no fría). Es pedirle a la juventud que se calle. Que sea “fría”. Que no se comprometa “tanto”. Que deje de “bardear”. De causar problemas. De hacer poesía (de hacer bardo).. con el derecho. De hacer “lío”. De poner el cuerpo “sucio” (que fue desaparecido de la práctica terrorista pero también –antes- de la Teoría como algo “bajo”) con sus emociones “subjetivas” y “parciales” (*Leidenschaft* en alemán significa pasión, y viene de leiden, que significa sufrir) que “contaminan”-comprometen (dualismo cartesiano, positivismo lógico, Kelsen) el razonamiento jurídico “puro”, formal. Abstracto. Lógico. Distante. Frío. Insensible. “Objetivo”. Imparcial. “Neutral”. Correcto. Porque nos quieren (abogados-jueces) “neutrales”. (No nos quieren “poetas”, mucho menos abogados comprometidos que hacen “bardo”). El terrorismo de Estado tuvo su marco teórico. Por eso hoy predomina en el Derecho la lógica formal. No la poesía. Lo más importante es (parece ser ahora) cumplir con las “formas” del Derecho, cumplir con las formas “jurídicas”. Aunque muchas veces, detrás de la formalidad (burocratismo) se pierda el “fondo”. Se pierda –y se ha perdido- la “justicia”. La palabra. Se ha perdido el “bardo”. La capacidad de hacer “bardo” con –en- el Derecho. El bardo se ha convertido en una mala palabra. Y sin embargo el Derecho encuentra en él –en el bardo- su único origen. Su primera manifestación. El derecho no nace con la lógica “formal”. La formalización es un juego analítico posterior, vano, de un derecho que se cristaliza y ya no se atreve a avanzar: se trivializa luego de haberse codificado. (La trivialidad es el problema más grave que enfrenta la lógica). El Derecho nace con la poesía. Como poesía. Como palabra justa. Como reconocimiento. Por eso es un error el desprecio de Frege –uno de los padres de la filosofía analítica del lenguaje en Alemania- a las llamadas por él meras “notas de color”. El desprecio a la poesía es un error “analítico”. Un error “teórico” y “lógico” serio. No es una mera trivialidad de los “poetas”. (“putos”, “maricones”, que hacen “poesía rosa”, “del corazón”, como decía Perlongher, en el desprecio a la poesía

es algo distinto y posterior, por eso se introdujo el prefijo “neo”), de la abogacía como carrera: la abogacía pública, que no se reduce pero abarca naturalmente a la abogacía estatal. La abogacía pública se vincula a la defensa de los intereses del Estado, que son, como diría Hegel, los intereses de todos y que trascienden la mezquindad del interés

---

está presente ya toda la homofobia del Proceso genocida, heteronormativo, represor, violador, que dice que los abogados zurdos, HIJOS, además de “comunistas” que hacen memoria, como hacen –hacemos- poesía, somos además de todo, “maricones”, la poesía, como decía Juan Guzmán Tapia en Chile, es una “mariconada”, una “pendejada”, porque el “maricón” pone en la mesa lo que los genocidas desaparecieron: el “cuerpo” “puto”, el cuerpo que reaparece con toda su emoción “puta”, virulenta: corporalidad *que dice*. El cuerpo es algo que no se les perdona sobre todo a los varones, que deben ser duros como los “soldados”, no “maricones”). La mujer siempre fue corporalidad. Por eso defendemos, con Julián Axat, en la UBA, el lugar de la Poesía –metemos poesía (además la poesía es lo único que queda para decir realmente)- en el Derecho (Ciclo Poesía y Derecho en la Facultad de Derecho de la UBA, iniciado en 2015 y coordinado por el Departamento de Ciencias Sociales, a cargo del Prof. Dr. Ricardo Rabinovich-Berkmann). Reivindicamos el lugar de la Poesía –además de la Memoria y del cuerpo- en el Derecho porque reivindicamos el lugar de las emociones “impuras” (los cuerpos “aparecidos”, también de las mujeres negadas) para el razonamiento jurídico “abstracto” que se proclama(ba) “imparcial”. La poesía combate muchas cosas, también al patriarcado, no solo al dualismo cartesiano denegador de emociones “bajas”. Véase Urondo Raboy, A. y Croxatto, G. L. “No hagan bardo”. En *Diario Página 12*, Buenos Aires, Septiembre 2021. También puede verse la muestra *HIJOS. Poéticas de la Memoria*, en la Biblioteca Nacional, desde el 16 de septiembre hasta el 31 de Marzo de 2022. Lo que Martha Nussbaum, con su enfoque sobre las capacidades, desarrollaba a nivel teórico en su libro *Poetic Justice*, en la UBA, con los HIJOS, intentamos convertirlo en una experiencia real de “justicia práctica”. Haciendo justicia en los estrados reales, en los procesos ordinarios, en los juicios de lesa, con la palabra poética. Con la palabra como arma-testimonio. Como (dice Celaya) herramienta. La poesía puede servir (mucho más que la lógica... “formal”) como instrumento de la Justicia. Poesía como derecho. Poesía como primera identidad. Primera palabra. Vida. Verso como positivo. No como sinónimo de “mentira”. Hay palabras que se deforman adrede: no hagan “bardo”, eso es un “verso”, “garantismo”, no pueden ser (en una democracia) “malas palabras”. Lo son allí donde la injusticia predomina. Porque éste es su lenguaje “técnico”. Anti poético. Nada humanista. Nada real. Pura “formalidad” jurídica sin sustento. Apariencias. Simulaciones “jurídicas”. Son trampas “inidentitarias”, como afirma Ángela Urondo Raboy. No hacer “bardo” es no hacer poesía. Es pedirle a la juventud que no haga “poesía” con su cuerpo y su palabra. Que no se comprometa con nada. Que no se “meta”.

individualista, comercial, propio (idiota, etimológicamente señala el retiro de la vida pública al jardín privado, no es casual la publicidad de un banco HSBC que promete un “verano epicúreo”, los bancos sí saben de filosofía, en Grecia Epicuro postulaba el “retiro” y la anti política, el no compromiso social<sup>13</sup>), y nos abarcan como un todo. Como un conjunto. El bien común. El interés público es el interés que representa el Estado. No se puede “litigar” conceptualmente contra eso. Cuando litigamos contra el Estado, litigamos contra el sector público. Contra una parte de nosotros mismos, contra la cama en el hospital. Contra la escuela pública. Contra el asfalto en la ruta. Contra la ciencia argentina. El Estado es la Nación.

Sale muy caro la falta de preparación adecuada del abogado del Estado. Es un costo oculto y que no vemos. Tampoco se puede tercerizar esa capacitación ni esa defensa<sup>14</sup>. La primera enseñanza que intentamos transmitir en la ECAE es ese compromiso interno, vocacional, con la defensa nacional. Eso no está en los libros. Partimos de la base de que sale (y nos ha salido) muy caro no formar bien a nuestros abogados. Muchos sectores viven de hacerle juicio al Estado. Por eso la ECAE se ha propuesto como meta excluyente levantar el nivel académico de cada uno de sus programas. Nivelar para arriba para que las mejores cabezas queden del lado del Estado. No le tenemos miedo a la “meritocracia”. Porque somos conscientes de que la falta de preparación genera un costo enorme. Y nuestra sociedad no lo puede pagar. El Estado no puede seguir perdiendo juicios (perdiendo dinero) porque sus abogados no saben responder a tiempo o debidamente o defender como corresponde el interés público. Es fácil hacerle juicio al Estado. Deberá dejar de serlo. Debe ser difícil. Muy difícil. Se dice que el abogado del Estado está “desmotivado”, que no tiene “estímulo” (que sí tiene quien litiga contra el Estado). Puede ser: pero esa desmoralización del cuerpo de abogados, sin embargo, no es casual y es parte de lo que debemos revertir para recuperar la soberanía sobre nuestro propio país, en tantos aspectos hoy extranjerizado. No es casual el estado de abandono

---

<sup>13</sup> Por eso la estética de ciertas imágenes políticas que se armaban en un jardín, en un country o barrio cerrado.

<sup>14</sup> Véase Nota “El Estado no puede tercerizar la formación de sus propios abogados”, en el Diario *Comercio y Justicia*, Córdoba, 7 de septiembre 2021.

en que estaba la ECAE hace unos años: cuando la política pública tiene como eje el vaciamiento, el endeudamiento, ningún gobierno quiere un cuerpo de abogados sólidamente preparado para defender los intereses de la Nación, poniendo un límite al vaciamiento. Nada es más noble que defender el interés público. El Estado no puede tampoco tercerizar la formación de sus propios abogados en otros espacios. Terminamos con esa “tercerización” y recuperamos la maestría en abogacía del Estado en convenio con la UNTREF. Así como Cancillería no “delega” ni terceriza la formación del cuerpo diplomático, que se realiza a través del ISEN, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) no puede “tercerizar” ni delegar la formación de su cuerpo de abogados, que se debe realizar a través de la ECAE. En ambos casos, en la formación del servicio diplomático y en la formación del servicio jurídico de la Nación, debe primar siempre la defensa del interés público con un criterio de excelencia. Y la jerarquización profesional como meta. Capacitar para defender el interés público. No puede haber tercerización<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Nuestros pueblos ya no son realmente “soberanos”. El “financierismo” (como lo describe Ffrench Davis en Chile) destruye cualquier atisbo de “soberanía”. Un cuerpo de abogados consustanciado con la Nación debe repensar seriamente cual es su tarea.

Sostiene el Dr. Tulio Halperín Donghi que la Argentina vivió durante mucho tiempo (1930-1960) una “larvada guerra civil”. Una “historia de crisis constante”, una “anormalidad permanente”. Así define a una parte no menor de nuestra historia. Este parece ser ya casi un lugar común que nuestro Derecho legítima: vivimos hace treinta años (otros treinta) en estado formal de “necesidad y urgencia”. Un país no puede vivir siempre en estado de “urgencia”. Y si es así, debemos entender el por qué. Porque institucionalmente ya no tiene ningún sentido. No es “democrático”. Tampoco es culpa de un partido o régimen político. Argentina es una democracia, con defectos, como tantas otras, pero es un orden democrático. Con lo cual la “crisis” es de otro orden. Reconoce otro registro. Otro es su origen, probablemente más vinculado al reparto económico global y a la necesidad de tomar decisiones “ágiles” en las zonas de la periferia, sin tantas trabas “burocrático institucionales” (entiéndase aquí por burocracia institucional la base del Estado de Derecho y la división de poderes; la deuda externa, por ejemplo, debe ser tomada y evaluada por el Congreso de la Nación, algo que los últimos gobiernos no han hecho). Halperín Donghi, *T. Argentina en el callejón*. Ed. Ariel. Buenos Aires, 2006. pp. 75-76. También dice el historiador renombrado que el revisionismo histórico decadentista de Rodolfo Ortega Peña y Eduardo L. Duhalde rebajaba la historia a un “subgénero de la literatura”, de la novela: de la poesía... que estos historiadores



Si la abogacía *pública* necesita volver a ser puesta como eje de una discusión, es porque se la ha corrido de escena<sup>16</sup>. Y esto tampoco es causal.

---

y abogados, a la inversa, sí reivindican como una forma de testimonio y de acción jurídica efectiva en defensa de los derechos humanos. Concreta. Fuera del laboratorio formal, presuntamente “impolítico”. De decir lo que la historia objetiva, oficial, sería, no dice. Ha omitido decir. (Donghi, T. H. *El revisionismo histórico argentino como visión decadentista de la historia nacional*, Buenos Aires, Siglo XXI. 2003.)

<sup>16</sup> Necesitamos un marco teórico para realizar nuestra tarea... A diferencia de la abogacía como “técnica” privada, la defensa del Estado requiere una mayor comprensión doctrinaria. No es lo mismo gestionar intereses, que defender una Idea. No es lo mismo la rentabilidad abstracta, y vacía, que la idea –que la trasciende, y nos supone a todos- de Nación. De Carl Schmitt (sólo así se entiende su crítica al racionalismo ilustrado, que nosotros replicamos en nuestra crítica al tecnicismo economizador) pasando por Hegel, muchos teóricos del Estado debaten y profundizan estas categorías. No le tenemos que tener miedo, a su vez, a algunas palabras. No está mal “nivelar para arriba”, elevar la exigencia académica, el rigor técnico profesional, cuando de por medio se juega nada menos que la defensa del interés público, del Estado. Aspiramos a que las mejores cabezas queden del lado del sector público. Del lado del Estado, que es el “lado” de la sociedad. Por eso jerarquizamos los programas que se imparten en la ECAE, prestigiando a su cuerpo docente y nivelando para arriba la exigencia académica en las aulas de la ECAE. Porque de la formación rigurosa de los y las abogadas del Estado depende nada menos que la defensa del Estado argentino. Queremos que la ECAE sea un espejo del ISEN, en la medida en que se premia y reconoce el talento, la dedicación y el compromiso. Queremos que los mejores abogados, quienes sobresalen por su dedicación y talento, queden de este lado de la abogacía: del lado de la abogacía *pública*. Las mejores cabezas para defender el interés público. Sólo así la palabra “justicia” volverá a tener lo que hoy parece ya no tener: un sentido práctico.





# DOCTRINA

RUI CARLO DISSENHA

PABLO ANDRÉS FIGUEROA

YAMILA MARIAN CASTAGNOLA

MARÍA CAROLINA RENAUD

ANDRÉS RAITER

GUILLERMO RAÚL MORENO

MARTÍN RODRÍGUEZ LUNA

MARCELO JOSÉ SCHREGINGER

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

ELDA BEATRIZ SÁNCHEZ RAPELA

MARTÍN CORMICK

ALFONSO BUTELER

GUIDO LEONARDO CROXATTO

NATASHA SUÑÉ

JOSÉ MARÍA MARTOCCI

DOMINGO J. SESIN



---

# ENSAYO SOBRE LA ABOGACÍA DEL ESTADO, *HARD CASES* Y LA HERMENÉUTICA GADAMERIANA

---

RUI CARLO DISSENHA<sup>1</sup>

Universidade Federal do Paraná  
Centro Universitário Internacional -Brasil

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 29-49

Recibido: 7/3/2021 - Aceptado: 30/6/2021

**Resumen:** Aunque los vínculos constitucionales e institucionales de los agentes de la Abogacía del Estado les conlleven ciertos límites hermenéuticos para el entendimiento de lo que es el interés público, ese ejercicio no es tan simple cuando se trata de los dichos *hard cases*, situaciones puestas a la Justicia que no tienen solución directa determinada por la aplicación de la ley o de la jurisprudencia. A la medida en que el Abogado del Estado tiene un rol constitucional y debe buscar el interés público primario antes del interés público secundario, este ensayo discute si la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer puede ofrecer un aparato importante e interesante para brindar un criterio razonable, histórico, constitucional y jushumanista de la cuestión. El artículo discute esta cuestión partiendo de la compleja noción de interés público en la Constitución brasileña y su significado en el contexto de los casos difíciles. Se habla de la hermenéutica de Gadamer como una buena manera de ayudar a los Abogados del Estado a manejar este difícil tema.

**Palabras clave:** Abogacía del Estado; hermenéutica gadameriana; *hard cases*.

---

<sup>1</sup> Abogado Universidade Federal do Paraná. Centro Universitário Internacional. Curitiba-Paraná-Brasil. *E-mail:* ruidissenha@hotmail.com.



**Abstract:** Although the constitutional and institutional bounds of State Advocacy agents imply certain hermeneutical limits for the understanding of what the public interest is, this exercise is not so simple when it comes to the so-called hard cases, situations brought to justice that have no simple solution determined by the direct application of law or jurisprudence. Insofar as the State Attorney has a constitutional role and must pursue the primary public interest before the secondary public interest, this essay discusses whether Hans-Georg Gadamer's hermeneutics can offer an important and interesting tool to offer a reasonable, historical, constitutional and jushumanist solution to the problem. The article discusses this question departing from the complex notion of the public interest in Brazilian Constitution and its meaning in the context of hard cases. Gadamer's hemeneutics is discussed as a good way to help State Attorneys in handling this difficult issue.

**Keywords:** State Advocacy; Gadamerian hermeneutics; hard cases.

---

## 1. SOBRE EL SENTIDO DEL INTERÉS PÚBLICO A SER DEFENDIDO POR LA ABOGACÍA PÚBLICA

El sentido del interés público es tema importante en las discusiones de Derecho Administrativo, como elemento rector de la actuación del agente público. Eso no es, por supuesto, diverso en lo que se refiere a la carrera de la Abogacía Pública.

En el contexto brasileño, la Abogacía Pública fue rediseñada con la Constitución Federal del 1988. Hasta entonces, la defensa de los intereses de la Federación o de los estados era realizada por el Ministerio Público, estatal o federal, respectivamente. La acumulación de actividades del Ministerio Público no era, por cierto, la mejor forma de gestionar la cuestión porque obligaba el *Parquet*, como institución a una actuación exageradamente amplia, a la excepción, únicamente, de la existencia de una Procuraduría de la Hacienda Nacional con su competencia limitada al área fiscal determinada por su ley de regencia (Decreto-Ley n. 147/1967).

Las demandas de democratización surgidas con el fin de la dictadura militar brasileña han exigido una reconfiguración más grande de la máquina estatal, y, por cierto, de la defensa del interés público. Fue en

este contexto que la Constitución Federal del 1988 trató expresamente de la Abogacía Pública, regulada, especialmente, en los artículos 131 y 132 del texto constitucional. En esos dispositivos, después del título “De la Abogacía Pública” se aclara que la “*Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*” [Abogacía-General de la Federación es la institución que directamente o por medio de órgano vinculado, representa la Federación, judicial y extrajudicialmente, cabiéndole, en acuerdo con la ley complementaria que dispone sobre su organización y funcionamiento, las actividades de consultoría y asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo]<sup>2</sup>. El artículo está incluido en el capítulo IV del texto constitucional que trata “*das funções essenciais à justiça*” [de las funciones esenciales de la justicia] y ubica, lado a lado, la Abogacía Pública y el Ministerio Público (que tiene la incumbencia de la “*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” [defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles])<sup>3</sup>, la Abogacía privada y la Defensoría Pública, todos órganos que, separados del tradicional reparto tripartito del Estado, son responsables por la construcción de un modelo plural y democrático de justicia, a la medida que el propio texto constitucional les incluye, como cuarto elemento, en la mismo capítulo en que trata y detalla los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En ese contexto, la función de la Abogacía Pública en Brasil es especialmente el de “*representar os entes políticos, judicial e extrajudicialmente, bem como desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*” [representar los entes políticos, judicial y extrajudicialmente, como también ejercer actividades de consultoría y asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo]<sup>4</sup>. Conforme

<sup>2</sup> Artículo 131, *caput* en *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília.

<sup>3</sup> Artículo 127, *caput* en *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília.

<sup>4</sup> Di Pietro, M. S. Z. (2015). *Direito Administrativo – Pareceres* [Derecho Administrativo – Pareceres]. Rio de Janeiro: Forense, p. 51.

dilucida Di Pietro, la singular posición constitucional de la Abogacía Pública aclara que su condición de “*essencial à justiça*” [esencial a la justicia] no se agota en el hecho de que se constituye como órgano que compone un sistema de justicia, lo que le aporta espacio institucional. En efecto, la Abogacía Pública es esencial a la justicia porque también debe buscar la justicia como *valor* constitucional, como elemento que orienta y espiritualiza la función pública y el rol del Estado y es responsable por la construcción de un modelo democrático de sociedad – según lo establecido en la constitución<sup>5</sup>.

Se trata, por lo tanto, de función compleja. A fin de cuentas, a la vez en que la defensa realizada por la Abogacía Pública debe ser orientada para los intereses de los órganos que representa (la Federación, los estados o los municipios) no puede dejar de buscar los fines constitucionales que construyen las pretensiones determinadas por la Constitución del 1988, considerando que se trata de servicio público. Por ello, decir que se trata de una actividad *duplamente* pública: representa el Estado como *munus* circunstancial: realizada la justicia, como función constitucional fundamental. De todos modos, en ambas actuaciones, lo que se persigue es siempre el interés público.

Es en ese contexto que las dificultades pueden surgir en relación con la definición de lo que debe buscar la Abogacía Pública, pues no resulta siempre evidente qué es lo que significa el interés público a ser perseguido. No obstante que en el plan privado la abogacía no se deriva con este dilema, pues se ve obligada simplemente por las determinaciones deontológicas aplicadas como límites de la profesión – y, por cierto, a todo el ordenamiento jurídico – no se ve obligada a lo que se relaciona con el interés que debe defender, que es siempre privado (tomándose en cuenta que esta es la forma por la cual se puede oponer los derechos del agente privado a lo dichos públicos), la Abogacía Pública se encuentra a las vueltas con una definición de límites menos evidente. Al fin y al cabo, el interés público no resulta siempre ser el mismo interés del aparato administrativo estatal, que no raro, está condicionado a otros fines que pueden buscar intereses de orden político.

---

<sup>5</sup> Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça [La Abogacía Pública como función esencial a la Justicia].



Se hace necesario aclarar que dichos intereses de orden político que aportan cierta imprecisión al concepto de interés público no son, claro está, necesariamente ilegales. No se permite a la Administración Pública, por cierto, desinteresarse del interés público en ningún momento. Esa determinación que descorre del imperativo del principio de la *indisponibilidad del interés público*<sup>6</sup> que dirige las opciones del administrador. Asimismo, sin embargo, la doctrina reconoce como presente una distinción entre el interés público *primario* y el interés público *secundario*, que no se pueden confundir:<sup>7</sup> el interés público *primario* es el que orienta las opciones constitucionales; el interés público *secundario*, si es que puede ser reconocido, sería relacionado al “*aparelhamento unitariamente considerado*” [orden unitariamente considerado]<sup>8</sup>. Es el interés, por ejemplo, como reconocido en la

<sup>6</sup> Di Pietro, M. S. Z. (2019). *Direito Administrativo* [Derecho Administrativo] (32da ed.). Rio de Janeiro: Forense, p. 93.

<sup>7</sup> Justen Filho, M. (2005). *Curso de Direito Administrativo* [Curso de Derecho Administrativo]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 37.

<sup>8</sup> Alessi, R. (1970). *Instituciones de derecho administrativo*. T. 1. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, p. 184-185. Resonando y repitiendo el autor argentino en la explicación sobre la división entre esos intereses, Celso Antonio Bandeira de Mello explica: “*Essa distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente, na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrimen, contudo é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao enunciar que os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com interesses públicos propriamente ditos*” [Esa distinción a la cual se acaba de aludir, entre intereses públicos como tales – eso es, los intereses primarios del Estados y los intereses secundarios (que son los últimos a que se hizo referencia), es de tránsito común y corriente, en la doctrina italiana, y a un punto tal que, hoy, pocos doctrinadores de aquel país se ocupan de explicarles, limitándose a mencionar, como referencia a algo obvio, de conocimiento general. Este discrimen, sin embargo, esta expuesto con clareza ejemplar por Renato Alessi cotejando lecciones de Carnelutti e Picardi, al enunciar que solo se pueden buscar los intereses secundarios del Estado cuando coincidentes con los intereses primarios, eso es, con los intereses públicos primarios como tales]. En De Mello, C. A. B. (2007). *Curso de Direito Administrativo* [Curso de Derecho Administrativo] (24ra ed.). São Paulo: Malheiros, p. 64.

jurisprudencia, de obtener renta o la no repetición de la restitución de contribución pagada indebidamente<sup>9</sup>.

Al fin y al cabo, la Abogacía Pública se ve, por veces, entre *Cila* y *Caribde*, y encontrar un camino en estos incrementos abrumados no es

---

<sup>9</sup> Como ejemplo, la jurisprudência del Superior Tribunal de Justiça [Superior Tribunal de Justicia] reconoce esa condición: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AUTORIZANDO A COMPENSAÇÃO DE FINSOCIAL COM COFINS. SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE PERMITE COMPENSAÇÃO COM DIVERSOS DÉBITOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL. DÚVIDA DA EMPRESA. FORMULAÇÃO DE CONSULTA À RECEITA FEDERAL. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. (...) 7. O Código Tributário Nacional, ao disciplinar a Restituição do Indébito, é de fato silente quanto às circunstâncias que suspendem ou interrompem a prescrição em favor dos entes públicos. Da mesma forma, a legislação tributária esparsa, salvo engano, caracteriza-se pela mesma conveniente omissão. Daí não se pode extrair, entretanto, que inexistam “amparo legal” para a tese da empresa, até porque a instituição de hipóteses de suspensão ou interrupção da prescrição somente em benefício do Fisco, jamais em favor do contribuinte (quando este se tornar credor do Fisco), representaria medida ofensiva à isonomia, sendo descabido invocar aqui o princípio da supremacia do interesse público, pois os débitos do Fisco para com os contribuintes relacionam-se ao interesse público secundário, no qual o Estado não detém a prerrogativa de aplicar integralmente o regime de Direito Público. (...)” [PROCESO CIVIL Y TRIBUTARIO. SENTENCIA DEFINITIVA, AUTORIZACIÓN DE COMPENSACIÓN DE FINSOCIAL CON COFINS. SUPERVENIENCIA DE LEY QUE PERMITE COMPENSACIÓN COM DIVERSOS DEBITOS ADMINISTRADOS POR LA AGENCIA TRIBUTARIA NACIONAL. DUDA DE LA EMPRESA. FORMULACIÓN DE CONSULTA A LA AGENCIA TRIBUTARIA NACIONAL. SUSPENSIÓN DE PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. (...) 7. El Código Tributario Nacional, en lo que corresponde a la Restitución de Contribución Pagada Indevidamente no menciona las circunstancias que suspenden o interrumpen la prescripción en favor de los entes públicos. Asimismo, la legislación tributaria dispersa, salvo por un error, se caracteriza por la misma omisión. De ahí, no se puede extraer, entretanto, que no exista “amparo legal” para la tesis de la empresa, puesto que la institución de hipótesis de suspensión o interrupción de la prescripción solamente en beneficio del Fisco, jamás en favor del contribuyente (cuando este se vuelve credor del Fisco), representaría medida ofensiva a la isonomía, y no sería posible invocar aquí el principio de la supremacía del interés público pues los débitos del Fisco con los contribuyentes son relativos al interés público secundario, en el cual el Estado no tiene la prerrogativa de aplicar integralmente el régimen de Derecho Público (...)]. (Recurso Especial 1646725/CE. (2017, 14 de marzo). Superior Tribunal de Justiça. Ponente: Min. Herman Benjamin - Segunda Clase.)

siempre evidente. Es cierto que una regla constitucionalmente puesta es innegable, pues la Abogacía Pública debe buscar el interés público primario: “*havendo conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado. Por isso mesmo, é possível afirmar, sem medo de errar, que a advocacia pública, no exercício de suas atribuições constitucionais, não atua em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais, mas em defesa do Estado, pois este é que titulariza o interesse público primário*” [si hay conflicto, el interés público primario debe prevalecer sobre el interés público secundario, que tiene relación con el orden administrativo del Estado. Por esta misma razón, es posible afirmar, sin miedo de cometer errores, que la abogacía pública, en el ejercicio de sus funciones constitucionales, no actúa en la defensa del orden estatal o de los órganos gubernamentales, sino que, en defensa del Estado, pues es el Estado mismo que hace legítimo el interés público primario]<sup>10</sup>.

Entretanto, en el contexto de una Constitución dirigente como la brasileña, (que, tal vez, justamente por el momento histórico en que fue creada, de amplia democratización y de discurso político libre, hubo la pretensión de que abarcara una inmensidad de valores, algunas veces, en cierta medida, vastamente contradictorios), esa elección no es siempre tan simple. Al fin y al cabo, la alternancia democrática de poderes puede implicar cambios sencillos en proyectos de políticas públicas respaldados en interpretaciones políticas específicas del texto constitucional. En este sentido, por ejemplo, el “*direito de propriedade*” [derecho de propiedad] y su “*uso social*” [uso social]<sup>11</sup> pueden ser percibidos, por cierto, en un aspecto *macro*, como un compromiso público con vertientes más liberales o sociales de la gestión del patrimonio, pero en la gestión de las políticas públicas por los organismos institucionales (sobre todo en perspectivas *micro* como la de posicionamientos

<sup>10</sup> Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça [La Abogacía Pública como función esencial de la Justicia].

<sup>11</sup> El texto constitucional brasileño, en el artículo 5, que trata de los derechos y garantías fundamentales, determina, en la alinea XXII que “é garantido o direito de propriedade” [se garante el derecho de propiedad], para, en seguida, en la alinea XXIII, aclarar que “a propriedade atenderá a sua função social” [la propiedad atenderá su función social].

puntuales dentro de un contexto económico, por ejemplo) con la posibilidad de creación de divergencias evidentes sobre que es lo que se demanda específicamente por dicho interés público (cual de los ejes debe orientar, prioritariamente, por ejemplo, las determinaciones de una reforma agraria?).

Aunque dicha dificultad exista en general (sin olvidar que todavía puede ser potencializada por un modelo jerarquizado de la gestión pública y, en especial, de la Abogacía Pública) se vuelve aún más compleja delante de determinados *hard cases*, que son cada vez más debatidos, incluso, por la opinión pública. Sobretudo en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y la dignidad humana, la raya exacta entre el interés primario y el secundario no es tan clara.

## **2. SOBRE LOS *HARD CASES* Y LA DIFICULTAD DE DEFINICIÓN: CUAL ES EL ESPACIO ENTRE EL INTERÉS PÚBLICO PRIMARIO Y EL INTERÉS PÚBLICO SECUNDARIO FRENTE A LAS COMPLEJAS CONSTITUCIONES VIGENTES, COMO LA BRASILEÑA?**

*Hard cases* es la denominación doctrinaria para los casos a los cuales la solución jurídica huye de la obviedad. Aunque muchos estudiosos hayan propuesto respuestas para la solución de estas cuestiones, entre ellas la notoria divergencia entre Dworkin y Hart sobre el tema, los conflictos inherentes a esas situaciones nunca son sencillos y siempre motivan algún debate. Aunque existan divergencias sobre el sentido, contenido y alcance de la expresión<sup>12</sup>, *hard case* son aquellos casos en relación con los cuales la aplicación directa de la ley o de la jurisprudencia no sirve para solucionarles. En el texto de Dworkin, en los *hard cases* “*no settled rule dictates a decision either way, then it*

---

<sup>12</sup> Reiterando la dificultad de definición, Atienza acede a outra perspectiva cuando afirma que “Os casos difíceis por definição, são aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros” [Los casos difíciles por definición, son aquellos con relación a los cuales la opinión pública (ilustrada o no) esta dividida de tal manera que no es posible tomar una decisión capaz de satisfacer a unos y a otros]. Atienza, M. (2003). *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica* [Las razones del derecho – Teorías de argumentación jurídica] (3ra ed.). São Paulo: Editora Landy, p. 84.

*might seem that a proper decision could be generated by either policy or principle*" [ninguna regla dicta la decisión para un lado o para el otro, así, puede parecer que la decisión apropiada no se podrá generar ni por política ni por principio].<sup>13</sup>

La discusión de la cuestión crea un sin número de propuestas de solución desde el recurso a los principios, a la política, a la discrecionalidad, en fin, a un haz completo de substratos de decisorios a proponer criterios de decisión de los *hard cases*. Aunque la cuestión sea, obviamente, de extremada importancia para los magistrados, cuando se parte del presupuesto que cualquier agente público debe actuar conforme al interés público, queda evidente que también la Abogacía Pública se encuentra a las vueltas con ese dilema cuando necesita defender los intereses del Estado, especialmente los intereses públicos secundarios. Al fin y al cabo, en que medida exacta el interés secundario de la Gestión es un interés, de hecho, secundario, y así, ¿eventualmente divergente del interés primario orientado constitucionalmente?

En ese contexto la defensa del Estado puede crear conflictos aparentemente insolubles o pasibles de solución apenas en cuestiones límite. En la experiencia brasileña estos temas han sido llevados con frecuencia al Poder Judicial, y sobre todo, se ha demandado al Supremo Tribunal Federal posiciones en definitivo sobre cuestiones que son, como mínimo, difíciles. A los fines de este estudio, se utilizan dos ejemplos, sin ninguna intención de universalizar la cuestión y sus respuestas, para, simplemente demostrar como la conflictividad es inherente a estos temas: discusiones sobre la obligación del Estado de pagar por fármacos de alto costo y la obligación de invertir en el sistema carcelario.

La casuística referente al pago de los fármacos por el Estado, cuando se trata de medicación de altísimo costo, pone en oposición algunos de los intereses que son, todos, de una forma u otra, respaldados por el texto constitucional. De una parte, los portadores de enfermedades raras dependen de los tratamientos medicamentosos de costo tan alto que no puede ser pagados individualmente. Estos

---

<sup>13</sup> Dworkin, R. (1975). *Hard Cases*. *Harvard Law Review*, 88(6), p. 1058.

pacientes hacen valer su derecho a la salud pública o la vida (garantizados constitucionalmente) al acceder al Poder Judicial solicitando al poder público que asuma los costes, pues, de lo contrario, estarían predestinados a la muerte. Por su turno, el Estado presenta su defensa alegando la imposibilidad de asunción de los costes debido al hecho de que los límites presupuestarios impiden imputar de forma inmediata los valores necesarios, y que, desde el punto de vista público, no hay ningún sentido en el gasto de altísimos importes de dinero con apenas un paciente en un contexto de salud pública – todo con el soporte constitucional. En este contexto, cabe a la Abogacía Pública defender el interés del Estado que, se posiciona contrariamente al derecho a la salud del demandante, y, en consecuencia, por la negativa de la concesión del fármaco que inevitablemente llevará al paciente a la muerte: la elección trágica, en este caso, no es siquiera, figurativa, pues la defensa del Estado implica sostener el argumento de que todos, un día, morirán y ese es una carga que no debe recaer sobre el aparato público.

Por otra parte, delicadas cuestiones sobre el sistema carcelario han emergido y se convirtieron en problemáticas junto al Supremo Tribunal Federal, especialmente en los últimos diez años. Hecho notorio, la situación carcelaria en Brasil es una de las más difíciles del mundo. Esta cuestión es reconocida a nivel internacional<sup>14</sup> y nacional<sup>15</sup> por un amplio espectro de agente administrativos y judiciales y se convirtió en uno de los grandes temas que reivindican discusión en el contexto brasileño.

En el plano judicial, el Supremo Tribunal Federal ha decidido varias cuestiones referentes al sistema carcelario en los últimos cinco años, desde la obligación de indemnizar a los sentenciados sometidos a condiciones insalubres hasta la posibilidad de prisión en régimen

---

<sup>14</sup> United Nations. Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. (2016). *Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October: observations and recommendations addressed to the State party: report of the subcommittee* (Country report).

<sup>15</sup> Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2009). *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*; Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2015). *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro*.

abierto ante la falta de espacio en las prisiones. En este proceso, fue especialmente importante la “*Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 147*” [Acción Legal por Incumplimiento del Precepto Fundamental n. 147] en que se reconoció, expresamente, que las condiciones del sistema carcelario brasileño son *indignificantes*, y que este descenso al “*inferno de Dante*” [infierno de Dante]<sup>16</sup> caracteriza un “*estado de coisas inconstitucional* [estado de cosas inconstitucional]<sup>17</sup>”. Pero más importante para este texto es el caso del Recurso Extraordinario n. 592.581/MS<sup>18</sup> en el cual el Supremo Tribunal Federal se vio obligado a discutir la obligación, por el poder público, de aumentar el espacio en una penitenciaria en especial, por hacinamiento, y el argumento del Estado que no podría reubicar fondos, dadas las limitaciones presupuestarias que obligan la gestión.

Mas allá de las cuestiones de fondo – muy complejas – planteadas en todos esos fallos, que tratan, especialmente, de las dificultades financieras y presupuestarias, más allá de la posibilidad del Poder Judicial de imponer una obligación al Ejecutivo en contra de su discrecionalidad de gastos, en todos estos casos emergió el argumento de la “*reserva do possível* [reserva de lo posible]”. Se señala que la referida construcción teórica tiene su cuna en Alemania en los años setenta, alrededor de la controversia que involucraba al acceso a la educación superior pública y la restricción en el número de cupos, y relacionada a la oposición entre derechos fundamentales de los ciudadanos y la disponibilidad de reservas financieras por parte del Estado, que deberían ser gestionadas de acuerdo con su discrecionalidad<sup>19</sup>. Según Figueiredo e Sarlet, la

<sup>16</sup> Habeas Corpus 126.292/SP. (2016, 16 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Teori Zavascki, p. 98.

<sup>17</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. (2016, 19 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Marco Aurélio, p. 86.

<sup>18</sup> Recurso Extraordinário 592.581/RS. (2015, 15 de agosto). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>19</sup> Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações [Reserva del posible, mínimo existencial y derecho a la salud: Algunas aproximaciones]. In I. W. Sarlet, L. B. Timm (Eds.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. [Derechos Fundamentales: presupuesto y “reserva del posible”] Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 29.

cuestión “...apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima correlação com a distribuição de receitas e competências tributárias e (...) c) na perspectiva do titular do direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação” [... presenta por lo menos una dimensión triple que comprende a) la efectiva disponibilidad de hecho de los recursos para la garantía efectiva de los derechos fundamentales, b) disponibilidad jurídica de los recursos materiales y humanos, que tiene íntima correlación con la distribución de ingresos y competencias tributarias y (...) c) en la perspectiva del titular del derecho a las prestaciones sociales, la reserva de lo posible involucra el problema de la proporcionalidad de la prestación]<sup>20</sup>.

Las dos situaciones se presentan como *hard cases* evidentes, pues no hay solución simple brindada por la norma o por la jurisprudencia, y, en cierta medida, las posiciones en conflicto son orientadas por interpretaciones constitucionales sostenidas en el texto: de una parte, por la garantía de la dignidad humana, por otra parte, por la competencia y los límites negativos para la gestión del presupuesto. En ninguno de esos cuadros, se hace evidente cual es el interés público primario o secundario.

A la Abogacía Pública, quien representará los intereses de la Gestión Pública en los procesos, queda simplemente la opción de acostarse en el lecho de *Procurator* y defender un posicionamiento que siempre violará en texto constitucional en algún sentido. Lógicamente, en el caso de los procesos en análisis, la Abogacía Pública ha tenido que defender como interés público primario, el rechazo de la dignidad humana: no es posible solucionar el problema de la garantía de la dignidad humana de los enfermos que necesitan fármacos de alto costo o de los detenidos

---

<sup>20</sup> Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. [Reserva del posible, mínimo existencial y derecho a la salud: Algunas aproximaciones] In I. W. Sarlet, L. B. Timm (Eds.), *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”* [Derechos Fundamentales: presupuesto y “reserva del posible”]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 30.



que están en celdas hacinadas porque, *aunque se sienta mucho*, las reglas constitucionales presupuestarias y la inevitable responsabilidad de los agentes públicos por violación de los techos definidos por ley imponen límites a la dignidad del ciudadano a lo que es *posible* realizarse por el gestor, no a los que es *deseable*.

Parece evidente que, en ese contexto, un plan de jerarquía pública desempeña un rol importante y obliga a la Abogacía Pública a la elección de estas posiciones delicadas. La Gestión Pública demanda la defensa de la reserva de lo posible y la interpretación de lo que es la reserva de lo posible cabe al agente público responsable. Eso no es problemático, en verdad, pues los límites entre el interés público primario y secundario parecen, de alguna manera, borrosos, si se considera que cualquier derecho fundamental, según la defensa de este posicionamiento famoso<sup>21</sup>, implica costos. El privilegio para el que esté detenido o para aquel enfermo implicará, por cierto, que otro detenido u otro enfermo, que no hayan tenido acceso al Poder Judicial dejen de recibir sus derechos fundamentales.

En fin, la pertenencia al cuerpo administrativo y la estructura piramidal de la carrera – en la cual el jefe es, de hecho, nombrado por el Presidente de la República<sup>22</sup> – soluciona el dilema moral al que podría estar sometido el abogado público. Pero la pregunta que se hace es, a pesar de la perspectiva jerárquica, ¿habría algún criterio que pueda orientar a la Abogacía Pública antes tales conflictos delicados? O sea, si hubiera libertad, ¿qué es lo que debería orientar la Abogacía Pública cuando el texto constitucional, como el brasileño, ofrece innumerables posibilidades argumentativas contradictorias? ¿Qué debe orientar el abogado público ante un *hard case*?

---

<sup>21</sup> Holmes, S., & Sustain, C. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* [El Costo de los Derechos: Porque la Libertad Depende de los Impuestos]. New York: W.W. Norton Company. No se ignoran las importantes críticas en contra de este posicionamiento, pero no cambian el contexto de este trabajo y, por eso, no se desarrollan aquí.

<sup>22</sup> Artículo 131, § 1º, en *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília.

### 3. SOBRE LA BÚSQUEDA DE UN CRITERIO Y LA NECESIDAD DE UNA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL HISTÓRICA SEGÚN GADAMER

La verdad es que no hay criterios claros en este sentido. Tampoco puede el abogado público orientar su elección según criterios de mera política personal.

Una senda posible, es el reconocimiento de un contenido constitucional mas allá de una simple selección de la norma, un contenido con una aproximación del ser y de su potencial de realización en sentido normativo. Si el lenguaje está sujeto a limitaciones recurrentes del hecho, del sujeto y será contextualizado por la historicidad y por la cultura, los enunciados, no son, por cierto, fáciles o perfectos y necesitan, por lo pronto, de algún orden de atención en cuanto al significado. El proceso hermenéutico, por lo tanto, es esencial en el paradigma del lenguaje que ordena la comprensión normativa contemporánea y desvela los sentidos posibles de la norma – justo los sentidos capaces de construir el interés público que se busca según un “*ato de interpretação criativa dos sentidos*” [acto de interpretación creativa de los sentidos]<sup>23</sup>.

Si es con Heidegger que hay una disociación completa de la lógica sujeto-objeto, abriéndose las puertas para una hermenéutica constitucional en construcción con el sujeto-en-mundo y mucho más histórica, es con Gadamer que se puede ir adelante en ese proceso en el sentido de alcanzar una hermenéutica efectivamente abierta a la experiencia del mundo que lo comprende como parte de la propia conformación del ser<sup>24</sup>. Esta construcción gadameriana permite un repensar de los conceptos a partir del contexto comunitario, por el cual se da la “ *fusão de horizontes*” [fusión de horizontes] entre

<sup>23</sup> Borges, G. R. (2016). *Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos* [Filosofía y teoría del derecho: breves apuntes] Curitiba: IFDDH, p. 465.

<sup>24</sup> Alves, J. R. B. (2020). *Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* [Hermenéutica Constitucional y el Derecho de Resistencia: De la Filosofía del Lenguaje al surgimiento de nuevos actores en el proceso democrático] (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil), p. 49.

interprete y tradición<sup>25</sup>, un diálogo que abre el proceso hermenéutico – lo que es especialmente importante en el plan constitucional – para el contexto sociocultural en que se interpreta el concepto de interés público.

Esa apertura de la hermenéutica según la filosofía práctica que es defendida en Gadamer, opera un ejercicio importante del reconocimiento de las necesidades sociales y es imperativo en un contexto de sociedades en desarrollo, caracterizadas, especialmente, por un salvaje (y cruel) alejamiento de las determinaciones normativas constitucionales – sobretodo las referentes a los derechos sociales – de la realidad social en la que debería aplicarse. De hecho, esa apertura permite la comprensión de lo real en el proceso hermenéutico, que es algo capaz de ofrecer al intérprete las demandas contextuales, pero democratizadas, del momento en que se vive, releyendo los textos normativos y su sentido en el espacio de la vida práctica comunitaria.

En ese contexto, la propia pertenencia del Abogado del Estado al mismo poder público que defiende es un límite del agente para la aceptación del rol de la tradición con relación a la que necesita estar abierto para la perfecta y profunda comprensión del mundo del cual va a tratar públicamente. Y esa pertenencia es todavía más compleja que la estructura y la subordinación que se espera del cargo. Es evidente, como recuerda Di Pietro, “*a inserção da advocacia pública dentro da organização hierárquica da Administração Pública pode comprometer a autonomia da instituição e a independência de seus membros no exercício de sua função de defesa do interesse público primário*” [la inserción de la abogacía pública dentro de la organización jerárquica de la Gestión Pública puede comprometer la autonomía de la institución y la independencia de sus miembros en el ejercicio de su función de defensa del interés público primario]<sup>26</sup>. Pero para eso hay remedios, tales como el acceso a la carrera por concurso público y otros beneficios de los que gozan los funcionarios públicos. Desconsiderar la tradición

<sup>25</sup> Batista, G. S. (2015). Compreensão, fusão de horizontes e filosofia prática [Comprensión, fusión de horizontes y filosofía práctica]. *Pensando – Revista de Filosofia*, 6(12), p. 95.

<sup>26</sup> Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça [La Abogacía Pública como función esencial de la Justicia].

preocupa más cuando reconocida en un sentido de pertenencia a la clase lo que implicaría la adopción de un método hermenéutico de construcción del interés público basado en la única resonancia con lo que quiere y dice la máquina pública. La falta de consideración a lo social, por lo tanto, resultante de una afinación armónica institucional es lo que preocupa en el rol de la Abogacía Pública. El defensor del Estado que no pasa de un burócrata, pierde sus días en la repetición del *status quo*.

Evidentemente el Abogado del Estado no puede perder de vista el hecho de que ejerce un rol en un contexto específico - incluso constitucional. Pero esa dimensión no se confunde con el servilismo a los intereses de la estructura de gobierno para el cual actúa. En la perspectiva gadameriana, la hermenéutica es realizada en un contexto que tiene en cuenta tanto la autoridad como la tradición, pues la historicidad del proceso interpretativo hace reconocer que el propio intérprete lleva consigo sus prejuicios históricamente construidos y contextualizados, pues, en verdad “*não é a história que nos pertence, mas somos nós que pertencemos a ela*” [no es la historia que nos pertenece, somos nosotros que pertenecemos a ella] de forma que “*os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*” [los prejuicios de un individuo, mucho más que sus juicios, constituyen la realidad histórica de su mismo ser]<sup>27</sup>. En ese sentido, el método ofrecido por el autor alemán permite una contextualización mucho más histórica del sujeto y, por lo tanto, también, del rol que lleva a cabo en plan social y constitucional, sin ignorar que hay más además de todo eso. El interés público, por lo tanto, es más de lo que dice ser la máquina pública, es más de lo que dice la autoridad<sup>28</sup>, aunque no

<sup>27</sup> Gadamer, H.-G. (2008). *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* [Verdad y Método I – Fundamentos de una hermenéutica filosófica] (9na ed.). Petrópolis: Vozes, p. 368.

<sup>28</sup> Autoridad, aquí, por lo tanto, no es la “aceitação cega de elementos passados e como antagonica da razão e da liberdade, pois que ela é antes uma atribuição a pessoas em que a legitimidade (da autoridade) estaria não na submissão pura e simples, mas em atos de reconhecimento e conhecimento quanto à superioridade de juízo de um outro, neste ponto, acima de nós mesmos, a quem se reconheceria, de moco consciente, uma visão mais acertada; logo, não haveria contrariedade da razão com a liberdade, nem tampouco constituiriam

se pueda ignorar lo que dice esa autoridad evidentemente insertada al contexto constitucional.

El “círculo hermenéutico” producido por el reconocimiento de la historicidad permite una recreación incesante del texto interpretado que, por cierto, depende de la tradición, pero que no ignora la distancia entre esa tradición y la pertenencia a esa misma tradición, que es justamente lo que abre el proceso para un “*acontecimento existencial do ser*” [evento existencial del ser] que<sup>29</sup>, por esa misma razón no ignora que el intérprete “*está integrado em uma comunidade na qual somos o que somos, cuja ligação só ocorre por meios linguísticos, de modo que o entendimento se dá pelo ser comunitário, que é o próprio ambiente comunitário, o que permite o resgate da tradição e dos preconceitos*” [está integrado en una comunidad en la cual *somos lo que somos*, y el enlace ocurre solamente por medios lingüísticos, de modo que la comprensión se da por el ser comunitario, y es el propio ambiente comunitario, el que permite el rescate de la tradición y de los prejuicios]. Esa “ *fusão de horizontes*” [fusión de horizontes] permite, por lo tanto, una interpretación abierta y, por cierto, más democrática porque, en ella, ignorar el contexto en el cual se aplica la norma interpretada no es sostenible.

---

conceitos excludentes” [aceptación ciega de elementos pasados y como antagónica de la razón y de la libertad, pues que ella es antes una atribución a personas en relación a las cuales la legitimidad (de la autoridad) no estaría en la pura y simple sumisión, pero en las acciones de reconocimiento y conocimiento cuanto a la superioridad del juicio de un otro, en este punto, arriba de nosotros mismos, a quien se reconocería conscientemente, una visión mas acertada; no habría contrariedad de la razón con la libertad, ni tampoco constituirían conceptos excluyentes]. En Alves, J. R. B. (2020). *Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* [Hermenéutica Constitucional y el Derecho de Resistencia: De la Filosofía del Lenguaje al surgimiento de nuevos actores en el proceso democrático] (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil), p. 56.

<sup>29</sup> Alves, J. R. B. (2020). *Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* [Hermenéutica Constitucional y el Derecho de Resistencia: De la Filosofía del Lenguaje al surgimiento de nuevos actores en el proceso democrático] (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil), p. 58.

Es en ese sentido que el interés del Estado no es el interés del gobierno, pero algo más profundo y constitucionalizado que incluye la experiencia de lo real, del mundo, de la fusión de horizontes. Eso, en países de profunda disonancia socioeconómica y substancial déficit democrático, demanda más “abogados” y menos “del Estado”; agentes públicos más aptos a entender problemas socializados que huyen a la perspectiva del gobierno o del Estado y necesitan transitar más allá, incluso del texto constitucional, en búsqueda del *sentido* constitucional.

El rol que se reserva a la Abogacía Pública, por lo tanto, no es de los fáciles. Aplastado entre la jerarquía, la política y el interés público, se nota alguna dificultad para que el abogado público actúe de forma constitucionalmente consciente.

Sin embargo, no hay opción en un Estado democrático de Derecho en países de escaso desarrollo, como el que se vive en América Latina, sino que se pase a pensar más allá de los paradigmas construidos en el hemisferio Norte. Sin tener en cuenta el modelo económico en el que se actúa, el abogado público no puede perder su *raya democrática*: debe buscar, en el pequeño espacio que tiene, como es que el contexto constitucional permite un interés público de amplia gama social, de penetración profunda en la división de clases y de amplia redistribución de justicia.

No obstante, una interpretación del interés público realizada en ese sentido no permite una comprensión de los derechos humanos como divisibles, indicando que es posible pensar derechos negativos sin derechos prestacionales, por eso va en contra de todo lo que es necesario para un contexto verdaderamente democrático de sociedad<sup>30</sup>. Es esencial que se haga un análisis del contexto social en el cual se instala la actuación del abogado público en defensa del Estado – no se trata de defender una institución, sino un contexto más grande en que esa institución debe ser considerada como contextualizada en el espacio sociocultural-histórico en que se ubica. Solamente así se ven los privilegios, desarmonías y violencias estructurales que necesitan,

---

<sup>30</sup> Croxatto, G. L. (2015). Operatividad y reconocimiento: el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derecho Público*, 3(7), p. 119 y ss.

en nombre del interés público contextualizado más allá del texto constitucional, ser combatidos por la Abogacía Pública que defiende un Estado democrático y social de Derecho, y no solo una máquina gubernamental.

Interpretar *gadamerianamente* el sentido del interés público implica, en países como Brasil o Argentina, ubicarse contra la creencia en la construcción de una sociedad que solo es europeizada en el contexto normativo, pues en el plan de la realidad reina todavía un cuadro sociocultural de penuria humana – potenciados por crisis económicas, asaltos liberalizantes de mercado y pandemias sanitarias. De otra forma se perpetua la creencia en un texto constitucional europeo, blanco, heterosexual y cristiano, basado en la libertad del individuo que firma el contrato social, sobre una sociedad latinoamericana, negra, indígena, plural, que todavía sufre de las heridas de ser colonia y de ser esclava, en una indigestible asimetría de un *ser* gobernado por un *deber ser* cuyas ideas están fuera de lugar<sup>31</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- Alessi, R. (1970). *Instituciones de derecho administrativo*. T. 1. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial.
- Alves, J. R. B. (2020). *Hermenêutica Constitucional e Direito de Resistência: Da Filosofia da Linguagem ao surgimento dos novos atores no processo democrático* (Tesis de maestría, Centro Universitário Internacional, Curitiba, Brasil).
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. (2016, 19 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Marco Aurélio. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.
- Atienza, M. (2003). *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica* (3ra ed.). São Paulo: Editora Landy.
- Batista, G. S. (2015). Compreensão, fusão de horizontes e filosofia prática. *Pensando – Revista de Filosofia*, 6(12), p. 94-109.

---

<sup>31</sup> Schwarz, R. (2014). *As ideias fora do lugar*. [Las ideas fuera de lugar]. São Paulo: Companhia das Letras/Penguin.

- Recuperado de <https://revistas.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/4543>.
- Borges, G. R. (2016). *Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos*. Curitiba: IFDDH.
- Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2009). *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Recuperado de <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>.
- Brasil. Congresso Nacional - Câmara dos Deputados (2015). *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro*. Recuperado de <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).
- Croxatto, G. L. (2015). Operatividad y reconocimiento: el problema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derecho Público*, 3(7), p. 117-163. Recuperado de <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/70586>.
- De Mello, C. A. B. (2007). *Curso de Direito Administrativo* (24ra ed.). São Paulo: Malheiros.
- Di Pietro, M. S. Z. (2015). *Direito Administrativo – Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense.
- Di Pietro, M. S. Z. (2016). A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>.
- Di Pietro, M. S. Z. (2019). *Direito Administrativo* (32da ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Dworkin, R. (1975). Hard Cases. *Harvard Law Review*, 88(6), p. 1057-1109. Recuperado de <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1975-hard-cases.pdf>.
- Gadamer, H.-G. (2008). *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (9na ed.). Petrópolis: Vozes.



- Habeas Corpus 126.292/SP. (2016, 16 de febrero). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Teori Zavascki. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.
- Holmes, S., & Sustain, C. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company.
- Justen Filho, M. (2005). *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. (2016). *Visit to Brazil undertaken from 19 to 30 October: observations and recommendations addressed to the State party: report of the subcommittee (Country report)*. Recuperado de [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fOP%2fBRA%2f3&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fOP%2fBRA%2f3&Lang=en).
- Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2008). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. In I. W. Sarlet, L. B. Timm (Eds.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"* (p. 13-50). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Recurso Extraordinário 592.581/RS. (2015, 15 de agosto). Supremo Tribunal Federal. Ponente: Min. Ricardo Lewandowski. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>.
- Recurso Especial 1646725/CE. (2017, 14 de marzo). Superior Tribunal de Justiça. Ponente: Min. Herman Benjamin - Segunda Classe. Recuperado de <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201603379525&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>.
- Schwarz, R. (2014). *As ideias fora do lugar*. São Paulo: Companhia das Letras/Penguin.

---

# EL DERECHO HUMANO Y CONSTITUCIONAL AL SUFRAGIO ACTIVO

---

PABLO ANDRÉS FIGUEROA<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 50-72

Recibido: 15/3/2021 - Aceptado: 19/7/2021

**Resumen:** El presente trabajo tiene como propósito reflejar al sufragio como un Derecho Humano Universal y un Derecho Constitucional con su recepción en los diversos tratados internacionales en que la República Argentina es parte. Se hace alusión también a la importancia que tiene la democracia para nuestro país y un recorrido acerca del derecho al voto. El sufragio es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del pueblo del Estado, que, en cuanto a actividad, exterioriza un acto político convirtiéndose el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos. Este relevamiento hace un recorrido por los diversos instrumentos constitucionales que adhiere nuestro país en el convencimiento de que democracia no es solo votar, sino que se convierte en un derecho propio del ciudadano que todos los Estados deben respetar bajo criterios de legalidad y justicia.

**Palabras claves:** Derechos Humanos - Derecho Constitucional - Derecho Electoral - Voto

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomado en Escuela de Gobierno (Instituto Nacional de Capacitación Política). Diplomado en Gestión Pública y Mandos Medios (Universidad Nacional de Villa María).



**Abstract:** The present work aims to reflect suffrage as a universal Human Right and a Constitutional Right with its reception in the various international treaties to which Argentina is a party. Allusion is also made to the importance of democracy for our country and a journey in the right to vote.

Suffrage is a public right of a political nature, reserved for active members of the people of the State, which, in terms of activity, expresses a political act, making the right to vote one of the essential elements for the existence of democracy and a of the ways in which citizens freely express their will and exercise the right to political participation. This right implies that citizens can decide directly and choose freely and under conditions of equality those who will represent them in decision-making in public affairs.

This work takes a tour of the various constitutional instruments that our country adheres in the conviction that democracy is not only voting, but that it becomes a citizen's own right that all States must respect under criteria of legality and justice.

**Keywords:** Human Rights - Constitutional Law - Electoral Law - Voting

---

## INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo nace en el marco de la declaración de Pandemia ocurrido por la aparición y propagación a nivel mundial del Covid-19.

Un virus novedoso que ha logrado detener al mundo y con ello, la normalidad en la vida de las sociedades, su economía, su educación y también la normalidad en el desarrollo de sus procesos democráticos de elección de autoridades.

El interés personal por dicha temática responde a que en todas las publicaciones jurídicas que he leído en los últimos meses, ninguna recorre en profundidad una importante y trascendente temática para las sociedades del mundo, esto es, como han de elegirse las autoridades democráticas y como podría manifestarse la voluntad popular, aún en presencia de virus, miedos, distancias y barbijos. En definitiva, atender a que el ejercicio de este Derecho al sufragio, segura el despliegue de todos los otros, por eso su relevancia.

Este documento tiene como propósito reflejar al sufragio como un Derecho Humano universal. Su recepción por los diversos tratados internacionales en que la Republica Argentina es parte. Se hace alusión también a la importancia que tiene la democracia para nuestro país y un recorrido en el derecho al voto.

Son épocas en que estamos plagados de incertidumbres y medidas de excepción en todos los sectores. El Derecho como ciencia social está tratando de brindar respuestas como un fenómeno creado por el hombre para procurar lograr la previsión de las conductas humanas de manera general y en épocas de normalidad.

Es, así pues, que, en este marco, la presencia de este virus hace que el Derecho deba adaptarse y hasta reconvertirse para no perder de vista su objetivo y finalidad de elaboración de criterios comunes en la necesidad de a pesar de todo, seguir contando con un vigente contrato social más allá de que la sociedad esté cambiando, involucionando o evolucionando, eso lo veremos más adelante.

En el planeta y a pesar de la presencia del Coronavirus se han podido desarrollar elecciones democráticas, muchas se han suspendido, otras han merecido prorrogas en su realización con lo que se logra apreciar que a pesar del temor por este virus, la sociedad procura recomodarse para cuidar también, la salud de la Democracia.

El desplégue de un acto electoral trae consigo el movimiento de personas, reunión y agrupamiento de electores, espacios cerrados, condimentos que van en contra de las recomendaciones sanitarias. Pero más allá de la situación médica que nos encontremos es necesario recalcar que se deberán articular las estrategias de organización necesaria y pertinente que posibiliten que el ejercicio al voto sea seguro y no una fuente de contagios. Todo ello será posible gracias a un prolijo y ordenado planeamiento electoral que las autoridades electorales deberán realizar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el sufragio es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del pueblo del Estado, que, en cuanto a actividad, exterioriza un acto político.

En similar análisis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha podido expedir en el sentido que “El derecho al voto es uno de

los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos”

El ejercicio del sufragio encuentra sustento en el principio de la soberanía del pueblo e importa también la tutela de un derecho colectivo a la participación de los ciudadanos en el gobierno del Estado, que resulta esencial para el sustento de la sociedad democrática y que ha sido reconocido desde los comienzos mismos del constitucionalismo argentino.

## DEMOCRACIA

El Diccionario Electoral<sup>2</sup> define al término “democracia” como la forma de organización social más importante concebida por los seres humanos a lo largo de la historia. Su difusión universal a partir de la segunda mitad del siglo XX y primera del siglo XXI, dan fe de su trascendencia para las sociedades de la gran mayoría de los países del mundo.

El término tiene su origen etimológico en el vocablo δημοκρατία, *dēmokratía*, acuñado en la Grecia antigua. Combina dos expresiones: “demos”, que quiere decir pueblo, y “kratos”, que quiere decir gobierno. El principio fundamental que contiene es el del gobierno del pueblo. El presidente de los Estados Unidos, Abraham Lincoln (1809-1865), precisó el concepto al afirmar que la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Con magnífica claridad y acierto, el profesor universitario y especialista en Derecho Electoral, José Pérez Corti (2018)<sup>3</sup> ha dicho que

---

<sup>2</sup> Diccionario Electoral. – Tomo 1 – Instituto interamericano de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ San José, C. R. : IIDH, 2017. (Serie Elecciones y Democracia)

<sup>3</sup> PEREZ CORTI, José M. “*Democracia, elecciones y función electoral*”. Publicado en: Sup. Const. 2018 (septiembre) , 3 • LA LEY 2018-E , 864 Cita Online: AR/DOC/810/2018

“Delinear una noción de democracia es una empresa intelectual compleja sobre un universo en constante cambio, ya que estamos ante una expresión de vasta tradición histórica, utilizada en múltiples sentidos con muy variados significados y, por consiguiente, sin un valor científico preciso; caracterizada por una forma y un contenido inacabados que reflejan una dinámica cambiante a lo largo del tiempo”.

La democracia como sistema parte en la actualidad de la premisa de que todos los seres humanos nacemos iguales, con los mismos derechos y los mismos deberes, que establece nuestra vida en comunidad. Somos depositarios del poder y sólo de nosotros emana la decisión del tipo de administración que nos otorgamos.

Existen en el mundo, varios tipos de democracias: Directa, representativa, participativa.

## LA DEMOCRACIA EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Argentina adopta el tipo de democracia participativa que busca ampliar las oportunidades de decidir de los ciudadanos. El concepto de democracia participativa se ha expandido impulsada por la creación de innovadores mecanismos orientados a incluir a la ciudadanía en la discusión y definición de los asuntos públicos, entre los cuales uno de los más conocidos es el presupuesto participativo, que se aplica sobre todo en el ámbito de la democracia local.

En referencia a nuestra forma de Gobierno, la Nación Argentina<sup>4</sup> adopta para su gobierno la forma Representativa, Republicana y Federal.

Es Representativa porque gobiernan los representantes del pueblo.

Es Republicana pues los representantes son elegidos por el pueblo a través del sufragio y porque existe la división de poderes (Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial) y se adopta una Constitución escrita.

Es Federal porque los Estados Provinciales conservan su autonomía, a pesar de estar reunidos bajo un gobierno común (Gobierno Nacional).

---

<sup>4</sup> Organización de la Republica Argentina. Recuperado del sitio web de Casa Rosada: <https://www.casarosada.gob.ar/nuestro-pais/organizacion>

Los tres Poderes se controlan unos a otros para garantizar la descentralización del poder.

Posee un régimen democrático y sistema de gobierno presidencialista.

La Constitución nacional fue sancionada en 1853 y reformada en 1860, 1898, 1957 y 1994.

El tipo de sufragio es universal y obligatorio

La Constitución Nacional Argentina consagra en su artículo 37 el carácter universal y obligatorio del sufragio, garantizando el ejercicio pleno de los derechos políticos para todos los ciudadanos.

En este sentido, la Cámara Nacional Electoral ha dicho que el vocablo sufragio *-suffragium-* significa ayuda y aporta esa ayuda para que pueda desplegarse el poder electoral del pueblo y, a la vez, manifestar su voluntad cuantitativa y cualitativa, obteniéndose determinado grado de consenso. Es un derecho público subjetivo entre los derechos políticos funcionales; la facultad jurídico política del ciudadano de elegir y ser elegido. Por otro lado, el ejercicio del mismo derecho que consiste en la acción de votar constituye una irrenunciable función pública que debe cumplir el elector en representación del pueblo como integrante del cuerpo electoral.<sup>5</sup>

En otro interesante pronunciamiento, dicho tribunal ha entendido que el voto es un derecho, en tanto el sufragio es derecho y garantía que nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es evidente que al ciudadano no se le puede impedir el ejercicio universal de dicho derecho.<sup>6</sup>

Desde otra óptica, cabe reseñar que la jurisprudencia ha entendido que el voto jurídicamente obligatorio es un elemento impulsor permanente del derecho a la participación ciudadana en el sistema

---

<sup>5</sup> Cámara Nacional Electoral. Fallo 973/91 CNE. Causa "Patricia Martín s/queja en autos: "Pieroní Amadeo R. y otros s/pedido de justificación de no emisión del voto -Expte. n° 32 letra P año 1989-" (Expte. N° 1592/89 C.N.E.) Buenos Aires, 21 de marzo de 1991

<sup>6</sup> Cámara Nacional Electoral. Fallo 973/91 CNE. Causa "Patricia Martín s/queja en autos: "Pieroní Amadeo R. y otros s/pedido de justificación de no emisión del voto -Expte. n° 32 letra P año 1989-" (Expte. N° 1592/89 C.N.E.) Buenos Aires, 21 de marzo de 1991

democrático constitucional. Su irrenunciabilidad garantiza que los potenciales electores no dejen inactiva la facultad esencialmente activa de votar, refugiándose en el desinterés por la cosa pública y el bien común.

El deber de votar produce efectos determinantes respecto a la vida pública participativa, cuantos más ciudadanos del cuerpo electoral formen parte y tomen parte en los procesos comiciales adoptando decisiones institucionales comunes, mayores posibilidades habrá de que su ejercicio continuado produzca el efecto educacional que tienen las votaciones en el desarrollo cultural de la ciudadanía de un pueblo.<sup>7</sup>

## EL DERECHO HUMANO DEL VOTO

*La raíz de todo sistema democrático es el sufragio. El derecho electoral es la primera y más fundamental de las libertades.*

Fallo 3326/04 Cámara Nacional Electoral

### El Derecho Humano de votar

En el marco de esta investigación, hay que reafirmar el valor del acto de votar por parte de los ciudadanos como un Derecho Humano universal. Es necesario considerar que "...el derecho de voto es el derecho político fundamental, porque garantiza todos los demás derechos..."<sup>8</sup>

El voto ya ha dejado de ser solo una carga cívica, desde hace mucho tiempo se ha convertido en un derecho y en un deber, ha pasado a integrar los catálogos de derechos inalienables del Hombre en todo el planeta.

<sup>7</sup> Cámara Nacional Electoral. Fallo 973/91 CNE. Causa "Patricia Martín s/queja en autos: "Pieroní Amadeo R. y otros s/pedido de justificación de no emisión del voto -Expte. n° 32 letra P año 1989-" (Expte. N° 1592/89 C.N.E.) Buenos Aires, 21 de marzo de 1991

<sup>8</sup> Suprema Corte de los Estados Unidos. Caso "Yick Wo vs. Hopkins". Fecha 10/05/1886



El retorno a la democracia en el año 1983 en nuestro país significó, entre otras cosas, una importante y trascendente puesta en valor de los Derechos Humanos del Hombre lo que dió inicio para nuestro Estado Nacional la suscripción de variados instrumentos de protección al ser humano.

### **Tratados internacionales de Derechos Humanos y el voto**

La última reforma de la Constitución Nacional Argentina realizada en el año 1994, realizó la consagración constitucional de los numerosos derechos reconocidos en los diez Documentos Internacionales sobre Derechos Humanos, mencionados en el inc. 22 del nuevo art. 75 CN. a saber: «...La Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre; la Declaración Universal de los derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución (entre ellos el art. 27 CN) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. ...Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.»

En relación a ello, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>9</sup>, ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación supo indicar que la Constitución evoca lo pétéreo, lo no mutable con facilidad.

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Constitución de la Nación Argentina : Publicación del Bicentenario* - 1a ed. - Buenos Aires : / Biblioteca del Congreso de la Nación / Biblioteca Nacional, 2010

En los debates de la Convención Constituyente de 1994, el Dr. Horacio Rosatti<sup>10</sup>, manifestó que: “Estamos próximos a incorporar la cláusula que a mi juicio es la más importante de todas aquellas que han sido previstas en la ley declarativa de necesidad de la reforma constitucional. ... Con la reforma que ahora se propone tenemos muy clara cuál es la ubicación constitucional de los tratados internacionales. Sabemos que están por sobre la ley y, más aún, sabemos que en las condiciones de su vigencia los tratados sobre derechos humanos —cuya prolija descripción se realiza en la cláusula propuesta— tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados en su caso por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara. ... Si los derechos humanos están concebidos en el más alto rango constitucional —como ocurre con nuestra propuesta—, si modificamos los criterios de discusión que hasta el presente tenían en cuenta lo prescrito en la Carta Magna de 1853-1860, lo que resta es ir perfilando criterios interpretativos que tiendan progresivamente a una mayor tutela y eficacia. Si nos preguntáramos con qué amplitud o intensidad deben protegerse estos derechos, más allá de la literalidad expresa e inequívoca de los tratados incorporados en nuestra propuesta, el criterio debe ser el de pro hominem, tal como lo ha dicho el presidente de la comisión respectiva. Es decir que deben ser siempre interpretados en el sentido de permitir la mayor intensidad de tutela y de no negar la vigencia de otros derechos o una intensidad mayor de tutela que puedan brindar a esos mismos derechos los ordenamientos locales.

El autor español Manuel Diez de Velasco ha dicho: “Este nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, en lo esencial, el resultado de un proceso evolutivo en el que se han relacionado, siempre en forma dialéctica, las competencias estatales derivadas de la soberanía, por un lado, y el interés de la Sociedad Internacional por la definición de uno de sus nuevos valores entendido como la protección

---

<sup>10</sup> Convención Nacional Constituyente, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria. Consideración del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos originados en la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, referidos al inciso 1 del artículo 3º de la ley 24.309 (Orden del Día N° 7). 3 de agosto de 1994,

básica del ser humano, por otro. A lo largo del mismo se ha producido la superación del viejo principio de la competencia exclusiva del Estado y su sustitución por una nueva concepción que define a los derechos humanos como materia de interés internacional.<sup>11</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla los derechos políticos de los ciudadanos en su artículo 23, y en particular en el inciso b) establece que todos los ciudadanos deben gozar del derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Además, el artículo 24 de la Convención citada en el considerando precedente, establece que todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 25 establece que todos los ciudadanos gozan sin restricciones indebidas del derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Por su lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos goza de jerarquía constitucional conforme a lo dispuesto en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional Argentina.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup> ha definido el derecho al voto como uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política, entendiéndose además que este derecho implica que los ciudadanos puedan decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

---

<sup>11</sup> DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Julio de 2001

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos", Sentencia de fecha 6 de agosto de 2008

En idéntico sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina<sup>13</sup> ha indicado que el sufragio universal hace a la sustancia del estado constitucional contemporáneo, siendo que todo otro sistema que tienda a un sufragio restringido niega la igualdad de los ciudadanos.

Por otro lado, el Código Electoral Nacional<sup>14</sup>, en acuerdo con los preceptos constitucionales, protege y garantiza el derecho al sufragio universal y obligatorio para todos los ciudadanos, estableciendo de manera restrictiva las exclusiones al padrón y las excepciones al deber de votar.

Es pues, que en la última reforma de la Constitución Nacional se ha imprimido un merecido reconocimiento a los Derechos Políticos de los ciudadanos y a las cuestiones vinculadas a la voluntad popular del ciudadano, incorporando nuevos derechos, reglamentando otros y generando una pirámide en donde se apoya el andamiaje Electoral Argentino.

Según el Diccionario de Términos Parlamentarios, la “Voluntad Popular” es la voluntad política del conjunto de ciudadanos, manifestada en elecciones libre, ya sea para adoptar decisiones directamente, elegir o revocar a las autoridades. El término nace y se desarrolla en la época moderna con la llegada de las formas democráticas de gestión de la sociedad y del Estado. La extensión gradual del derecho de voto a todos los ciudadanos constituye la modalidad concreta a través de la cual la voluntad popular recibe su expresión.<sup>15</sup>

Para proseguir el análisis, he de traer a colación, sabias palabras que supo proferir Abate Sieyès, el gran teórico de la soberanía popular, quien sostuvo que la misma reside esencialmente en el poder constituyente del pueblo; el que puede delegar parte de dicha potestas en las autoridades constituidas, aunque siempre conservará para sí mismo el poder constituyente. De esto es posible deducir dos principios<sup>16</sup> de suma trascendencia, a saber:

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Autos “Mignone, Emilio Fermín s/ Promueve Acción de Amparo” (Fallos, 325:524), Sentencia de fecha 9 de abril de 2002

<sup>14</sup> Ley 19.945 - Código Electoral Nacional

<sup>15</sup> Diccionario de Términos Parlamentarios. Editorial Brujas. Córdoba. 2015. Página 187

<sup>16</sup> RAMELLA Pablo A. “*Derecho Constitucional*” (Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982)

a. Si la soberanía, desde el punto de vista de su ejercicio, se divide y reparte separadamente entre las diversas autoridades constituidas, su unidad indivisible queda retenida en el pueblo.

b. El pueblo no queda eternamente obligado por la Constitución, puesto que es siempre dueño de cambiarla.

Es dable recordar que el artículo 23.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos impone la obligación positiva a los Estados de diseñar un sistema electoral para que los derechos políticos puedan ser ejercidos mediante “elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.

El Dr. Antonio Gomez<sup>17</sup> nos introduce en el concepto del derecho electoral; según nuestra historia se define como un conjunto de principios, sistemas, formas y reglas que dan por resultado la expresión de la voluntad del pueblo en el nombramiento de sus autoridades. En un concepto más reciente desde el derecho constitucional como si el derecho electoral fuese subordinado o parte de su estudio, o por lo menos parte del derecho público. En otro ámbito y desde una óptica netamente política hay autores que comprenden al derecho electoral como una teoría jurídica de derecho político. Existe una concepción innovadora en el ámbito del derecho argentino. La idea de un concepto autónomo del derecho electoral.

Los procesos electorales son una columna central del sistema democrático porque suponen el acto sagrado de dar a conocer la libre decisión del pueblo sobre quienes desean que sean sus gobernantes.

Cada etapa histórica de estos procesos electorales nos ha demostrado la lucha y el largo e intenso camino de nuestro pueblo por acceder a la libertad y a la igualdad. A la libertad, para expresarse en comicios libres y regulares sin impedimento alguno para pronunciarse. A la igualdad, como un elemento que garantice la participación de todos los ciudadanos en las contiendas electorales, sin distinción de sexo, raza o religión.

La democracia comienza con la plena garantía de transparencia de los procesos electorales. Las elecciones son decisiones trascendentales

---

<sup>17</sup> GOMEZ, Antonio G. “Derecho Electoral: apuntes sobre una ciencia jurídica”. Publicado en: LA LEY 1992-A , 1012 Cita Online: AR/DOC/13762/2001

en las que se reconoce la voz del pueblo y no hay duda de que la expresión del voto es el momento más importante de la vida democrática, entre otras razones, porque legitima el uso del poder. Este sería el primer consenso, el de la voz del pueblo.

Porque sin ese consenso básico no existe democracia posible.

En este sentido, esa voz debe ser interpretada y plasmada por las autoridades elegidas y ellas deben impedir que la voluntad popular sea avasallada por intereses contrarios a los intereses de la gente.

La legislación electoral son ese conjunto de normas que ordenan los procesos jurídicos a los fines de convertirse en el andamiaje normativo por medio del cual se implementa un complejo sistema de organización de los procesos para dar legitimidad a la elección de las autoridades y representantes que integrarán los poderes ejecutivos y legislativos.

No pocas, quizás las importantes tuvieron mucha lucha, llanto, gritos, peleas y hasta sangre.

Con énfasis, Alberto Dalla Vía<sup>18</sup> nos ilustrará que en la actualidad, asistimos a un profuso desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las que se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas. Ya que la participación política puede “incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”, asimismo los ciudadanos “tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”.

---

<sup>18</sup> DALLA VIA, Alberto R “*La participación política y la reforma electoral*”. Publicado en: SJA 20/08/2014 , 53 • JA 2014-III . Cita Online: AR/DOC/5366/2014

En el sistema democrático las elecciones cumplen un rol fundamental. Mediante ellas, el pueblo pone en ejercicio su soberanía a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación.

El especialista electoral Daniel Zovatto<sup>19</sup> nos expone que desde el punto de vista del derecho constitucional, los derechos políticos han sido conceptualizados como el conjunto de condiciones que posibilitan al ciudadano participar en la vida política. La nota distintiva de estos derechos es la de constituir una relación entre el ciudadano y el Estado, un diálogo entre gobernantes y gobernados. Representan, en suma, los instrumentos que posee el ciudadano para participar en la vida pública, o, si se quiere, el poder político con el que cuenta este para participar, configurar y decidir en la vida política del Estado. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos políticos pertenecen, junto a los derechos civiles, a los llamados derechos de la primera generación o derechos de la libertad. La distinción entre una y otra categoría podría establecerse, en principio, en el entendido que mientras los derechos civiles permiten al ser humano, en general, gozar de una esfera personal de autonomía frente al Estado y las demás personas privadas, los derechos políticos, en cambio, posibilitan al ciudadano participar en los asuntos públicos y en la estructuración política de la comunidad de que forma parte.

De este modo, y a diferencia de los derechos civiles, el ejercicio de los derechos políticos en el seno del Estado lejos de colocar al hombre en oposición a éste, lo que hace es habilitarlo a tomar parte en la estructuración política de la sociedad de la cual es miembro.

En otras palabras, mientras los derechos civiles se dirigen a todos los individuos para permitirles realizar con integridad su destino personal en el marco de una sociedad libre, los derechos políticos se dirigen a los ciudadanos para posibilitarles participar en la expresión de la soberanía nacional, como, por ejemplo, el derecho de sufragio

---

<sup>19</sup> Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina IIDH/CA-PEL. *"Derechos políticos como derechos humanos"*. Universidad de Heidelberg Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México Instituto Federal Electoral de México Fondo de Cultura Económica de México Primera Edición, 1998

activo y pasivo en las elecciones, así como el derecho de adhesión a un partido político.

Como lo indica Horacio D'Angelo de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata<sup>20</sup>, el Sufragio es la expresión de la voluntad política individual, que tiene por objeto contribuir a la voluntad colectiva, para designar representantes del pueblo en los cargos de gobierno, o decidir sobre cuestiones de interés de la comunidad. Fue siempre un clásico ejemplo de derecho implícito o no enumerado, nacido del "principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (art. 33 de la Const. Nacional), y de disposiciones de la propia Constitución que, al establecer la elección popular, reconocían el sufragio como su indispensable presupuesto.

Nuestro país es de los primeros de América Latina en adoptar la modalidad del sufragio universal. Desde 1821, estaban habilitados a sufragar todos los ciudadanos de sexo masculino y mayores de veinte años de edad.

Sin embargo, desde los inicios de la organización nacional argentina se planteó, como uno de los problemas más conflictivos del debate político, la cuestión del régimen electoral que define quiénes serán los representantes emanados del sufragio popular y como serán elegidos.

Desde 1821, hasta la sanción de la Constitución de 1853, que aun hoy rige, con algunas modificaciones, la vida democrática del país, se realizaron elecciones de representantes. Pero debemos tener en cuenta, que no va a ser hasta el año 1880, con la presidencia de Roca, que el país, va lograr establecerse en un sistema ordenado. Habitualmente, los historiadores reconocen este año, como el año a partir del cual se comienza a forjar el Estado Argentino. Anteriormente, el país estuvo sumido en interminables luchas internas, llevadas a cabo por los diferentes caudillos, que querían determinar la forma de organización legal del país, y con ella, su mirada sobre el desarrollo económico.

Juan Bautista Alberdi<sup>21</sup>, ha sabido manifestarse en el sentido que la única Constitución que no cambia, la única que acompaña al país

---

<sup>20</sup> D'ANGELO, Horacio – *"Derechos Políticos en la Constitución"*. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata. Recuperado en [http://nulan.mdp.edu.ar/12/1/FACES\\_n2\\_63-74.pdf](http://nulan.mdp.edu.ar/12/1/FACES_n2_63-74.pdf)

<sup>21</sup> ALBERDI, Juan Bautista (29 de agosto de 1810 - 19 de junio de 1884). Político, jurisconsulto y escritor argentino nacido en la provincia de Tucumán. Autor



mientras vive y por la cual vive, es la Constitución que ese país ha recibido de los acontecimientos de su historia, esa misma que “es la unión viva, la única real y permanente de cada país, que sobrevive a todos los ensayos y sobrenada en todos los naufragios”.

## DERECHOS HUMANOS Y CUARENTENA

No obstante lo dicho y la reafirmación que el voto es un Derecho Humano, hay que aludir la situación que se ha generado en virtud de la presencia, aun no controlada del Covid-19.

En los considerandos de los decretos que establecieron y prorrogaron el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, se ha sostenido que los derechos consagrados por el artículo 14 de la Constitución Nacional resultan ser pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y están sujetos a limitaciones y restricciones que pueden disponerse por razones de orden público, seguridad y salud pública.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en su artículo 12, inciso 1 el derecho a “...circular libremente...”, y el artículo 12, inciso 3 establece que el ejercicio de derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que estas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 22, inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado, consagrados en el artículo 22, inciso 1, entre otros, “...no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Más allá de la normativa internacional de los Derechos Humanos y la legislación nacional que ampara dicho derecho, estas facultades

---

de Bases y puntos de partida para la organización política de la Confederación Argentina, El voto de América y Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina.

deben ceder ante otro bien supremo, la salud humana en este particular contexto.

La Justicia Federal de la Provincia de Tucumán<sup>22</sup>, en relación a la razonabilidad de las medidas adoptadas en nuestro país, en el marco del Decreto N° 260/20, ha manifestado que "...Asimismo, se contempló que algunos derechos pueden ser temporalmente suspendidos (como los de circulación y de residencia) y, en consecuencia, que su ejercicio puede restringirse, en forma proporcionada y razonable, y por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública en materia sanitaria que la Republica Argentina se encuentra atravesando. También se ha considerado que los Estados tienen la prerrogativa de regular de manera temporal el control de los movimientos migratorios a lo largo de cada una de sus fronteras, lo que comprende la facultad de restringir el ingreso al territorio nacional cuando se determine fundadamente que ello representa una amenaza o riesgo relevante para la salud pública o la seguridad"; y en ese mismo orden de ideas sostuvo que: "La medida dispuesta responde a la necesidad de garantizar la salud pública frente a circunstancias de inusitadas características, siendo la protección de ella una obligación inalienable del Estado."

En tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup> ha indicado en relación a la consideración que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Cabe precisar de dicho modo, que las medidas adoptadas en todos los niveles del Estado Argentino fueron dictadas con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de Covid-19 y con su aplicación se ha pretendido preservar la salud pública, adoptándose en tal sentido

---

<sup>22</sup> Cámara Federal de Tucumán. (C., J. A c/ Estado Nacional - Presidencia de la Nación y otro s/ amparo Ley 16.986 - 11/04/2020).

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Declaración N° 1/20 denominada "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales" del 9 de abril de 2020.

medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma sectorizada, razonable y temporaria. La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del derecho colectivo a la salud pública y del derecho subjetivo a la vida. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir las medidas de aislamiento y distanciamiento dispuestas en forma temporaria, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de Covid-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros y nosotras cumpla con el aislamiento y/o distanciamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.

El Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad Nacional Autónoma de México, Jesús Orozco Henríquez<sup>24</sup> ha sostenido que el derecho político-electoral a votar o a ser elegido es un derecho humano o fundamental de base convencional pero configuración estatal (algo similar, pero no idéntico, al llamado “margen de apreciación nacional”, que se ha desarrollado en el sistema regional europeo de los derechos humanos). En efecto, hay una variedad de sistemas electorales en el mundo, pues no hay fórmulas únicas para ejercer los derechos político-electorales, correspondiéndoles a los Estados seleccionar, diseñar y regular su propio sistema electoral.

De manera reciente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>25</sup> recuerda que el respeto y garantía de los derechos humanos es la base necesaria para la vigencia de la democracia y el Estado de Derecho. En este sentido, en el contexto de las medidas e iniciativas adoptadas para contener la pandemia, la CIDH llama a los Estados a fortalecer las instituciones democráticas bajo el enfoque de derechos humanos a fin de cumplir con las obligaciones internacionales y la Carta Democrática Interamericana.

---

<sup>24</sup> DALLA Vía. *“Los Derechos Electorales y la Representación Política. Panorama sobre la Jurisprudencia Interamericana en materia Electoral”*. Alberto Dalla Via Coordinador. Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2015 © Abeledo Perrot S.A., 2015. Buenos Aires Página 23

<sup>25</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *“CIDH llama a garantizar la vigencia de la democracia y el Estado de Derecho en el contexto de la pandemia de COVID”* 09/06/2020. Recuperado en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/130.asp>

En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recuerda que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), al adoptar la Carta Democrática Interamericana, reconocieron que la democracia representativa constituye el sistema esencial para lograr el pleno ejercicio de los derechos. En ese marco, la Comisión destaca que el Estado de Derecho en un sistema democrático implica una división de las funciones estatales y, a la vez, un sistema de controles para el ejercicio de dichas funciones.

En ese marco, la CIDH reitera lo establecido en su Resolución No. 1/2020<sup>26</sup> sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas en el sentido de que le compete a cada Estado asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia Covid-19 cumpla con los requisitos establecidos por los estándares internacionales.

En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud.

La Comisión observa con preocupación que en la actualidad en países del hemisferio se verifica por parte de altas autoridades de gobierno un proceso de retroceso en la efectiva separación de los poderes estatales, así como de reducción de espacios democráticos de participación social, situaciones de interferencias en el poder judicial o su completa paralización y la toma de decisiones institucionales de gobernanza de manera concentrada y con rasgos autoritarios.

## CONCLUSIONES

*El miedo sólo sirve para perderlo todo.*

Manuel Belgrano (1970-1820)

Abogado, economista, periodista y militar

---

<sup>26</sup> Organización de Estados Americanos. Resolución No. 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. 10/04/2020. Recuperado en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Votar ya es algo habitual. Desde el año 1983, de modo ininterrumpido hemos comprendido que la única manera de elegir a nuestras autoridades públicas es por medio de elecciones libres.

En esta época de pandemia del Covid es necesario entender que estamos en las puertas de una nueva normalidad. Una que nos somete a todos a ejercer un nuevo tipo de compromiso social. Nos obliga a desarrollar una responsabilidad social electoral.

Según nuestra constitución Nacional, el voto en Argentina es universal, igual, secreto y obligatorio. Tendremos que trabajar para que el acto de concurrir a votar sea sano y sin riesgos de contagios para el electorado desde el punto de vista sanitario atento la pandemia existente.

Será una tarea difícil, más no imposible que requerirá de la responsabilidad de todos. Deberemos desarrollar un nuevo tipo de comportamiento, tendremos que asumir una responsabilidad social electoral si queremos votar para la salud de nuestro país y que eso no sea causal de brotes del virus incontrolable.

La pandemia del virus del Covid-19 ha afectado muchos procesos electorales durante este año y condicionara la realización de los próximos comicios.

Por delante, nuestro país tiene un gran desafío como lo es la organización y realización de las elecciones Legislativas previstas para el año 2021.

Es quizás este el momento de que los organismos electorales y quienes tengan poder de decisión en la política electoral del país se ocupen de gestionar la crisis de una manera nueva, con creatividad, cuidando la salud de los electores y el de las instituciones democráticas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBERDI, Juan Bautista (29 de agosto de 1810 - 19 de junio de 1884). Político, jurisconsulto y escritor argentino nacido en la provincia de Tucumán. Autor de Bases y puntos de partida para la organización política de la Confederación Argentina, El voto de América y Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina

- Cámara Federal de Tucumán. (C., J. A c/ Estado Nacional - Presidencia de la Nación y otro s/ amparo Ley 16.986 - 11/04/2020).
- Cámara Nacional Electoral. Fallo 973/91 CNE. Causa “Patricia Martín s/queja en autos: “Pieroní Amadeo R. y otros s/pedido de justificación de no emisión del voto -Expte. n° 32 letra P año 1989-“ (Expte. N° 1592/89 C.N.E.) Buenos Aires, 21 de marzo de 1991
- Cámara Nacional Electoral. Fallo 973/91 CNE. Causa “Patricia Martín s/queja en autos: “Pieroní Amadeo R. y otros s/pedido de justificación de no emisión del voto -Expte. n° 32 letra P año 1989-“ (Expte. N° 1592/89 C.N.E.) Buenos Aires, 21 de marzo de 1991
- Cámara Nacional Electoral. Fallo 973/91 CNE. Causa “Patricia Martín s/queja en autos: “Pieroní Amadeo R. y otros s/pedido de justificación de no emisión del voto -Expte. n° 32 letra P año 1989-“ (Expte. N° 1592/89 C.N.E.) Buenos Aires, 21 de marzo de 1991
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “CIDH llama a garantizar la vigencia de la democracia y el Estado de Derecho en el contexto de la pandemia de COVID” 09/06/2020. Recuperado en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/130.asp>
- CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 23ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, 3 de agosto de 1994, Consideración del dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos originados en la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, referidos al inciso 1 del artículo 3° de la ley 24.309 (Orden del Día N° 7).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia de fecha 6 de agosto de 2008
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Declaración N° 1/20 denominada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales” del 9 de abril de 2020.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Autos “Mignone, Emilio Fermín s/ Promueve Acción de Amparo” (Fallos, 325:524), Sentencia de fecha 9 de abril de 2002

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Constitución de la Nación Argentina : Publicación del Bicentenario - 1a ed. - Buenos Aires : / Biblioteca del Congreso de la Nación / Biblioteca Nacional, 2010
- DALLA VIA, Alberto R “La participación política y la reforma electoral”. Publicado en: SJA 20/08/2014 , 53 • JA 2014-III . Cita Online: AR/DOC/5366/2014
- DALLA Vía. “Los Derechos Electorales y la Representación Política. Panorama sobre la Jurisprudencia Interamericana en materia Electoral”. Alberto Dalla Via Coordinador. Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2015 © Abeledo Perrot S.A., 2015. Buenos Aires Página 23
- D’ANGELO, Horacio – “Derechos Políticos en la Constitución”. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata. Recuperado en [http://nulan.mdp.edu.ar/12/1/FACES\\_n2\\_63-74.pdf](http://nulan.mdp.edu.ar/12/1/FACES_n2_63-74.pdf)
- Diccionario de Términos Parlamentarios. Editorial Brujas. Córdoba. 2015. Página 187
- Diccionario Electoral. – Tomo 1 – Instituto interamericano de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ San José, C. R. : IIDH, 2017. (Serie Elecciones y Democracia)
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Madrid. Julio de 2001
- GOMEZ, Antonio G. “Derecho Electoral: apuntes sobre una ciencia jurídica”. Publicado en: LA LEY 1992-A , 1012 Cita Online: AR/DOC/13762/2001
- Ley 19.945 - Código Electoral Nacional
- Organización de Estados Americanos. Resolución No. 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. 10/04/2020. Recuperado en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolu>
- Organización de la República Argentina. Recuperado del sitio web de Casa Rosada: <https://www.casarosada.gob.ar/nuestro-pais/organizacion>
- PEREZ CORTI, José M. “Democracia, elecciones y función electoral”. Publicado en: Sup. Const. 2018 (septiembre) , 3 • LA LEY 2018-E, 864 Cita Online: AR/DOC/810/2018

RAMELLA Pablo A. "Derecho Constitucional" (Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982).

Suprema Corte de los Estados Unidos. Caso "Yick Wo vs. Hopkins". Fecha 10/05/1886.

Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina IIDH/CAPEL. "Derechos políticos como derechos humanos". Universidad de Heidelberg Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México Instituto Federal Electoral de México Fondo de Cultura Económica de México Primera Edición, 1998.



---

# REFLEXIONES SOBRE LA FALTA DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL ARGENTINO

---

MARÍA CAROLINA RENAUD<sup>1</sup>  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 73-93  
Recibido: 30/3/2021 - Aceptado: 27/7/2021

**Resumen:** Este trabajo aborda la desigualdad de género perpetuada por el sistema judicial argentino en materia penal contra personas imputadas y víctimas. En ese sentido, se tiene como objetivo revisar desde la perspectiva de género, la jurisprudencia nacional que versa sobre delitos contra la integridad sexual, así como también, aquellos que criminalizan a personas con capacidad de gestar. Por otro lado, se estudiará la particular vinculación de la violencia de género ejercida por la delincuencia organizada transnacional que, a través de la comisión de delitos complejos como el narcotráfico y la trata de personas, incide en la atribución de responsabilidad penal de sus propias víctimas. En ese marco, se hará hincapié en la actuación de los operadores judiciales intervinientes en los procesos penales en tanto, esa labor sin un enfoque basado en género profundiza la exclusión, subordinación y sometimiento a través del *ius puniendi*, demandando una inmediata transformación toda vez que, vulnera los Derechos Humanos en un Estado de Derecho.

**Palabras clave:** Desigualdad - Género - Criminalización - Derechos Humanos

**Abstract:** This paper aims to analyze the gender inequality perpetuated by the Argentine judicial system in criminal matters against accused persons and victims. The objective is to assess, from the gender

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA), Contadora Pública (UBA).



perspective, national jurisprudence regarding crimes against sexual integrity as well as, acts that criminalize people with the capacity to conceive. On the other hand, will be considered the link between gender violence exercised by transnational organized crime that, through the commission of complex crimes such as drugs and human trafficking, affects the attribution of criminal responsibility against their own victims. In this context, emphasis will be placed on the performance of the judicial operators that intervene in criminal proceedings, as this work without a gender-based approach deepens exclusion, subordination and submission through *ius puniendi*, demanding an immediate transformation since it violates Human Rights in a Rule of Law.

**Keywords:** Inequality - Gender - Criminalization - Human Rights

---

## I. INTRODUCCIÓN

En el marco de un Estado organizado bajo la ideología masculina (Mackinnon, 2006:207), la Administración de Justicia no resulta exenta del ejercicio de prácticas excluyentes y degradantes que profundizan la desigualdad estructural en materia de género.

En efecto, la jurisprudencia argentina en materia penal expone la existencia de violencia institucional por razones de género –en los términos de la Ley 26.485<sup>2</sup>, restringiendo de ese modo, las garantías constitucionales de igualdad, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia -entre otras-.

Ello, por cuando se ha advertido que, en procesos sobre delitos contra la integridad sexual, en lugar de probar los hechos denunciados contra el imputado, algunos operadores judiciales se centran en cuestionar el pasado amoroso, los gustos sexuales o el corrimiento del rol socialmente asignado de la víctima.

En otros casos, los contextos de violencia de género son dejados de lado a la hora de valorar las circunstancias, la voluntad, intención

---

<sup>2</sup> Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, 2009 – artículo 6°, inciso “b”.

y libertad de la conducta ilícita perpetuada por una mujer o persona integrante de otro colectivo, optando directamente por condenarlas y reprocharles penalmente su mal accionar, lejos de evaluar de forma integral el contexto en el que se desarrolló aquella acción.

Además, en torno a los hechos vinculados a eventos obstétricos se ha condenado a personas con capacidad de gestar, utilizando como argumento el desconocimiento de prácticas médicas ante situaciones de emergencia de salud reproductiva, fundando aquellos pronunciamientos en el conocimiento adquirido por el hecho de ser “madre”.

Aquellas decisiones jurisdiccionales persisten en continuar reproduciendo un discurso dominante universal desde una posición clasista, patriarcal y sexista, recordándole a la sociedad argentina que el poder es androcéntrico y por tanto, machista (Bodelon, 2014:137), vulnerando los Derechos Humanos a través de la violencia de género.

## II. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

De las investigaciones judiciales surge que, el comportamiento sexual de la víctima constituye un elemento de gran valoración probatoria. Sin embargo, implica revictimizarla, utilizando su elección de vida para cosificarla y transformarla en el objeto de persecución. En ese momento, bajo el lema de “averiguación de la verdad”, contrario a lo establecido por la normativa penal, el Estado ejerce violencia institucional.

Algunos de esos casos, adquirieron voz y pudieron ser visibilizados, como lo hizo Belén López Peiró que, con mucha valentía, le contó al mundo, no solo lo dramático que reviste atravesar un proceso judicial en el rol de víctima, sino por sobre todo, los padecimientos que le hizo revivir el Fiscal, requiriéndole que relate la rememoración de aquellos traumas y detalles desgarradores de hechos que jamás podrá olvidar.

Ello, es violencia institucional por razones de género y una vez más, trata de permanecer oculta ante los ojos de una sociedad machista que ha acostumbrado a las mujeres a someterlas. Así, como la familia cercana le preguntó a López Peiró (2018:49) por qué volvía cada verano a vacacionar con su tío, el perpetuador de aquellos actos; el operador

judicial reclama ante la audiencia el relato estremecedor de anécdotas dolorosas.

Sin embargo, aquella prueba tampoco es suficiente. En la audiencia de debate, al analizar la evidencia, un juzgador manifestó que: *“Podemos pensar que habría habido relaciones forzadas, pero no puedo entender cómo, si va a tener relaciones forzadas, empujándola, sometiéndola, se toma el tiempo, no puedo reconstruir, cómo hace para colocarse el profiláctico y luego avanzar sobre el cuerpo de la víctima que según lo que está acá, se negaba”*<sup>3</sup>. Con aquel argumento, declaró la falta de mérito del imputado por violación.

Por su parte, una juzgadora optó por fundar la atenuación de la condena del abuelo de una niña, imputado por violarla, en función a su reconocimiento social, precisando que: *“(…) el daño causado no ha representado un grado tal que justifique el pedido de la Fiscalía (…). Los testigos aportados por la defensa han manifestado que es una persona de buen concepto social, involucrado incluso con causas de significación en la sociedad de Victorica, como lo fue colaborar en la creación de la Cámara de Comercio y en la Asociación de Pueblos Originarios, tendiente al reconocimiento y visibilización de sus derechos”*<sup>4</sup>.

Todo ello, atenta nuevamente contra la integridad de la víctima, quien expone su vida, su físico, su psiquis, su alma, públicamente, ante los decidores y acusadores, pero por sobre todo, frente a su victimario. La violencia sexual y física ejercida sobre ella, se maximiza con la psicológica y simbólica practicada por actores que representan al Estado y a la sociedad en su conjunto.

Aquella socavación es mayor cuando la víctima pertenece a un colectivo disidente, clase popular, etnia o grupo cultural; o es menor de edad; o padece violencia; o todas juntas. Por ello, el análisis con perspectiva de género debe formularse desde la interseccionalidad, valorando la transversalidad de las múltiples identidades que cada

---

<sup>3</sup> Télam, (3 de junio de 2021) *“Un juez liberó a un imputado por abuso sexual porque usó un preservativo”*. Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/202106/556487-juez-imputado-liberacion-abuso-sexual-preservativo.html>

<sup>4</sup> Fallo N° 1309-Audiencia de juicio de la Segunda Circunscripción Judicial (28 de abril de 2021), *“Pagella, Julio César s/abuso sexual agravado”*.

persona vive (Crenshaw 1991:1256). Esas circunstancias y contextos constituyen los elementos organizadores de distribución de recursos que permiten exponer los diversos tipos de discriminación padecidos, así como las desventajas que surgen al cruzar el género con experiencias que propugnan opresiones y desigualdades.

Existen casos en los que la propia historia cultural de la víctima agredida se ha utilizado como fundamento para eliminar el reproche penal de los agresores sexuales. Así lo entendió el máximo tribunal de Salta cuando anuló el procesamiento de un hombre de la comunidad Wichi, acusado de abusar sexualmente de la hija de su pareja de 9 años –quien quedó embarazada producto de aquel acto–, por considerar que, las niñas de esa edad, integrantes de aquel colectivo pueden decidir por sí solas en materia sexual.

En aquel pronunciamiento, se señaló también que: *“(...) los artículos 75 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso”*<sup>5</sup>.

De ese modo, no solo no se aplicó la interseccionalidad sino que además, se utilizó el contexto de la comunidad indígena para argumentar jurídicamente, el detrimento de los derechos fundamentales de una niña; profundizando una vez más, el sometimiento de la mujer, dejando en claro que, se encuentra bajo el dominio del hombre, sea cual fuere el colectivo que integre.

Asimismo, se le asignó la responsabilidad de un hecho atroz a la propia víctima, en tanto, se consideró que son las niñas las que deciden respecto al comportamiento sexual, validando la acción de su atacante. En ningún caso, los juristas valoraron la falta total de voluntad y consentimiento de la menor de edad.

Sin embargo, no es una cuestión que sorprenda. La víctima se halla en el epicentro de la mirada subjetiva de quienes deben juzgar y/o

---

<sup>5</sup> Corte de Justicia de Salta, “C/C RUIZ, José Fabián- Recurso de Casación”, 29/09/2006.

acusar al agresor; así como también, de aquellos que intervienen desde el inicio de las actuaciones, como los agentes de seguridad que reciben –o no– la denuncia.

En ese sentido, existen ciertos interrogantes que se plantean frecuentemente para “esclarecer” el hecho: ¿sabía el imputado lo que estaba haciendo?; ¿la víctima le avisó lo suficiente para que entendiera que se excedía?; ¿de qué modo le indicó que no quería?

A todas luces, los procesos judiciales que versen sobre delitos contra la integridad sexual requieren de ciertas pautas que permitan delinear el alcance del consentimiento de la víctima, a fin de aproximarse a ese elemento indispensable para evaluar la conducta ilícita.

Esas preguntas implican conocer el *mens rea* o la intención del victimario, quien seguramente recayó en un error de entendimiento respecto al consentimiento de su víctima, tal como explica Susan Estrich (2010:52).

Por ello, es necesario incorporar principios con perspectiva de género que permitan acercar a los operadores judiciales, el término que valorarán para determinar la punibilidad del hecho: el consentimiento. Asimismo, aproximar una solución penal significa por un lado, asumir un problema reconocido socialmente, y por otro, intentar generar la concientización social que posibilite un cambio cultural, tal como opina Tamara Pitch (2003:135).

Al respecto, cabe señalar que, no es posible elaborar una concreta categorización del consentimiento que encaje en determinados actos específicos, puesto que se trata de un concepto sumamente amplio, difícil de abordar. MacKinnon (2006:215) explica que: “*Si la sexualidad es relacional, específicamente, si es una relación de poder de género, el consentimiento es una comunicación bajo condiciones de desigualdad*”.

En efecto, Susan Estrich menciona que, la amenaza de la fuerza o la fuerza, coacción o el aprovechamiento del entorno coercitivo han sido definidos con esfuerzo para resolver el problema ante el “aviso suficiente” de la víctima. También, la falta de resistencia opuesta por la víctima ante el acto de violación. Ello supone que, esas características le proveen al varón, el marco de protección contra los posibles errores que pudieran surgir del consentimiento.

Sin embargo, aquellas circunstancias no son preguntadas al victimario, sino que los Tribunales requieren la comprobación por parte de la víctima para atender a la presunta existencia del delito. Si existieran, el victimario no podría alegar que su víctima, aun así, prestó consentimiento dado que se encontraría viciado en todas sus formas.

Por la consagración del Principio de Autonomía, el consentimiento deberá ser libre y afirmativo, por tanto, el silencio no representa -de ningún modo- la voluntad en la toma de una decisión, y ampararse en él para justificar un acto ilícito, profundiza la falta de libertad de la víctima al momento de aquel.

La inexistencia de resistencia por parte de la víctima cumple con los estereotipos patriarcales justificantes de los delitos que atentan contra la integridad sexual, puesto que cargan nuevamente a la víctima de acusaciones, simulando que la carencia de un estímulo físico ante el atentado del agresor, consienten el acto ilícito. Ello, no solo vulnera sus derechos, sino que revictimiza a la atacada, puntualizando en su conducta, cuando el eje central de prueba y análisis es el hecho ilícito perpetuado por el agresor.

Por tanto, corresponde separar la inferencia del consentimiento respecto al silencio o falta de resistencia, como factores que esbocen un cercano alcance para su definición, y dejen de ser utilizados para justificar la actuación criminal.

Es así como resulta inminente, dejar asentado en el Código Penal de la Nación que se entiende por consentimiento; o lo que *no* lo es.

Tal como surge del Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual impulsado por la Ministra de Igualdad del actual Gobierno de coalición española, Irene Montero, el cual propone que: *“no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”*<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Consejo de Ministros, *“Anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual”*;2020. Disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>

Así, la enunciación negativa de aquellas inferencias que *no* pueden efectuarse respecto al término bajo estudio tendrá como fin, no acotar su demarcación a aspectos específicos y a la vez, otorgarle el espacio necesario para que se extienda su significación. Puesto que, en ese consentimiento concurrirán cientos de miles de circunstancias que podrían presentarse en la víctima, al momento de la comisión del hecho ilícito por parte de su agresor.

En otro orden, cabe remarcar que, la prueba referida al comportamiento sexual -anterior o ulterior- de la víctima o de un testigo, no puede admitirse, bajo ningún motivo.

Aquella denominada “prueba”, no solo, no reviste siquiera un elemento objetivo susceptible de valoración al momento de la imputación, sino que transgrede los Principios Constitucionales como el de Igualdad (art. 16 C.N.), Debido Proceso (art. 18) y Reserva (Art. 19), así como aquellos que surgen de los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) contemplando la vida en sentido amplio, la integridad sexual, el libre desarrollo personal, la protección de la honra y de la dignidad, libertad de pensamiento y autodeterminación, la privacidad personal, el normal desarrollo de la personalidad, la reserva sexual, entre algunos.

### **III. CRIMINALIZACIÓN DE PERSONAS CON CAPACIDAD DE GESTAR**

En la actualidad, la jurisprudencia argentina expone que, en muchos casos, la persecución penal contra las personas gestantes no responde a la averiguación de la verdad objetiva; sino que refleja lineamientos culturales y subjetivos de quienes intervienen en los procesos criminalizantes.

En ese orden, la casuística demuestra que hay personas con capacidad de gestar detenidas por eventos obstétricos (es decir no provocados de forma voluntaria) (CELS, 2020:1) como abortos espontáneos, partos prematuros o en avalancha (VISPO 2001).

Si bien algunos de esos hechos han sido calificados bajo la figura de aborto, lo cierto es que muchos otros han sufrido la tipificación bajo figuras como: aborto seguido de homicidio agravado por el vínculo;



homicidio agravado por el vínculo; o abandono de persona seguido de muerte.

El caso que visibilizó la criminalización de hechos no punibles fue el de Belén quien el 21 de marzo de 2014 fue con su madre al Hospital de Clínicas Avellaneda de Tucumán porque padecía dolor estomacal, sin saber que estaba embarazada. En el baño de aquella institución tuvo un aborto espontáneo y fue allí cuando comenzó su calvario por los siguientes años. El personal de salud transformó un evento obstétrico en un caso penal y fue condenada por homicidio agravado por el vínculo a 8 años de prisión.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán revocó aquel fallo y absolvió a Belén, sosteniendo que: *“(...) constituye una primera manifestación de la verificación de violencia institucional en contra de la joven, ya que a la ruptura del compromiso de reserva profesional se sumó una sucesión de hechos que nada se condice con el trato que debe recibir una persona en claro estado de vulnerabilidad, en este caso una mujer, que fue al Hospital para recibir atención médica urgente: se la incriminó de ser autora del hecho acusándola desde un primer momento de mentir sobre su alegada ignorancia de su estado de embarazo; se le exhibió dentro de una caja el cuerpo del niño muerto como una suerte de castigo moral; se la sometió a tratamiento médico sin brindársele explicación alguna sobre la causa y alcance del mismo; se violaron todos sus derechos a la confidencialidad y a su privacidad, en franca vulneración de la obligación del equipo de salud de mantener el secreto médico, habiéndose permitido incluso la presencia de personal policial en medio de la práctica del legrado. Es decir que la encartada fue absolutamente relegada de su estado de paciente, dispensándosele a partir de allí un trato directo como reo”*<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de ello, la vida de Belén cambió para siempre tras restringirle su libertad ambulatoria y el ejercicio de sus derechos. La obligaron a transitar un proceso penal desconocido, inquisitivo y cruel que la culpaba por un hecho no cometido. Esa huella en el alma jamás se borrará.

<sup>7</sup> CSJT, “Caso Belén” (23 de marzo de 2017). Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-25407-Caso-Bel-n--fallo-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-Tucum-n.html>

María del Carmen Viera no tuvo la misma suerte. Ella pasó 13 años presa tras ser condenada a prisión perpetua por homicidio agravado por el vínculo. El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes la absolvió por la incorporación de nuevos elementos de prueba referidos a la autopsia del bebé toda vez que se probó que había nacido muerto<sup>8</sup>.

Ninguno de los operadores judiciales intervinientes en las distintas etapas del proceso que atravesó María del Carmen cuestionó el informe producido por la policía de la provincia de Corrientes que resultaba por demás incompleto, impreciso y que, de ningún modo, revestía prueba suficiente para acreditar que la imputada había estrangulado a su bebé, en el marco de un parto domiciliario.

Tampoco valoraron el estado de salud integral de la condenada luego del hecho presuntamente ilícito por el que prestó declaración indagatoria sin la presencia de su defensa. Tan solo decidieron que aquella pieza alcanzaba el grado de certeza suficiente para procesarla y luego, condenarla.

Una vez más, la violencia institucional por razones de género despreció las condiciones de salud en las que se encontraba la mujer después de aquel evento obstétrico; las circunstancias del hecho; así como el contexto en el que se desarrolló. Hizo a un lado el relato de la imputada que resultó ser la víctima de un sistema de justicia patriarcal y machista que, en lugar de evitar condenar a una inocente, le arrebató por la fuerza más de una década de vida, despojándola de -cuanto menos- la existencia de sus garantías constitucionales. Así, el Estado argentino condenó a una mujer en duelo por perder a su hijo.

Cabe preguntarse entonces, por qué la justicia, lejos de atenerse a un juicio de imputación objetiva, condena sin prueba suficiente por hechos no cometidos, a mujeres que atraviesan procesos penales en total desigualdad, desprecio y exclusión de derechos fundamentales.

---

<sup>8</sup> STJ, “Viera, María del Carmen s/recurso de casación”, (27 de abril de 2013). Disponible en: <http://www.archivoinfojus.gob.ar/provinciales/corrientes-trece-anos-presa-por-la-muerte-de-su-bebe-55.html#:~:text=Mar%C3%ADa%20del%20Carmen%20Viera%20estuvo,la%20muerte%20de%20su%20hijo.&text=El%20dictamen%20del%20Superior%20Tribunal,alumbramiento%20sin%20asistencia%20y%20domiciliario>.

En otro orden, ¿operaba la garantía de no autoincriminación para las personas criminalizadas -en su oportunidad- por aborto? Si bien el artículo 18 de la Constitución Nacional expone “*nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”, lo cierto es que aquellas declaraciones manifestadas por quienes han acudido al servicio de emergencia para recibir atención sanitaria ante una hemorragia o cualquier otro tipo de consecuencia que afecte su integridad física tras realizarse un aborto, fueron utilizadas en su contra como fundamentos para iniciar los sumarios de instrucción que las criminalizarían. Por ello, tantas decidieron no acudir al hospital porque sabían que, si vivían, terminarían presas.

Al respecto, resulta trascendente reflexionar acerca de las conductas cometidas por los profesionales de la salud en relación con la violación del secreto profesional –médico-paciente- al momento de denunciar penalmente a las personas con capacidad de gestar vinculadas a prácticas abortivas.

El artículo 177 inciso 2º del Código Procesal Penal establece la obligación del personal de salud de denunciar los delitos perseguibles de oficio, contra la vida y la integridad física, conocidos al prestar auxilio de su profesión -salvo los que estén bajo el amparo del secreto profesional-. Este último se encuentra tipificado en el artículo 156 del Código Penal, en tanto se sanciona a quien revelare -sin una justa causa- el secreto conocido debido a su profesión, cuya divulgación pudiera causar daño.

En relación con ello, cabe recordar el plenario “Natividad Frías” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (26/08/1966) cuando explicó que: “*No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no*”. Son precisas las palabras del Juez Lejarza al señalar que: “*El interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel*”<sup>9</sup>. La

---

<sup>9</sup> CNACyC, Fallo plenario “Natividad Frías” (26/08/1966). Disponible: <http://www.defensoria.des/wp-content/uploads/2016/10/Natividad-Frias.pdf>

CSJN tiene dicho que no se trata de un dilema entre la privacidad y el interés público ya que es de tal magnitud que puede afectar la vida<sup>10</sup>.

En esa lógica, la Cámara Federal de Casación Penal ha considerado que: “(...) *aceptar que la detección de abortos consumados sea justa causa para relevar al profesional de la salud del deber de guardar secreto, implica valorar la persecución penal por encima de la salud y la vida no solamente de la mujer que asiste al hospital para paliar una infección potencialmente mortal, sino -en general- de la confianza de la población en que recibirán un trato digno y respetuoso por parte de los servicios médicos. Debe concluirse que la correcta ponderación de los intereses en conflicto resulta en la prohibición de revelar el secreto médico en los casos en que la interrupción del embarazo ya se encuentra consumada o definitivamente interrumpido, puesto que en tales situaciones la denuncia no se dirige a hacer cesar cursos causales que generen daños a bienes jurídicos de la más alta valoración. Ello es así, puesto que solamente la efectiva protección de un bien jurídico fundamental puede permitir la ponderación de la posibilidad de afectar derechos de la más alta jerarquía como lo son la salud y la vida*”<sup>11</sup>.

Sin embargo, la persecución penal de aquellos profesionales que atentan contra los derechos del paciente (ley N°26.529) y las garantías constitucionales inherentes es escasa –casi nula–.

Asimismo, la jurisprudencia también nos demuestra la clasificación de “*conductas omisivas configuradas por la falta de prestación de los cuidados necesarios para evitar su óbito por shock hipovolémico por hemorragia a través del cordón umbilical*”. Con aquel argumento, el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Bahía Blanca condenó a Rosalía Esther Reyes a la pena de 8 años de prisión por homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación. Ello, por no saber cortar el cordón umbilical

---

<sup>10</sup> CSJN, Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnálisis=683039>

<sup>11</sup> Cámara Federal de Casación Penal, causa N° 10.193 –Sala II– “Á., G. Y. s/ recurso de casación”. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/II.%20Delitos%20en%20particular/12.%20CFCP%2C%20Sala%20II%2C%202012.07.13%20AGY.pdf>.

luego de tener un parto en avalancha, inesperado, extra-hospitalario en el baño de su casa<sup>12</sup>.

De ese modo, los operadores de justicia obligan a las personas gestantes a conocer información homologada sobre prácticas obstétricas que desarrollan profesionales de la salud y las condenan por aquel desconocimiento. Ello, se profundiza si la criminalizada ya era madre, como el caso de Rosalía o de Yamila Sotelo a quien condenaron a 9 años de prisión por el delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo, tras haber dado a luz a un bebé muerto<sup>13</sup>. Aquella sentencia rememora en varias oportunidades que ella “ya era madre”, emitiendo en otras ocasiones, juicios de valor acerca del ejercicio de su maternidad. Nuevamente, aparecen los deberes de cuidado socialmente asignados e impuestos a las mujeres. En esta ocasión, los utilizaron para argumentar -jurídicamente- la imputación objetiva de un hecho ilícito no cometido.

En ese aspecto, cabe remarcar la gravedad de la aplicación de esos estereotipos de género, no solo ante el conocimiento de prácticas obstétricas o de salud reproductiva, sino también respecto al rol de la mujer en la sociedad (Barrancos, 2000:10) así como la imposición de la calidad de garante bajo ciertas premisas, como no saber cortar el cordón umbilical o sostener la cabeza cuando nació, aludiendo a una representación del riesgo asumido por revestir la calidad de “madre”.

Ello, nos remonta a enfoques criminológicos positivistas vetustos, formadores de discursos criminalizantes, centrados en la naturaleza femenina que dejan de lado el debate respecto a la responsabilidad penal del hecho y su prueba (Di Corleto, 2018:40).

Entonces corresponde cuestionarse, ¿por qué se le reprochan hechos no punibles a personas con capacidad de gestar? ¿cómo encuadran los operadores judiciales, aquellos hechos –no voluntarios- en conductas tipificadas en el Código Penal? Si ni siquiera superaban el

<sup>12</sup> TC N°3, “Reyes, Rosalía Esther s/homicidio agravado”, (19 de febrero de 2020). Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/088/707/000088707.pdf>

<sup>13</sup> Juzgado de Instrucción en lo Penal N° 8 de Rosario, “Sotelo, Yamila Araceli s/ abandono de persona agravado por ser cometido por ser cometido por su padre contra su hijo”, (12 de septiembre de 2016).

primer análisis de comprobación desde el punto de vista de la imputación objetiva, entonces ¿por qué decidieron condenarlas?

Sin dejar de mencionar que, aquellas sentencias se escribieron en un marco de total apatía, crueldad e indiferencia respecto a la valoración de las circunstancias que rodeaban los episodios utilizados para criminalizarlas. Olvidaron preguntarse por el estado de salud -antes, durante y después- del incidente; las huellas que podría haber generado aquel hecho de forma física y psíquica a la persona gestante; el contexto en el que se encontraba -si estaba con otras personas bajo su cuidado, trabajando, si podían contar con el auxilio de una tercera persona, con un teléfono para llamar a la ambulancia- o bien, cuestiones mínimas como si contaba con agua corriente, o elementos de desinfección a su alcance; si la ambulancia podía acceder a aquel lugar; si tenía recursos económicos para afrontar el costo para acudir a un Hospital; si pudo entender lo que le estaba ocurriendo en su cuerpo; entre cientos de otras variables.

La falta de representación de los diversos escenarios posibles que pudieron transitar estas personas criminalizadas refleja que algunos operadores judiciales tienen un vasto camino por recorrer en cuanto a prácticas de humanidad.

Los esfuerzos por la transformación de este sistema enquistado que vulnera tantos derechos se están notando: la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires absolvió y ordenó la inmediata libertad de Rosalía Esther Reyes. En aquella sentencia, remarcaron que: *“En la valoración de la prueba producida y en las declaraciones de Rosalía Reyes debió el sentenciante introducir la perspectiva de género, considerando el contexto de vulnerabilidad personal, social y económica que rodeaba a la imputada (...) el reproche por incumplir las expectativas de un modelo ideal garante o madre ideal se funda en un baremo abstracto de hombre, medio, instruído y con sus necesidades básicas cubiertas”; por lo que sostienen que “ese rol estereotípico que Rosalía debía cumplir como “buena madre” resulta una valoración descontextualizada de su situación de vulnerabilidad”*<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Causa N° 103.123 caratulada “REYES ROSALIA ESTHER S/ RECURSO DE CASACIÓN”, (17 de junio de 2021).

Sin perjuicio de ello, la falta de perspectiva de género de quienes la condenaron por haber sufrido un evento obstétrico en el baño de su casa, le produjo un daño irreparable e irreversible, quitándole su libertad ambulatoria, su tiempo de vida y autodeterminación.

Entonces, ¿por qué se criminalizan hechos que no son punibles y se los califica con figuras agravadas? ¿Ese es el fin de la norma? ¿condenar a personas con capacidad de gestar por eventos obstétricos?

Según el informe sobre criminalización, en la República Argentina se identificaron 1532 causas por aborto y 37 por eventos obstétricos al año 2020 (CELS 2020).

La ley de interrupción voluntaria del embarazo (Ley N° 27.610) no solo refleja la protección de derechos sexuales y reproductivos, dignidad, vida, autonomía, intimidad, salud, educación, integridad –física, psíquica y moral-, diversidad corporal, identidad de género, diversidad étnico-cultural, privacidad, libertad de creencias y pensamientos, información, goce de los beneficios de los avances científicos, igualdad real de oportunidades, no discriminación y vida libre de violencias; sino que por sobre todo, protege a las personas con capacidad de gestar de la persecución penal del Estado que utiliza esa condición para criminalizarla.

Ahora, resta que los eventos obstétricos dejen de ser utilizados para criminalizar inocentes a las que se les imputan figuras agravadas bajo la pena de prisión. Para ello, es fundamental que los profesionales especialistas en áreas como medicina forense, salud mental e integral, trabajo social, sociología, antropología, ciencias económicas -entre muchas otras- aporten sus informes con perspectiva de género, en tanto constituirán elementos probatorios que aporten certeza científica y técnica para validar la inexistencia de un hecho ilícito.

Sin embargo, la mayor carga se encuentra en los operadores judiciales. La sociedad les demanda de forma inminente, impostergable e inmediata la aplicación, implementación y concientización de la perspectiva de género en cada una de las decisiones que tomen puesto que, de lo contrario, proseguirán vulnerado las garantías constitucionales y con ello, los Derechos Humanos de las personas procesadas.

Sin dudas, la actuación en esos términos reviste el límite de la punición del Estado, siendo hoy la llave de libertad para las personas inocentes que aún resisten tras las rejas.

#### IV. NARCOMENUDEO EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En numerosas oportunidades, las mujeres y personas de otros colectivos resultan imputadas por delitos de tráfico de estupefacientes con fines de comercialización. Sin embargo, aquellos procesamientos y/o condenas no reflejan las circunstancias que rodeaban al hallazgo de sustancia estupefaciente.

Ello, puesto que, en la mayoría de los casos, las personas investigadas viven en contextos de violencia de género, ejercida por su pareja, bajo los tipos sexual, física, económica, psicológica y simbólica. Por tanto, el primer análisis de aquel escenario nos lleva a visualizar personas hostigadas, amenazadas, manipuladas, cuyo autoestima y autodeterminación se encuentra sometida a la voluntad de un hombre. En esos términos, cabe analizar el grado de dominio de los hechos que se le endilgan.

Sin perjuicio de la existencia de ese contexto, se las imputa como coautoras del delito o partícipes necesarias por el mero conocimiento de la actividad ilícita que realizaba su pareja; profundizando el dolor causado por aquel, pero ahora a nivel institucional. No solo se dejan fuera de valoración aquellas circunstancias, sino que, tanto los investigadores como su propia defensa, siquiera las advierten.

El ejercicio de la violencia de género, en muchas ocasiones, permanece invisible, aún en la propia víctima. Sin un abordaje interdisciplinario, integrado por un equipo de abogados, trabajadores sociales, psicólogos junto a otros especialistas en salud mental; difícilmente se podrá tomar conocimiento de las vivencias padecidas.

Por ello, el cambio estructural que se plantea, no solo se les adjudica a los acusadores, sino a las propias defensas que estigmatizan a esas personas, basándose en su construcción patriarcal, machista y discriminatoria que minimiza todo lo que tienen por decir, siendo la prueba que posiblemente las vehiculice a su libertad.



## V. CONTRABANDO DE ESTUPEFACIENTES Y TRATA DE PERSONAS

La delincuencia organizada transnacional dedicada a la trata de personas, tráfico de estupefacientes, de migrantes y de órganos<sup>15</sup> elige a las mujeres, niños, niñas –en su mayoría– para obtener un beneficio económico a través de su explotación.

En relación con ello, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito explica en el Reporte Global sobre Trata de Personas que, la tendencia de los casos de víctimas detectadas ha ido aumentando de manera constante durante los últimos años en América del Norte, Latina y el Caribe, y Asia<sup>16</sup>.

Las víctimas no solo sufren las consecuencias directas de los criminales que ejercen la explotación, así como la de los clientes; sino las múltiples afecciones a la salud –física, psíquica y social–, contraídas por el contexto en donde se llevan adelante aquellas prácticas adversas.

Según testimonios de víctimas de trata, se ha conocido que vivían hacinadas; con restricciones de aseo, alimentación e ingesta de agua; con la presencia de plagas como roedores e insectos; en ambientes donde el humo de cigarrillo o de otras sustancias era habitual<sup>17</sup>.

Asimismo, los criminales mantienen a las víctimas sedadas bajo los efectos de numerosas drogas a fin de reducir su voluntad y perpetuar su sometimiento. La coacción ejercida para ingerir fármacos y sustancias estupefacientes genera adicciones en las víctimas, lo cual exacerba su vulnerabilidad, resultando un medio idóneo para permanecer en ese estado cautivo, o bien, abstraerlas de esa realidad (STOKLOSA, 2017:4).

Ello, ha propiciado el contagio de diferentes enfermedades venéreas, así como aquellas contraídas durante la explotación sexual que,

---

<sup>15</sup> Naciones Unidas, “*Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”, Palermo, 15 de noviembre de 2000.

<sup>16</sup> UNODC, “*Global Report on Trafficking Persons 2020*”, Viena, 2020, pp. 8-9.

<sup>17</sup> US Department of State (junio de 2016), “*Trafficking in Persons Report*”. Disponible en: [https://www.justice.gov/sites/default/files/pages/attachments/2016/07/01/dos\\_tip\\_2016.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/pages/attachments/2016/07/01/dos_tip_2016.pdf).

en muchas oportunidades, culminan en embarazos, lo cual representa un problema para la organización criminal, apoderándose no solo del cuerpo de la víctima sino de la vida de sus hijos<sup>18</sup>.

Por tanto, resulta clave que, la actuación de los funcionarios judiciales durante el proceso sea abordada desde la perspectiva de género, con equipos interdisciplinarios que acompañen a las víctimas desde el inicio.

Cabe mencionar que, en variedad de ocasiones, las organizaciones narcocriminales utilizan a las mujeres, víctimas de trata, como correos humanos para llevar droga encapsulada en su interior, denominadas “mulas”.

En tanto, será imprescindible el análisis de las circunstancias que rodeen al hecho mismo del contrabando, por parte de los operados judiciales, puesto que, la mera condena de estas mujeres prolongaría la tortura que padecen y dejaría impune a los verdaderos delincuentes<sup>19</sup>.

Por otro lado, también corresponde hacer referencia a aquellas “mulas” captadas que, si bien no revisten la situación de víctimas de trata, su conducta típica bien puede ser objetada dado que, desde el momento que son elegidas hasta que llegan a destino final, se encuentran controladas físicamente por otro miembro de la organización.

Julieta Di Corleto (2020:250) -junto a otras autoras- explica que, esa vigilancia lo excluye de la existencia de disposición de la droga, puesto que no tiene un poder ni control efectivo sobre la misma.

En ese aspecto, cabe señalar que, tal como sostienen los criminólogos críticos con perspectiva de género, la elección de las víctimas no resulta aleatoria, sino que forma parte del sometimiento y sumisión histórica de grupos sociales que han sido segregados, minimizados e inferiorizados por siglos: las mujeres, niñas y niños.

---

<sup>18</sup> CNCP, Sala III, causa nro. FCR 12009504/2012, “Díaz Ramón Angel s/recurso de casación”, rta. 29/4/15, reg.680/15.

<sup>19</sup> Noticias del Ministerio Público Fiscal (2/10/2019), “*Sobresayeron a cuatro personas utilizadas como mulas e imputaron a dos hombres por trata de personas con fines de explotación*”, disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/trata/sobresayeron-a-cuatro-personas-utilizadas-como-mulas-e-imputaron-a-dos-hombres-por-trata-de-personas-con-fines-de-explotacion/>

Aquella exclusión social, económica, política y cultural ha facilitado la captación de estos seres humanos, dominando su voluntad con un único fin: el lucro. Entonces, será motivo de atención para los juzgadores y fiscales intervinientes, en advertir que, la voluntad, el consentimiento y la libertad de aquella persona denominada “mula” no se encuentran en su máxima expresión, sino atravesada por necesidades económicas así como también, vulnerada por hostigamientos, violencia física y coacción.

Todo ello, pone de manifiesto que, los jefes de las organizaciones criminales transnacionales son hombres. Mientras que, las mujeres y otros colectivos son cosificados como los objetos del delito de trata de personas; mulas que cargan en su interior la sustancia estupefaciente o sus vendedores minoristas; revistiendo el último eslabón de la cadena de tráfico, presente en las estadísticas de los sistemas penitenciarios. Son las madres de los soldados del narcotráfico; las dueñas de los órganos traficados.

El abordaje con perspectiva de género implica que, el rol desempeñado en el área privada y doméstica por la mujer -esposa y madre- se trasladó a ser el objeto del grupo organizado, incluyendo a aquellas personas con otras identidades de género que, por esa razón, son captadas, dada la vulnerabilidad en la que se encuentran a causa de la exclusión social, económica, política y laboral.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La jurisprudencia así como la doctrina jurídico-penal refleja valores y costumbres que profundizan la desigualdad de género en el sistema de justicia argentino. Entonces, cabe preguntarse si el Poder Judicial representa y refleja un real Estado de Derecho en los términos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La perspectiva de género en el proceso penal conlleva seguridad jurídica para todos los habitantes de este suelo que deban enfrentarse con el aparato punitivo del Estado. No solo se trata de incorporar una mirada inclusiva e interseccional, sino reivindicatoria de derechos, despojados de tantas personas inocentes condenadas por hechos no cometidos fundados en parámetros subjetivos, impuestos por el poder dominante.

De ese modo, se incorporará la amplitud probatoria, incluyendo dictámenes de profesionales -especialistas en diversas materias- que aporten sus conclusiones con un enfoque basado en género, haciendo valer entre otras garantías, la debida defensa en juicio.

Para ello, resulta imperiosa la capacitación de los operadores judiciales en esta materia, puesto que, en general, su accionar esboza características patriarcales propias de una estructura cultural añeja, fundacional de la violencia sexista, por tanto, deficiente, discriminatoria y vulneradora de los derechos fundamentales.

En otro orden, el lenguaje claro, abierto y llano permitirá mejorar el acceso a la justicia. Asimismo, la aplicación de las nociones de género a lo largo de todo el proceso, desde la instrucción al debate oral, evitará la revictimización así como la utilización de prejuicios o exigencias asociadas a estereotipos impuestos.

En ese sentido, corresponde recordar la claridad de Nino (2014:42) cuando menciona que: *“Los objetivos del Derecho, fundamentalmente los objetivos para superar los problemas de cooperación que es una buena función del Derecho, se resuelven no por una suma de acciones individuales, sino que se resuelven por una acción colectiva”*.

En efecto, forma parte de la política pública entablar de forma urgente, mecanismos ejecutivos que incorporen en cada uno de los Poderes la perspectiva de género puesto que es transversal a cada esfera. Si bien mediante la Ley Micaela (Nº 27.499) se ha comenzado a transitar ese camino, es urgente reforzarlo mediante la implementación de otros dispositivos en pos de acelerar la transformación que la sociedad demanda.

Es tiempo de que el Estado argentino consagre, de una vez y para siempre, los derechos que Eleanor Roosevelt denominó “Humanos”, para que dejen de ser solo del “Hombre” y pasen a ser universalmente de todos.

Aquella lucha que el Feminismo viene dando desde un espacio social integrador, hoy debe representarse en las decisiones judiciales que reivindiquen la igualdad de género.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRANCOS, D. (2000). Inferioridad jurídica y encierro doméstico. En F. GIL LOZANO, V. PITA, & M. INI, *Historia de las Mujeres en la Argentina. Tomo I*. Buenos Aires: Siglo XX.
- BODELON, E. (2014). *Violencia Institucional y Violencia de Género*. Barcelona: Universitá Autónoma de Barcelona.
- CELS, C. C. (2020). *La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina*. Buenos Aires.
- CRENSHAW, K. W. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 1241-1299.
- DI CORLETO, J. (2018). *Malas madres: aborto e infanticidio en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Didot.
- DI CORLETO, J., LAURENZO COPELO, P., SEGATO, R., ASENSIO, R., & GONZÁLEZ, C. (2020). *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Madrid: Proyectos Editoriales.
- ESTRICH, S. (2010). Violación. En *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería.
- LÓPEZ PEIRÓ, B. (2018). *Por qué volvías cada verano*. Buenos Aires: Madreselva.
- MACKINON, C. (2006). *“Feminismo, marxismo, método y Estado. Hacia una teoría feminista”*. Madrid: Catedra S.A.
- NINO, C. (2014). *Derecho, Moral y Política*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- PITCH, T. (2003). *Responsabilidad limitadas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- STOKLOSA, Hanni (enero de 2017), “*Human Trafficking, Mental Illness, and Addiction: Avoiding Diagnostic Overshadowing*”, Research Gate.
- VISPO Silvina N., CASAL Juan, CASAL Juan I., WAISBLATT Luciana y KARATANASÓPULOZ, Carlos, “Abruptio Placentae: Revisión”, *Revista de Posgrado de la Cátedra VI Medicina*, Octubre 2001.

---

# APORTES DESDE EL DERECHO AMBIENTAL PARA UNA TRANSICIÓN ENERGÉTICA SOSTENIBLE<sup>1</sup>

---

YAMILA MARIAN CASTAGNOLA<sup>2</sup>

Universidad de Belgrano - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 94-123  
Recibido: 6/7/2021 - Aceptado: 9/9/2021

**Resumen:** La crisis climática que atravesamos nos exige soluciones novedosas frente a la complejidad del problema. En materia energética, esas soluciones vienen de la mano de un nuevo orden energético que reemplazará la centralidad de los combustibles fósiles por las energías renovables. En este artículo nos permitimos describir brevemente el régimen legal vigente a nivel nacional y provincial sobre energías renovables y explorar algunas cuestiones ausentes aún de regulación con la finalidad de interpelar al lector sobre los desafíos jurídicos que plantea la transición energética en nuestro país.

**Palabras clave:** crisis climática, transición energética, sustentabilidad, energías renovables, derecho ambiental

---

<sup>1</sup> El presente artículo es producto del Proyecto de Investigación: “*El derecho al sol: Consideraciones jurídicas, sociales y económicas acerca de la energía solar fotovoltaica*” dirigido por el Dr. Dino Bellorio Clabot y del cual la autora es Co-Directora, en la Universidad de Belgrano, período 2019-2020. Lejos de ofrecer soluciones jurídicas a las cuestiones planteadas, nos hemos propuesto interpelar al lector e invitarlo a reflexionar sobre algunos temas que, a nuestro criterio, carecen aún de regulación suficiente.

<sup>2</sup> Abogada y Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Belgrano. Docente e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano. Miembro de equipo de investigación del Instituto de Investigaciones Socio Jurídicas Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



**Abstract:** The climate crisis we are going through requires innovative solutions according to the complexity of the problem. When we think about energy matters, these solutions come hand in hand with a new energy order that will replace the centrality of fossil fuels with renewable energies. In this article we briefly describe the legal regime in force at the national and provincial level on renewable energies and explore some issues that are still absent from regulation in order to question the reader about the legal challenges posed by the energy transition in Argentina.

**Keywords:** climate crisis, energy transition, sustentability, renewable energies, environmental law

---

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.a. El rol de la transición energética frente a la crisis climática global

El mundo se encuentra en transición. Los últimos cinco años han sido cruciales para instalar en la agenda pública la importancia de cambiar de manera radical nuestra matriz energética para disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) que provocan el cambio climático y así cumplir con los compromisos asumidos internacionalmente en el Acuerdo de París<sup>3</sup>.

En efecto, de acuerdo con los datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el sector energético es actualmente responsable de casi la mitad de las emisiones de GEI de la región, por lo que resulta primordial avanzar rápidamente hacia matrices energéticas mixtas o con preponderancia de renovables como un instrumento de mitigación de dichas emisiones (CEPAL, 2019).

Esta situación se repite en la Argentina, donde las emisiones totales del sector energético representan aproximadamente el 53% del inventario de GEI nacional (Secretaría de Energía, 2019:174).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Argentina ratificó el Acuerdo de París a través de la Ley 27.270 – publicada en el Boletín Oficial, 19 de septiembre de 2016-. Dicho Acuerdo entró en vigor el 4 de noviembre 2016. La Segunda Contribución Determinada a Nivel Nacional fue publicada en diciembre de 2020 (MAyDS, 2020).

<sup>4</sup> De acuerdo con los datos del inventario nacional de gases de efecto invernadero, en 2014 Argentina emitió 386,3 MtCO<sub>2</sub>eq, de las cuales 193 millones

La pandemia por COVID-19 ha funcionado como un acelerador de estos cambios. Durante 2020 se ha manifestado con entusiasmo que nos encontramos en las vísperas de un “nuevo orden energético” (“*new energy order*”) o una nueva normalidad energética (“*new energy normal*”)<sup>5</sup>. Podríamos decir que de la misma manera que los combustibles fósiles han energizado y promovido el desarrollo durante el siglo XX, pareciera que no hay dudas respecto a que **los próximos años del siglo XXI serán los de las energías renovables**.

En efecto, en el actual contexto, donde los productores de combustibles fósiles están siendo forzados a enfrentar sus vulnerabilidades, principalmente a través del reclamo ciudadano, algunos hechos nos invitan a reflexionar acerca de la poca capacidad de resiliencia de las empresas frente a los cambios que se efectivizarán mucho más rápidamente de lo que hubiéramos considerado una década atrás<sup>6</sup>. Entre ellos destacamos la remoción de *Exxon Mobil* del índice industrial *Dow Jones*<sup>7</sup> en agosto de 2020, quedando un único representante del sector

---

provinieron de usos energéticos. Esto significa el 28,7% son generadas en el sector energético -40% de las cuales provienen de la generación de energía eléctrica- (Plan Nacional de Energía y Cambio Climático Argentina).

<sup>5</sup> Han aparecido publicados artículos en prestigiosos medios periodísticos como *The Economist* (“*Is it the end of the oil age? Power in the 21st century*”, 17/9/2020) o *El País* (“*El Dow Jones expulsa a ExxonMobil en su mayor revisión en siete años*”, 25/8/2020) e informes de firmas consultoras como DNV GL (2020) que avalan estas conclusiones.

<sup>6</sup> Si bien el impacto es todavía meramente simbólico, ya que como señala Julian Lee (2020) esto no significa que estemos cerca de la desaparición de la industria petrolera ni mucho menos, lo cierto es que estos hechos demuestran que las compañías están enfrentando la necesidad de reinventarse en un mundo en el que su principal producto está siendo objeto de fuertes críticas por parte de los consumidores cada vez más conscientes de su impacto en el cambio climático y la contaminación local derivada de una mala gestión.

<sup>7</sup> En inglés “*blue-chip stock index*” dado que solo un grupo de empresas pueden formar parte de él. En la actualidad, “(u)n comité elige miembros en un esfuerzo por mantener una representación del sector “adecuada” y favorece a una empresa que “tiene una excelente reputación”, demuestra crecimiento sostenido y es de interés para un gran número de inversores”. Es posible ampliar en *World Energy Trade*, “*¿Por qué Exxon es expulsado del índice Dow Jones para dar paso a empresas tecnológicas?*”, 26/8/2020, versión digital disponible en <https://www.worldenergytrade.com/finanzas-energia/economia/>



dentro de este conjunto de acciones de primera clase norteamericano la firma *Chevron*<sup>8</sup> y la decisión del Tribunal de distrito de La Haya de mayo de 2021 condenando a la firma *Shell* a reducir en un 45% sus emisiones de dióxido de carbono para 2030, comparado a los niveles de 2019– en lugar del 20% que la empresa había comprometido<sup>9</sup>.

### 1.b. Nuestro objeto de estudio

Este trabajo indaga en torno a la inclusión de la energía eléctrica renovable como pieza fundamental en las políticas nacionales de mitigación del cambio climático y explora la interseccionalidad entre el derecho de la energía y el derecho ambiental al analizar las opciones tomadas por el legislador -a nivel nacional y provincial- para propiciarla a partir de 2016.

Nos interesa profundizar el estudio sobre la regulación de la energía eléctrica renovable, toda vez que observamos un incremento de la electrificación que avanza a pasos agigantados. Para **mediados del siglo XXI se estima que el 41% de la demanda final de energía sea cubierta con energía eléctrica**. O sea, el doble de los valores actuales (DNV GL, 2020)<sup>10</sup>.

---

por-que-exxon-es-expulsado-del-indice-dow-jones-para-dar-paso-a-empre-  
sas-tecnologicas.

<sup>8</sup> La empresa, que formaba parte del índice desde el año 1928, “(...) valía 525.000 millones de dólares en 2007, pero ahora está apenas en 180.000, castigada por la caída de los precios del crudo y por las tendencias estructurales de las economías” (El País, 2020)

<sup>9</sup> Fallo del 26 de mayo de 2021 en autos “Milieudéfensie et al vs. Royal Dutch Shell PLC”, Corte de Distrito de La Haya, Causa Nro. C/09/571932 19/379.

<sup>10</sup> Esto es consecuente con el trabajo que vienen desarrollando diferentes organismos internacionales para traccionar la electrificación del transporte como estrategia para reducir drásticamente las emisiones de GEI en diferentes países. Se puede consultar la plataforma de electromovilidad del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y las experiencias promovidas desde el PNUMA. Ver descripción general en <https://blogs.iadb.org/energia/es/electromovilidad-transporte-mas-limpio-seguro-y-eficiente/> (2019); el estudio de caso uruguayo <https://publications.iadb.org/es/beneficios-de-la-electrificacion-estudio-del-caso-del-transporte-colectivo-electrico-en-uruguay> (2020); el informe del PNUMA “Movilidad Eléctrica: Avances en

A esos fines describimos brevemente las principales normas que regulan la generación eléctrica renovable a nivel nacional y provinciales y nos permitimos reflexionar en torno a algunas problemáticas que, a nuestro entender, aún no cuentan con una regulación jurídica suficiente que garantice la transición energética iniciada.

## **2. EL CAMINO TRANSITADO EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES EN LA ARGENTINA**

### **2.a. El marco regulatorio hasta el año 2015: los regímenes de promoción**

#### *2.a.1. Marco regulatorio de la energía eléctrica*

La energía es un recurso esencial para la sociedad y el desarrollo de los países al punto que jurídicamente se ha hablado de la existencia de un derecho fundamental a la energía (Parente, 2010). Como consecuencia de ello, en el ámbito de las políticas públicas, la política energética debe ser una política sectorial de largo plazo, inserta en la política global de desarrollo, con objetivos escalonados claramente establecidos a corto, mediano y largo plazo. Además, por el nivel de inversiones que supone, esa planificación debe desarrollarse dentro de un marco institucional y jurídico perfectamente establecido.

En la Argentina, las Leyes Nacionales 15.336<sup>11</sup> y 24.065 (1991)<sup>12</sup> establecen el régimen de la energía eléctrica regulando las actividades

---

América Latina y el Caribe y oportunidades para la colaboración regional 2019" file:///C:/Users/ycastagnola/Downloads/MovilidadEle%CC%81ctrica\_LAC.pdf (2019). Más recientemente, el recientemente asumido Joe Biden ha anunciado un ambicioso plan de recuperación para Estados Unidos que incluye el desarrollo de un transporte más limpio (<https://movilidadelectrica.com/joe-bide-plan-transporte-limpio/>). El propio presidente Fernández, en la apertura de sesiones el 1 de marzo de 2021, manifestó ante la asamblea legislativa que el envió al Congreso del Proyecto de Ley Electromovilidad. Se trata de un paquete de medidas que busca promover la fabricación de autos eléctricos en la Argentina y la producción local de baterías con iones de litio.

<sup>11</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 15 de noviembre de 1960. Argentina.

<sup>12</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 16 de enero de 1992. Argentina

de generación, transporte y distribución de electricidad. Entre sus objetivos se incluyen: a) proteger adecuadamente los derechos de los usuarios; b) promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y c) alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo. Además, se define como “servicio público” al transporte y distribución de electricidad y establece que la actividad de generación es de “interés general” siendo que “las operaciones de compra o venta de la electricidad de una central con el ente administrativo o con el concesionario que en su caso presta el servicio público, se reputarán actos comerciales de carácter privado” (artículo 4 ley 15.336 modificado por art. 89 de la ley 24.065). La excepción que el sistema prevé es la concesión del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) para el aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de los cursos de agua pública cuando la potencia normal que se conceda exceda de 500 kilovatios.

### *2.a.2. Promoción de la generación eléctrica de origen eólico y solar: la ley 25.019*

En el marco de sus competencias, el Estado Nacional ha establecido un régimen de promoción de las energías renovables a través de la reducción de derechos de importación o sobre descuentos en impuestos nacionales como IVA o ganancias<sup>13</sup>. De esta manera, en el año 1998 se sancionó la **ley 25.019**<sup>14</sup> que **declaró de interés nacional la generación de energía eléctrica de origen eólico y solar en todo el territorio nacional** estableciendo incentivos fiscales para fomentar esta industria; creando un Fondo Fiduciario de Energías Renovables destinado a incentivar la generación de ese tipo de energía, mediante un sistema de prima por MW.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> La cuestión en torno a la distribución de competencias de los Estados Nacional y Provinciales se encuentra controvertida. Puede consultarse al respecto el trabajo de Thomas (2019).

<sup>14</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 26 de octubre de 1998. Argentina.

<sup>15</sup> De acuerdo con los datos publicados por Cassagne (2017) aproximadamente 10 dólares por MW hacia 2017.

En materia fiscal específicamente, la ley establece los siguientes beneficios:

- Diferimiento del pago del impuesto al valor agregado (IVA) por el término de quince (15) años en relación con las inversiones de capital. Dichos diferimientos pueden pagarse luego en quince (15) anualidades a partir del vencimiento del último;
- Estabilidad fiscal a nivel nacional por el término de quince (15) años para la actividad de generación que vuelque su energía en el mercado eléctrico mayorista y/o destinada a la prestación de servicios públicos.

Además, se invita a las provincias a adoptar un régimen de exenciones impositivas en sus respectivas jurisdicciones en beneficio de la generación de energía eléctrica de origen eólico y solar.

### *2.a.3. El régimen nacional de fomento para la producción eléctrica renovable: la ley 26.190*

En 2006 llegó el turno de la **ley 26.190**<sup>16</sup> de **Régimen de fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica** que declaró de interés nacional la generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes de energía renovables con destino a la prestación de servicio público como a la investigación para el desarrollo tecnológico y fabricación de equipos. Su objetivo era lograr una contribución de las fuentes de energía renovables hasta alcanzar el 8% del consumo de energía eléctrica nacional en el plazo de diez años a partir de la puesta en vigencia del presente régimen, es decir a enero de 2017.

Para ello, el artículo 6 establecía una serie políticas públicas a adoptar por el PEN con la finalidad de promover la inversión en el campo de las energías renovables, las cuales fueron definidas en el artículo 2 de la norma.

En materia fiscal se estableció un régimen nacional de inversiones para la construcción de nuevas obras de infraestructura de generación por un período de diez años. Podían ser beneficiarios las personas

---

<sup>16</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 2 de enero de 2007. Argentina.

físicas y/o jurídicas que sean titulares de inversiones y concesionarios de obras nuevas de producción de energía eléctrica generada a partir de fuentes de energía renovables, aprobados por la autoridad de aplicación, con radicación en el territorio nacional, cuya producción esté destinada al Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) o la prestación de servicios públicos.

Los beneficios fiscales y promocionales previstos incluían la devolución anticipada del impuesto al valor agregado (IVA) o, de manera alternativa, la amortización acelerada de esos bienes u obras en relación al impuesto a las ganancias.

Sin embargo, como consecuencia de la crisis económica, financiera e institucional que el país atravesó entre los años 2001/2002 se abrió un proceso de renegociación de los contratos de prestación de los servicios públicos (ley 25.561<sup>17</sup>), paralizando las inversiones en el país, que se mantuvo en emergencia hasta finales de 2015. Para el sector de la energía eléctrica, el atraso en los niveles de inversión de infraestructura en las redes de distribución y la dependencia del abastecimiento en equipos de generación móvil de tipo emergencial, sumado a los escasos beneficios regulados, no sólo entorpecieron el desarrollo de un mercado de renovables, sino que fueron disminuyendo la calidad del servicio proveniente de fuentes convencionales. Esta situación, y la alta dependencia de divisas para la importación de energía, determinaron la decisión del PEN que declaró la *emergencia* del *Sector Eléctrico Nacional* hasta el 31 de diciembre de 2017 a través del Decreto PEN 134/15<sup>18</sup>.

En ese sentido, se puede observar al analizar los datos publicados en el *Balance Energético Nacional de 2016* que, a pesar de los objetivos establecidos en el mencionado régimen de promoción, la Argentina continuaba mostrando en ese período una alta dependencia de fuentes de energía no renovables como el petróleo, el gas natural y el carbón mineral, las cuales representaban el 87% de la matriz energética primaria. De ellos, el gas natural constituía el principal componente de la matriz, con una participación superior al 50% en la oferta de

---

<sup>17</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 7 de enero de 2002. Argentina.

<sup>18</sup> Publicado en el Boletín Oficial, 17 de diciembre de 2015. Argentina.

energía primaria, resultado de una política de Estado implementada desde fines de la década del 40 que logró que este recurso se transforme en un pilar fundamental de la matriz energética nacional. En cambio, las fuentes de energía no fósiles como la hidráulica, nuclear, eólica, solar y biomasa continuaban teniendo un aporte muy marginal sobre el total.

## **2.b. El marco regulatorio a partir del año 2015: la interseccionalidad**

### *2.b.1. El actual régimen de promoción establecido por la ley 27.191*

A partir de finales de 2015 una serie de políticas públicas impulsaron las energías renovables en nuestro país inaugurando el período de transición energética.

En ese orden de ideas, a través de la sanción de la **ley 27.191**<sup>19</sup> que introduce algunas modificaciones en el régimen de fomento instituido por la ley 26.190, el Estado Nacional puso en marcha un proceso de ampliación de la oferta de renovables en el mercado eléctrico nacional con la finalidad de transformar la matriz energética.

La ley establece dos etapas: la primera de ellas hasta el 31 de diciembre de 2017 en la cual el objetivo del régimen era lograr una contribución de las fuentes de energía renovables hasta alcanzar el ocho por ciento (8%) del consumo de energía eléctrica nacional; la segunda etapa abarca el período 2018-2025, llegando a lograr una contribución de las fuentes renovables de energía hasta alcanzar el veinte por ciento (20%) del consumo de energía eléctrica nacional, al 31 de diciembre de 2025.

Además, impone la obligación a los Grandes Usuarios y Grandes Demandas cuyo consumo de energía eléctrica en el año supere los 300 kW de cumplir con la pauta de consumo mínimo obligatorio en forma individual. Para ello, se les permite cumplir con el objetivo mediante autogeneración o la contratación directa (o indirecta) de energía renovable con generadores. Para la demanda remanente -otros usuarios-, es la autoridad de aplicación la que deberá arbitrar los medios necesarios para incorporar más opciones renovables en la oferta de generación.

---

<sup>19</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 21 de octubre de 2015. Argentina.

La ley regula una serie de beneficios impositivos y aduaneros de mayor proyección que sus antecesoras:

1) de acuerdo con el artículo 17, “el acceso y la utilización de las fuentes renovables de energía incluidas en el artículo 4° de la ley 26.190, modificado por la presente ley, no estarán gravados o alcanzados por ningún tipo de tributo específico, canon o regalías, sean nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta el 31 de diciembre de 2025”- y

2) los sujetos titulares de todos los proyectos de inversión (que reúnan los requisitos exigidos para ser beneficiarios del régimen instituido en la ley 26.190) se encuentran exentos del pago de los derechos a la importación y de todo otro derecho, impuesto especial, gravamen correlativo o tasa de estadística, con exclusión de las demás tasas retributivas de servicios, por la introducción de bienes de capital, equipos especiales o partes o elementos componentes de dichos bienes, nuevos en todos los casos, y de los insumos determinados por la Autoridad de Aplicación, que fueren necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

Y se ha complementado con el aseguramiento de una cuota de mercado a través del lanzamiento de tres rondas del Programa RenovAr (Res. MEM 71/2016)<sup>20</sup>, asegurando también la prioridad del despacho eléctrico.

### *2.b.2. El fomento a la generación distribuida de energía renovable*

Creemos que la introducción de nuevas herramientas de promoción a través de la sanción y reglamentación de la **ley 27.424**<sup>21</sup> en 2017 que establece el régimen de fomento a la generación distribuida de energía renovable integrada a la red eléctrica y declara de interés público el libre acceso a los sistemas de suministro introduciendo al marco regulatorio nacional el concepto del “prosumidor” que es el usuario – generador, podría ser uno de los caminos para acelerar las transiciones en nuestro país.

---

<sup>20</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 22 de noviembre de 2016. Argentina.

<sup>21</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 27 de diciembre de 2017. Argentina.

De acuerdo con los especialistas, es esperable que el incremento de la autogeneración doméstica —a través de la instalación de pequeños paneles fotovoltaicos— sería clave para una transformación más rápida de la matriz energética. El futuro podría ser entonces renovable (solar) y distribuido.

En esta línea, es interesante el caso de la provincia de Córdoba que está trabajando la regulación de la “generación distribuida comunitaria”<sup>22</sup>.

### *2.b.3. La inclusión de la temática en la normativa climática argentina*

A su vez, la promoción de las energías renovables es incorporada dentro de normas de tipo ambiental como lo es la **Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental 27.520 de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global**<sup>23</sup>. En ese sentido, su art. 24 prevé entre las medidas y acciones mínimas de mitigación a establecerse por el Gabinete Nacional de Cambio Climático, a través del Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático, y las autoridades competentes de cada jurisdicción, las siguientes:

*“inc. b) La utilización progresiva de energías renovables y la consecuente reducción gradual de emisiones de gases de efecto invernadero, con plazos y metas concretas y escalonadas.*

*Inc. c) Implementar medidas para fomentar la eficiencia y autosuficiencia energética.*

*Inc. d) Promover la generación distribuida de energía eléctrica, asegurando su viabilidad jurídica.”*

Su **Decreto reglamentario PEN 1030/2020**<sup>24</sup> ofrece un plazo de tres años desde su vigencia para que cada jurisdicción elabore y apruebe su “Plan de respuesta al cambio climático”, pero respecto del art. 24 sólo dispone que es una facultad discrecional del Gabinete

<sup>22</sup> Puede ampliarse en <https://www.energiaestrategica.com/cordoba-prepara-una-normativa-para-incentivar-proyectos-de-energias-renovables-a-mediana-escala/>.

<sup>23</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 20 de diciembre de 2019. Argentina.

<sup>24</sup> Publicado en el Boletín Oficial, 18 de diciembre de 2020. Argentina.



Nacional determinar las modalidades para implementar sus acciones, coordinándolas con cada jurisdicción con respeto al sistema federal.

En cuanto al **Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático**, el mismo ha sido formalizado en noviembre de 2019 mediante la firma de la Resolución 447/2019 de la Secretaría de Gobierno de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación<sup>25</sup>. Su anexo 1 incluye los diversos planes sectoriales, entre el que se encuentra el **Plan Nacional Sectorial de Energía** (presentado en 2017 y actualizado en 2019) que **pronostica la evitación de 77 millones de toneladas de dióxido de carbono equivalente (MtCO<sub>2</sub>eq) en ese sector para el año 2030.**

El Plan Sectorial, que se encuentra alineado con el ODS 7, apunta a dos grandes ejes de intervención: uno de ellos, vinculado con la demanda de energía (eficiencia energética) y otro, con su oferta (a través de la incorporación de un mayor porcentaje de energías renovables en la matriz energética nacional).<sup>26</sup>

De nuestro análisis sobre los documentos mencionados, podríamos decir que la reglamentación hoy no ofrece pautas claras respecto de la reducción gradual de las emisiones de GEI en el sector, habiéndose incluido los lineamientos al respecto en el Plan Sectorial. Sin embargo, luego del cambio de Administración y teniendo en cuenta que la Argentina se encuentra considerando volver a modificar su meta de reducción de emisiones de GEI en el marco del Acuerdo de París, actualmente se ha conformado una mesa de trabajo para revisar dicho Plan y determinar los compromisos específicos que se asumirán por

---

<sup>25</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 27 de noviembre de 2019. Argentina.

<sup>26</sup> Recordemos que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó a través de la Resolución N° 70/1 de fecha 25 de septiembre de 2015 la "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" que plantea 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental del desarrollo. En nuestro país, el organismo encargado de coordinar las acciones necesarias para su efectivo cumplimiento es el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales (Decreto PEN 499/2017, publicado en el Boletín Oficial, 13 de julio de 2017. Argentina). El ODS 7 propone garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos. Se puede obtener información sobre su progreso en el Segundo Informe Voluntario Nacional (2020: 154-159).

parte de los distintos actores involucrados en la gestión energética con la finalidad de acelerar el proceso de transición y consolidar una matriz mixta.

Coincidimos con Morel (2020) cuando expresa que “(e) de lamentar la falta de una política de financiamiento que provenga de la captación de fondos con sistemas de bonos o deducción de impuestos o cargas para quienes contribuyan a bajar emisiones y en todo caso a mantener paisajes que hacen de sumidero de los gases abordados por esta ley. Estas medidas de financiamiento han sido relegadas y así en lugar de aprovechar el espacio legal para aprobar medidas que siempre cuesta sancionar después (...)”, el diseño y la promoción de incentivos se presentó como facultad del mencionado Gabinete.

#### *2.b.4. Un camino a recorrer*

Del análisis normativo realizado se desprende que la primera regulación integral para energías renovables data del año 2006, siendo el principal antecedente la ley 25.019. Antes de ese momento, no había distinciones por el origen de la energía en el marco regulatorio eléctrico. A través de la ley 26.190 se establecieron una serie de incentivos fiscales para la promoción de la industria renovable que resultaron limitados y no lograron hacer despegar al sector. Similares incentivos han sido incluidos en los regímenes de promoción provinciales, como veremos en el próximo acápite.<sup>27</sup>

La ley 27.191 amplió esos beneficios e incorporó una serie de obligaciones que coadyuvaron a impulsar al sector. Los datos del Balance Energético Nacional de 2019 determinan que el 6% de la generación de electricidad en el año 2019 fue en base a fuentes renovables no convencionales. La generación eólica representa el 42% de esa energía, la solar 3%, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos 43% y otras renovables no convencionales 12% (Ministerio de Economía, 2020).

El reporte mensual de CAMMESA para diciembre de 2020 indicaba que del total generado – 12.742 GWh – 1440 GWh correspondieron

---

<sup>27</sup> El análisis legal se puede ampliar en Devalis (2018).

a energías renovables, habiéndose evidenciado una variación interanual (diciembre 2020 vs. diciembre 2019) de 57,9% de incremento en la generación renovable. Por lo que, **el 11% de generación de electricidad en diciembre de 2020 fue renovable** (CAMMESA, 2020:19).

Si bien se han relevado más de 35 proyectos de ley nacionales tramitados entre los períodos legislativos 2015-2020 que acentúan esta tendencia, la mayoría de ellos instituyen diferentes herramientas para promover la utilización de energías renovables (principalmente solar térmica, solar fotovoltaica y eólica) en la construcción de nuevas viviendas sociales, edificios y espacios públicos de jurisdicción nacional, la adquisición e instalación de equipos de energía solar y/o eólica y la fabricación nacional de éstos.<sup>28</sup>

Sin embargo, aún hay un camino legislativo por recorrer a fin de desincentivar el uso de fuentes convencionales de energía que pueden incluir múltiples herramientas como el establecimiento de nuevas cuotas de consumo obligatorio de energía renovable -ampliando el número de sujetos obligados-, el incremento en la expectativa de generación renovable, la limitación de subsidios a los combustibles, la modificación del impuesto al carbono, entre otras.

### 3. REGULACIÓN RENOVABLE EN LAS PROVINCIAS

No debemos perder de vista que las normas de promoción dictadas por el Poder Legislativo Nacional son normas de adhesión. Por lo tanto, se requiere la incorporación de las mismas a través de normas provinciales que no sólo pueden incorporar una autoridad provincial de aplicación, sino también establecer incentivos fiscales propios. En ese orden de ideas, se adjunta a continuación la legislación provincial de referencia:

---

<sup>28</sup> Se pueden consultar los Proyectos 646-S-2018, 455-D-2018, 204-D-2018, 3409-D-2018, 6963-D-2018, 5514-D-2018, 1020-D-2019, 023-S-2019, 7329-D-2018, 4536-D-2018, 585-D-2020, 977-S-2020, 6079-D-2020, 6242-D-2020, entre otros.

Tabla 1. Normas Provinciales de referencia en materia de renovables

| Provincia    | Norma               | Título   | Objeto | Incentivos fiscales  |
|--------------|---------------------|--|--------|--|
| Buenos Aires | Ley N° 14.838/ 2016 | Adherir a la Ley Nacional N° 26.190 y modificatoria Ley N° 27.191 1  |        | Exención impuesto de sellos por 15 años Exención impuesto IB por 15 años Exención impuesto inmobiliario por 15 años Estabilidad fiscal por 15 años   |
|              | Ley N° 5273         | Adhesión al Régimen Nacional de Energía Eólica y Solar establecido por la Ley N° 25.019 y al Régimen de Fomento Nacional (Ley N° 26.190) |        | Se establecen exenciones en el impuesto sobre los Ingresos Brutos y de Sellos para todas las actividades que se encuentren comprendidas dentro de los regímenes mencionados  |
| Catamarca    | Ley N° 5490/ 2016   | Adhesión a la Ley Nacional N° 27.191   |        | Establece la exención de impuestos provinciales para las actividades comprendidas dentro de la ley nacional conforme al siguiente detalle: 1. Exención de pago de impuesto a los sellos 2. Exención del pago de impuesto a los ingresos brutos u otro que grave la actividad lucrativa de los proyectos comprendidos en las citadas leyes. |

| Provincia  | Norma               | Título  | Objeto  | Incentivos fiscales   |
|------------|---------------------|---|---|---|
| Córdoba    | Ley N° 10.937/ 2016 | Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía              |   | No menciona   |
| Corrientes | Ley N° 6445         | Régimen de Fomento a las Energías Renovables - Adhesión a la Ley nacional 27.191      |   | No menciona   |
| Chaco      | Ley N° 2671/ 2017   | Programa Provincial de Incentivos para la Generación y el Uso de Energías Renovables. | Uso racional y sostenible de los recursos energéticos renovables: sol, viento, biogás, la biomasa, la geotermia, la mini-hidráulica y toda otra que mantenga las cualidades básicas que distinguen a este tipo de energías. | Eximición 10 años del pago del 90% del ISIB y su adicional 10% que alcanza a la actividad de producción destinada a:<br>A. Generación y/o cogeneración de energía eléctrica de origen renovables para su autoconsumo, con eventual inyección de excedentes a la red<br>B. transporte, distribución y uso de energías renovables, alternativas o blandas<br>C. provisión de equipamiento mecánico, electromecánico, metalúrgico, eléctrico y aplicativo destinado a dicha actividad. |

| Provincia         | Norma               | Título   | Objeto  | Incentivos fiscales   |
|-------------------|---------------------|--|---|---|
| <b>Entre Ríos</b> | Ley Nº 10.499/ 2017 | Adhesión a la Ley Nacional Nº 26.190 y su modificatoria Nº 27.191  | Según la normativa nacional, son fuentes de energía renovables la eólica, solar, geotérmica, mareomotriz, hidráulica, biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás. La ley provincial <i>agrega</i> a las energías hidrocinética, mini hidráulica y la proveniente del hidrógeno. | No menciona   |
| <b>Formosa</b>    | Ley 1.639/ 2016     | Adhesión al Régimen de Fomento Nacional para el uso de Fuentes Renovables de Energía destinadas a la Producción de Energía Eléctrica |   | Exención de impuestos, tasas y contribuciones a los beneficiarios mencionados en el artículo 8 de la LN 26190, que se dediquen a la realización de emprendimientos de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables de energía, en los términos y condiciones de la citada ley, a partir de la aprobación del proyecto respectivo por parte de las Autoridades de Aplicación nacional y provincial, según reglamentación de Formosa. |

| Provincia | Norma               | Título   | Objeto | Incentivos fiscales  |
|-----------|---------------------|--|--------|--|
| Jujuy     | Ley 6.023/ 2017     | Régimen de integración de energía eléctrica generada a partir de fuentes renovables            |        | Prioridad para recibir apoyo y asistencia de los fondos de promoción de inversiones provinciales; - IS: Exención para aquellos actos o contratos específicos de la actividad; ISIB: Reducción de la alícuota al 50% - Estabilidad fiscal por 10 años   |
| La Pampa  | Ley 2918/ 2016      | Adhesión al Régimen de Fomento Nacional para el uso de fuentes renovables de energía eléctrica |        | Por un período de diez (10) años, un régimen de inversiones para la construcción de obras nuevas, o ampliaciones y mejoras de obras preexistentes a la ley, destinadas a la producción de energía eléctrica generada a partir de fuentes de energía renovables, que regirá con los alcances y limitaciones establecidas en la presente ley |
| Misiones  | Ley XVI N° 117/2016 | Adhesión a Ley Nacional  |        | No menciona  |

| Provincia      | Norma       | Título                               | Objeto   | Incentivos fiscales  |
|----------------|-------------|--------------------------------------|--|--|
| <b>Neuquén</b> | Ley N° 3108 | Adhesión a la Ley Nacional N° 27.191 | Se adhiere a la Ley nacional 27.191, modificatoria de la Ley nacional 26.190 –régimen de fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica–, con excepción de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 17 y reserva de las potestades tributarias y de imposición de la provincia | <p>a) Exención por 20 años del impuesto inmobiliario; b) Exención por 20 años del Impuesto de sellos los actos, contratos u operaciones vinculados con lo relacionado con la actividad de generación de energía eléctrica renovables (desarrollo, construcción, adquisición de tecnología, construcciones civiles, de obra electromecánica o eléctrica, generación de energía, abastecimiento y contratos de operación y mantenimiento, etc.).</p> <p>c) Impuesto sobre los ingresos brutos: la actividad de generación de energía eléctrica a partir del aprovechamiento de fuentes renovables cuenta con una alícuota del cero por ciento (0%) los primeros 5 años. En los períodos fiscales siguientes, se aplicará lo establecido en el Consenso Fiscal (Ley nacional 27.429).</p> |



| Provincia       | Norma             | Título  | Objeto | Incentivos fiscales  |
|-----------------|-------------------|---|--------|--|
| <b>San Juan</b> | Ley N° 1.705/2018 | Adhesión- Generación de energía eléctrica obtenida a través del uso de fuentes de energía renovables. |        | Exención IS todos los actos, contratos y operaciones referidos a la construcción, instalación y adquisición de maquinaria y equipamiento: aplica a los contratistas y subcontratistas de los emprendimientos allí aludidos, como así también a los proveedores de bienes de las etapas de construcción e instalación de dichos emprendimientos. · Exención ISIB a la actividad de generación y venta de energía eléctrica obtenida a partir del aprovechamiento de fuentes renovables. · Exención II a los inmuebles afectados · Estabilidad fiscal por 30 años desde puesta en marcha del emprendimiento energético |

| Provincia        | Norma            | Título   | Objeto  | Incentivos fiscales  |
|------------------|------------------|--|---|--|
|                  | Ley 5.139/2016   | Régimen de fomento nacional para el uso de fuentes EERR                          |   | No contiene  |
| <b>Río Negro</b> | Ley 5291/2018    | Estabilidad fiscal proyectos Renovables  | Aplica para RenovAr; MaTer y/o cualquier otro proyecto que ingrese al MEM | Estabilidad fiscal por 20 años<br>– Emisión de certificado por autoridad de aplicación   |
| <b>Salta</b>     | DNU N° 1271/2016 | Adhesión a la Ley Nacional N° 27.191, modificatoria de la Ley Nacional N° 26.190 |   | Modificación del artículo 14 de la Ley N° 7823. Las personas promovidas con los beneficios de la presente Ley podrán obtener "certificados de crédito fiscal" que serán entregados por un monto de hasta el setenta por ciento (70%) de las inversiones efectivamente realizadas y podrán ser utilizados para el pago de los impuestos a las actividades económicas, a los impuestos de sellos e inmobiliario rural o los que en el futuro los reemplacen. Dichos certificados únicamente podrán ser utilizados para abonar obligaciones tributarias provinciales devengadas en los respectivos impuestos provinciales para los que hayan sido emitidos. |

| Provincia        | Norma             | Título  | Objeto  | Incentivos fiscales |
|------------------|-------------------|---|---|---------------------|
| Tierra del Fuego | Ley N° 1151/2017  | Adhesión a la Ley Nacional N° 26.190, y su modificatoria Ley nacional N° 27.191 | La adhesión hace reserva al dominio original de la provincia sobre sus recursos naturales | No menciona         |
| Tucumán          | Ley N° 8.882/2016 | Adhesión a ley Nacional   |   | No menciona         |

#### 4. ALGUNOS APORTES PARA PENSAR LA SINERGIYA ENTRE CLIMA Y ENERGÍA DESDE EL DERECHO AMBIENTAL

Si bien es cierto que el cumplimiento de las metas propuestas en las normas -tanto de participación de renovables dentro de la matriz energética como de reducción de emisiones de GEI- no depende exclusivamente de condiciones jurídicas, nos propusimos plantear una serie de cuestiones que creemos deben ser tenidas en consideración.

a) **Políticas de disuasión del consumo de combustibles fósiles.** En primer lugar, nos preguntamos si corresponde aplicar a esta temática el *principio contaminador-pagador*, el cual implica que todo productor de contaminación debe, en principio, ser responsable de pagar por las consecuencias dañosas de su acción (Garrido Cordobera, 2012).

Esto nos interpela a reflexionar acerca de la factibilidad de exigir a los productores de combustibles fósiles o titulares de centrales de generación convencionales el pago de un diferencial por la actividad realizada<sup>29</sup>. En otras palabras, ¿es suficiente incentivar a través de regímenes de fomento nacionales y/o provinciales la producción y el consumo de energías renovables?. O, en virtud de los cambios radicales en los modelos de producción que los expertos demandan para consolidar una economía baja en carbono, ¿*deberíamos avanzar en forma progresiva hacia mecanismos de disuasión del uso de las energías fósiles o, inclusive, hacia la prohibición de ciertas actividades con fósiles en base a un criterio de equidad intergeneracional?*<sup>30</sup>

En ese sentido el análisis de Micozzi (2019) sobre el proceso de aprobación de la Ley 27.430<sup>31</sup> que introdujo en la Argentina el impuesto al dióxido de carbono, pero excluyó de su ámbito de aplicación varias actividades (no todas las actividades industriales están incluidas) y no

<sup>29</sup> De interesante lectura el artículo de Micozzi donde se analizan las variaciones introducidas por la Cámara de Diputados al proyecto original del PEN, excluyendo a algunos actores del sistema, previo a la sanción de la Ley Nacional 27.430 -que modifica la Ley 23.966-.

<sup>30</sup> Puede leerse Bradbrook (1996), Outka (2012) y Coplan (2016). Localmente, recomendamos el trabajo de Salassa Boix y Elorrio (2015).

<sup>31</sup> Publicada en el Boletín Oficial, 29 de diciembre de 2017. Argentina.

todas las emisiones se tienen en cuenta (no incluye las emisiones de gas natural), habla sobre una regulación que quedó a mitad de camino. Ello, en consonancia con el Reporte de OCDE “Tasas efectivas sobre el carbono: la tasación de CO<sub>2</sub> mediante impuestos y los sistemas de negociación de derechos de emisión” donde después de analizar la regulación de 42 países se concluye que los precios actuales del carbono, a pesar de que aumentan lentamente, son aún demasiado bajos para incidir significativamente en la labor de frenar el cambio climático (OCDE, 2018).

Estas políticas de disuasión pueden incluir modificaciones en la política de subsidios a los combustibles fósiles, elaboración participativa de acuerdos de transición para la descarbonización del sector, desincentivo al financiamiento de proyectos de generación de energía convencional, implementación de balances de carbono para las industrias y grandes comercios, entre otras.

b) **Ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para energías renovables.** En segundo lugar, nos interesa destacar que, si bien no ha tenido tratamiento, se ha presentado en dos oportunidades el proyecto de ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para energías renovables en la Argentina hacia un 2050 100% renovable (Expedientes 1382-S-2016 y 1025-S-2018) de los otrora Senadores Solanas y Linares. El proyecto califica a la energía del sol y del viento como “bienes comunes” a todas las personas y a la propia naturaleza por lo que debe garantizarse su libre acceso como derecho humano.

Podría parecer una cuestión menor, pero a tenor de lo previsto en el artículo 124 de la Constitución Nacional -que declara el dominio originario de los recursos naturales por parte de las provincias-, consideramos conveniente sustituir las actuales normas de adhesión por una norma de presupuestos mínimos en el que no sólo se regulen las competencias entre los diferentes niveles del Estado sino también se incluyan cuestiones relativas al acceso universal a la energía renovable y consideraciones ambientales vinculadas al proceso de evaluación de impacto ambiental de los proyectos renovables introduciendo algunas temáticas actualmente tratadas por guías técnicas (como los planes de acción para mitigar los impactos sobre aves y murciélagos de

los emprendimientos eólicos<sup>32</sup>), tratamiento de sitios arqueológicos, derechos de consulta y participación de comunidades indígenas, etc.<sup>33</sup>

A su vez, en términos de *accountability*, podría establecerse la obligatoriedad de reporte de las empresas sobre cómo las energías renovables generadas o consumidas contribuyen a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a lo largo de toda la cadena de valor. En ese sentido, el Balance de Gestión en energía 2016-2019 presentado por el PEN (2019) sostiene que: “Hoy 1/3 de la matriz de generación eléctrica de Argentina es libre de emisiones, y debido a las políticas y los proyectos puestos en marcha y en carpeta, se estima que en 2030 esta matriz va a ser dos tercios libre de emisiones dados los proyectos en marcha y en carpeta” (2019:172).<sup>34</sup>

Finalmente, si bien aún es poco abordado el tratamiento y disposición final del equipamiento utilizado en las centrales renovables (aerogeneradores, celdas fotovoltaicas, etc.), es necesario incluir algunas

---

<sup>32</sup> Nos referimos a la Guía de Buenas Prácticas para el Desarrollo Eólico en Argentina: Gestión de Impactos en Aves y Murciélagos, Subsecretaría de Energías Renovables y Eficiencia Energética, 2019, versión digital disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia\\_buenas\\_practicas\\_energia\\_eolica\\_y\\_biodiversidad\\_-\\_final\\_web.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_buenas_practicas_energia_eolica_y_biodiversidad_-_final_web.pdf) (último acceso: 1/3/2021).

<sup>33</sup> No podemos dejar de mencionar aquí dos hechos que pusieron en debate esa distribución de competencias. El caso del Parque Solar Nonogasta, decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de La Rioja el 31 de agosto de 2017 -donde se reclamó la suspensión de la obra de construcción, entre otros motivos, debido a que el uso y goce por parte de la empresa de las fuentes naturales de energía del dominio originario de la provincia de La Rioja, limita y disminuye la capacidad operativa de la Rioja para la explotación actual y futura de sus propios recursos energéticos-; y la sanción de la Ordenanza 11.349/2020 por parte del Concejo Deliberante de la ciudad de Puerto Madryn en la provincia de Chubut que instrumentó una “tasa de servicio a las energías renovables” -mediáticamente denominada “impuesto al viento”- que fue rápidamente repudiada por el sector empresarial renovable (Infobae, “Impuesto al viento”: los parques eólicos de Puerto Madryn pagarán una tasa por producir”, Sección Política, 13 de noviembre de 2020, versión digital disponible en <https://www.infobae.com/politica/2020/11/13/impuesto-al-viento-los-parques-eolicos-de-puerto-madryn-pagaran-una-tasa-por-producir/>)

<sup>34</sup> Sin embargo, los datos son parciales porque los cálculos no toman en cuenta la totalidad de la cadena -desde la fabricación e importación del equipamiento hasta su desuso.

consideraciones sobre la etapa de post consumo de estos bienes, teniendo en cuenta que algunos de sus componentes son peligrosos<sup>35</sup>. Creemos que no hay transición sostenible si no trabajamos en el reciclado y/o adecuada disposición final de los paneles solares fotovoltaicos y si no se establecen condicionantes en ese sentido en las licencias ambientales de los proyectos.

c) **Propuestas legislativas en trámite.** En tercer lugar, hay un paquete de propuestas legislativas en trámite ante ambas Cámaras del Congreso que pueden resultar interesantes para promover la utilización de energías renovables (principalmente solar térmica, solar fotovoltaica y eólica) en la construcción de nuevas viviendas sociales, edificios y espacios públicos de jurisdicción nacional, la adquisición e instalación de equipos de energía solar y/o eólica y la fabricación nacional de éstos.<sup>36</sup>

Dentro de los proyectos en trámite, nos parece interesante la reciente propuesta del Diputado Ferraro sobre la creación e implementación de la “Tarifa Eléctrica Verde” a los fines de promover un aumento en la contribución de las fuentes de energía renovables en el consumo de energía eléctrica nacional. De esta manera, los Agentes Distribuidores y otros Prestadores del Servicio Público de Distribución del MEM

---

<sup>35</sup> Como mínimo, debería ser incluida en los condicionantes de las declaraciones de impacto ambiental de los proyectos. Hemos revisado distintos estudios de evaluación de impacto ambiental de instalación de parques fotovoltaicos en los últimos dos años, advirtiendo que la cuestión es prácticamente ignorada. Apenas alguna mención sobre el reciclado o la disposición final de las celdas fotovoltaicas. Se puede consultar, entre otros: [http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC\\_Abstract%20EXP%202019-34890383.pdf](http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC_Abstract%20EXP%202019-34890383.pdf); [http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC\\_Abstract%20EXP%202019-34786052.pdf](http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC_Abstract%20EXP%202019-34786052.pdf); [http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC\\_Abstract%20EXP%202019-34785344.pdf](http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC_Abstract%20EXP%202019-34785344.pdf); [http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC\\_Abstract%20EXP%202019-34890383.pdf](http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/PCAbstract/PC_Abstract%20EXP%202019-34890383.pdf); <https://ambiente.neuquen.gov.ar/wp-content/uploads/2020/10/EIA-Proyecto-Parque-Solar-El-Alamito-Gaston-Marcote.pdf>; <http://www.ambientejujuy.gob.ar/wp-content/uploads/2019/08/Cap-4-descripci%C3%B3n-del-proyecto.pdf>.

<sup>36</sup> Varias de estas propuestas están en sintonía con lo recientemente planteado por la Asociación de Industrias de Energía Solar de los Estados Unidos (2020) en su documento para el período 117 de sesiones de su Congreso Federal.

deberían garantizar a los usuarios de energía eléctrica el derecho de optar por la Tarifa Eléctrica Verde, lo cual podría constituir una opción muy interesante para las empresas si este proyecto se ligara con otras herramientas como la implementación de los balances de carbono.

Sería importante que la acción legislativa no sólo sea oportuna sino que también vele por respetar los intereses de las jurisdicciones provinciales y dé participación a los actores involucrados, propiciando espacios de trabajo similares a los implementados en relación con la temática del cambio climático.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Acuerdo de París tiende un puente entre las políticas actuales y la neutralidad climática que se plantea actualmente como un objetivo hacia 2050 -lo que significará reducir la emisión de gases de efecto invernadero a los mismos -o menores- niveles que la naturaleza sea capaz de captar-.

Una sola política no es suficiente para abordar tan compleja problemática. Es necesario actuar de manera urgente sobre diversos sectores de la economía para hacer posible el cumplimiento de las metas estatalmente planteadas. En particular, la participación del sector energético es crucial porque buena parte de las emisiones de GEI en nuestros países está asociada al mismo. La interrelación clima-energía es hoy en día indudable.

Dentro de este sector, la producción de electricidad y la transición hacia matrices energéticas sostenibles es uno de los temas a tratar. No podemos dejar de mencionar otro, igual de importante, que es de garantizar el acceso a la energía a nivel individual y colectivo -entre países desarrollados y aquellos que se encuentran en camino a serlo-.

Argentina no ha estado ajena a la situación. En el marco del mencionado Acuerdo de París, Argentina no sólo ha presentado, sino que continúa trabajando en mejorar su Contribución Determinada a Nivel Nacional y eso demuestra la inserción de la temática en la agenda pública y la voluntad política de trabajar en un plan de respuesta al cambio climático razonable. El Plan Nacional Sectorial de Energía, actualmente en proceso de revisión, pareciera ir en esa línea.



Sin embargo, es necesario plantearse la necesidad de contar con una ley nacional de presupuestos mínimos de protección ambiental para las energías renovables, con visión federal, que regule una serie de obligaciones comunes para aquellas personas que pretendan desarrollar un proyecto renovable y que revalorice el lugar que la autoridad ambiental jurisdiccional tiene en la evaluación de los mismos, incorporando algún mecanismo disuasorio de las actividades que siguen utilizando combustibles fósiles más eficaz que el actual impuesto al dióxido de carbono.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Bellorio Clabot, Dino (1997). *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo II. Buenos Aires, Ed. Ad-hoc.
- Bradbrook, Adrian J. (1996). The development of a legislative framework for renewable energy and energy conservation. *Renewable Energy*, Volume 8, Issues 1–4, May–August 1996, pp. 107-116.
- Cassagne, Ezequiel (2017). El régimen de las energías renovables en Argentina. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Núm. 24. Enero-Junio (2017). Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 47-68.
- Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales (2020). *Segundo Informe Voluntario Nacional de la Argentina 2020*. Primera ed. República Argentina.
- Coplan, Karl S. (2016). Fossil Fuel Abolition. *Legal and Social Issues*, 41 Colum. J. Envtl. L. 223, disponible en versión digital en <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/1022/>
- Devalis, Carla (2018). Regulación de las energías renovables en la Argentina. *Revista de la Facultad*, Vol. IX N° 1 Nueva Serie II. Universidad Nacional de Córdoba. pp. 201-218, disponible en versión digital en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24420>
- DNV GL (2020): *Energy Transition Outlook 2020*, versión digital disponible en <https://eto.dnvgl.com/2020/highlights/#Energy-Transition-Outlook-2020-highlights>

- Galperín, Carlos, Lottici, María Victoria y Pérez Llana, Cecilia (2010). Los subsidios a los combustibles fósiles en la agenda del G-20. *Revista del Centro de Economía Internacional* Número 18, versión digital disponible en <http://www.cei.gov.ar/userfiles/parte5b.pdf>
- Garrido Cordobera, Lidia (2012). Cuestiones que plantea la responsabilidad por riesgo ambiental: Desafíos de la postmodernidad. *Revista Jurídica de Daños* Número 3 - Julio 2012. IJ Editores. Cita: IJ-LXV-266.
- Lee, Julian: "As Exxon Mobil is removed from the Dow, is this the end for Big Oil?", *Business Standard*, 30/8/2020, versión digital disponible en [https://www.business-standard.com/article/international/as-exxon-mobil-is-removed-from-the-dow-is-this-the-end-for-big-oil-120083000362\\_1.html](https://www.business-standard.com/article/international/as-exxon-mobil-is-removed-from-the-dow-is-this-the-end-for-big-oil-120083000362_1.html)
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2020). *Segunda Contribución Determinada a Nivel Nacional de la República Argentina*. República Argentina.
- Micozzi, Mariana (2019). "El impuesto al dióxido de carbono en Argentina: análisis de un instrumento político". FARN, versión digital disponible en <https://farn.org.ar/iafonline2019/articulos/el-impuesto-al-dioxido-de-carbono-en-argentina-analisis-de-un-instrumento-politico/>
- Ministerio de Economía de la Nación (2020). *Balance Energético Nacional de la República Argentina, año 2019*. República Argentina.
- Morel, Juan Claudio (2020). Ley de presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global: Ley 27.520. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 26/2/2020, disponible en versión digital en <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/legislacion-al-dia-argentina-cambio-climatico/>
- OCDE (2018). *Effective Carbon Rates 2018. Pricing Carbon Emissions Through Taxes and Emissions Trading*, disponible en versión digital en <https://www.oecd.org/tax/effective-carbon-rates-2018-9789264305304-en.htm>
- Outka, Uma (2012). Environmental Law and Fossil Fuels: Barriers to Renewable Energy. *Vanderbilt Law Review*. 65, 2012.
- Parente, Alessio (2010). *Principios de Derecho Europeo de la Energía*. Pamplona, Ed. Aranzadi, pp.279 a 286.

- Salassa Boix, Rodolfo y Elorrio, Magdalena (2015). *La protección ambiental a través del derecho fiscal*. Advocatus y Ciencia, Derecho y Sociedad. Universidad Nacional de Córdoba.
- Secretaría de Gobierno de Energía (2019). *Balance de Gestión en energía 2016-2019: Emergencia, normalización y bases para la transformación*, República Argentina.
- Solar Energy Industries Association (2020). *The Solar Vision for 2021 & the 117th Congress*, disponible en versión digital en <https://www.seia.org/sites/default/files/2020-11/SEIA-Solar-Vision-2021-117th-Final.pdf>
- Thomas, Gustavo (2019). *Leyes de adhesión y energía. ¿Cesión de competencia?*. Id SAIJ: DACF190135

---

# LA REDETERMINACIÓN DE PRECIOS EN LA OBRA PÚBLICA. DELIMITACIÓN

---

ANDRÉS RAITER<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 124-150  
Recibido: 13/7/2021 - Aceptado: 12/8/2021

**Resumen:** La redeterminación de precios es un instituto del contrato de obra pública, inherente al mismo contrato; y que se puede diferenciar de otros referidos al precio, aplicables a este contrato.

El objeto del presente trabajo es analizar este instituto en la hipótesis de que tiene una entidad propia delimitable y conceptualizable, y de que enmarcado está en los principios del Derecho Administrativo y de la relación del Estado con los contratistas.

Las modificaciones posteriores a la adjudicación a los elementos del contrato pueden ser violatorios al principio del “correcto tratamiento” esto dependerá de las circunstancias del caso, en donde también se enmarca la redeterminación de precios<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Asesoramiento Jurídico del Estado por la Escuela del Cuerpo del Estado. Actualmente cursando la Especialización en Gestión Pública por la Universidad de Tres de Febrero.

Se desempeña como Asesor Legal y Gestión Administrativa en la Subsecretaría de Gestión Administrativa del Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación, desde el año 2018. Anteriormente se desempeñó en el cargo de Asesor Jurídico, Especialista de Adquisiciones en el mismo Ministerio, en la entonces Unidad Ejecutora de Préstamos Internacionales 2009-2017, con contratos de Obra Pública con financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo.

<sup>2</sup> Barra, Rodolfo, “Contrataciones del Estado. Licitaciones Públicas. El Procedimiento de Selección del Contratista, Revista Régimen de la Administración Pública, n° 67 abril 1984. p. 32.



Analizamos el instituto de redeterminación, su diferencia con otros conceptos asociados al pago y precio de la obra y el mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato.

**Palabras clave:** Obra Pública, Función del precio, intangibilidad, redeterminación.

**Abstract:** Redetermination of prices is an institute of the public works contract, inherent to the contract itself; and it can be differentiated from other existing institutes referred to the price, applicable to the public works contract.

The purpose of this paper is to analyze this institute in the hypothesis that it has its own delimitable and conceptualizable entity, framed within the principles of Administrative Law and the relationship of the State with contractors.

The characteristics of the public works contract will be analyzed, and how this characteristic gives rise to the redetermination of prices.

Post-award modifications to the elements of the contract may be in violation of the principle of “correct treatment”, depending on the circumstances of the case, in which price redetermination is also framed.

The work was prepared based on a bibliographic review and background on Public Works Law 13.064 (L.O.P.), doctrine and relevant related jurisprudence. At the same time, a review of the normative antecedents is made.

We analyze the redetermination institute, its difference with other concepts associated with the payment and price of the work and the maintenance of the economic-financial equation of the contract.

**Keywords:** Public works, price function, intangibility, redetermination.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Los períodos de índices altos y sostenidos de inflación dan lugar a distorsiones en los precios en general y la obra pública no escapa esta situación. Nuestra legislación ha desarrollado una herramienta conocida como la redeterminación de precios, entonces, en este contexto, resulta una buena oportunidad para analizarla.

Se esperan obtener las nociones que permitan diferenciar a la redeterminación de precios de otros institutos o principios de los Contratos Administrativos que conciernen al precio del contrato y a los derechos y obligaciones del contratista como Colaborador de la Administración.

Se analizarán los caracteres del contrato de obra pública, entre ellos su aspecto conmutativo y el concepto riesgo y ventura que le es ajeno a este tipo de contratos y como esto da nacimiento a la redeterminación de precios.

El trabajo se elaboró a partir de revisión Bibliográfica y de Antecedentes en torno a la Ley 13.064 de Obras Públicas (L.O.P.), la doctrina y jurisprudencia relacionada relevante. A su vez se realiza un examen de antecedentes normativos al respecto y delimitando la doctrina y jurisprudencia relevante.

A lo largo de la exposición se muestra como el precio del contrato tiene dos dimensiones, que entiendo que permiten pensar en extender este concepto a otros contratos de ciertas características en común con la obra pública que celebra la administración.

## **2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y LA LICITACIÓN**

Se define en la L.O.P. el contrato de obra pública como aquel en el que el Estado Nacional encomienda a un tercero –contratista- ejecutar una obra a cambio del pago de un precio cierto en dinero, determinado o determinable.<sup>3</sup>

Las características del Contrato de Obra Pública son, resumidamente: a) Oneroso, b) bilateral, y c) conmutativo.

Dicen Crivelli - Vega<sup>4</sup> que por ser conmutativo, las prestaciones de ambas partes están siempre determinadas. Esto implica que el contrato debe desarrollarse sobre la base de: a) Un precio cierto y determinado o

---

<sup>3</sup> Druetta, Ricardo Tomás; Guglielminetti, Ana Patricia. *Ley 13064 de Obras públicas: Comentada y anotada*, Abeledo-Perrot 2008 p. 18-19

<sup>4</sup> Cicero, Nidia Karina (directora). *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*. Tomo III, Thomson Reuters. 2015 p.497

determinable, b) Una Obra determinada o determinable, c) Administrativo: por la propia calificación de la L.O.P (art. 21) y por el régimen exorbitante del derecho privado, c) Formal: por la suscripción de la Contrata y formal el procedimiento de selección del contratista, d) tracto sucesivo o de ejecución diferida: no se verifica el cumplimiento instantáneo.

Como se ha mencionado<sup>56</sup>, este contrato es de carácter bilateral y conmutativo, lo cual significa que ambas partes deben cumplir obligaciones recíprocas y determinadas, sin que ninguno de ellos pueda mejorar o empeorar su posición en relación con el otro debido a cuestiones externas al contrato o fuera del dominio de las partes.

El equilibrio obligacional es la esencia del contrato y debe ser mantenido, más allá de las alteraciones económicas en general y/o de situaciones no previstas que influyan en el mismo.

La C.S.J.N. en “Dulcamara S.A. v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones” tiene dicho: “Este Tribunal ha sostenido que la oferta más la cláusula de reajuste son el precio del trabajo, que pactado de tal forma representa para las partes un derecho de carácter patrimonial amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 137:47; 145:325; 184:137) y que el contrato administrativo constituye una ley para las partes, por lo cual no es válido pretender su modificación sobre la base de los resultados más equitativos que se obtendrían aplicando una fórmula de reajuste diferente a la convenida.<sup>7</sup>

En el fallo la Corte sostiene, en su considerando 4to que el Decreto en análisis (el 2.875/75) que tal procedimiento no afecta principios rectores en materia de licitación y contratación de obra, como son los que consagran la intangibilidad de los contratos y el respecto a la debida igualdad entre los oferentes.

En este caso la demandante no probó que la distorsión por ella denunciada haya sido consecuencia de hechos imprevisibles al momento de celebrarse el contrato, razón por la cual no fue receptado su recurso.

---

<sup>5</sup> Crivelli, Julio Cesar y Susana E. Vega, Un nuevo sistema de redeterminación de precios para la obra pública: el DNU 1295/02, Revista del Régimen de la Administración Pública (RAP) Edición N° 321. p. 381. 2009.

<sup>6</sup> Cicero, Nidia Karina (directora).op.cit p. 497

<sup>7</sup> CSJN Dulcamara S.A. v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, del voto del Dr. Fayt, considerando 11 (313:376)

En su voto, el Dr. Fayt, indicó en el considerando 4 punto B. c) que “el contratista asume un riesgo empresario y el Estado no puede ser garante de su mejor negocio o de un determinado nivel de renta”. Finalmente remarca que la intangibilidad del acuerdo, sobre la base de la propuesta seleccionada, es la garantía insoslayable para que los oferentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condiciones.

Se observa que tres son los elementos principales del contrato, el *opus*, el plazo de ejecución y el precio<sup>8</sup>.

En cuanto al precio, en el comentario al art. 45 de la L.O.P, indica Druetta (2008) que el mismo y el derecho del contratista a percibirlo constituyen un componente esencial del contrato de obra pública siendo su pago la obligación principal del comitente, la prestación por parte del locador en cuanto a su propio interés, tiene por objeto un fin pecuniario –el lucro-, cuya satisfacción persigue al igual que en los contratos de locación de obra.

### **3. LA LICITACIÓN - PRINCIPIOS Y LA DOBLE FUNCIÓN DEL PRECIO**

Para continuar debemos escrutar los principios que rigen la selección del contratista en el marco de la L.O.P que se relacionan con el instituto.

La licitación es el procedimiento por el cual se selecciona al co-contratista de la obra Este procedimiento finaliza en la fase integrativa en donde se da a lugar a la voluntad y su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma que la L.O.P. prevé<sup>9</sup>.

La doctrina, la legislación y la jurisprudencia han destacado los principios que hacen a la esencia de la licitación.

La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha manifestado “que el procedimiento de la licitación está imbuido de los caracteres de publicidad, competencia e igualdad”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Crivelli, Julio Cesar y Susana E. Vega, o. cit. p. 383

<sup>9</sup> Conf.: Dromi Roberto, *Licitación Pública*. Ciudad Argentina 1999. p.98.

<sup>10</sup> PTN Dictámenes 82:276; 199:119



Estos principios o caracteres son Concurrencia, Publicidad, Transparencia<sup>11</sup> e Igualdad. Este último principio tiene un interés particular al relacionarse con los elementos del contrato y el tratamiento del mismo en la ejecución del contrato.

Sostiene Dromi<sup>12</sup>, a su vez, que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes: 1) consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes; 3) inalterabilidad de la esencia de los pliegos de condiciones que deben establecer reglas generales e impersonales.

Enmarca también a la etapa de ejecución del contrato; al respecto la Cámara Federal de Paraná señala “que las bases generales según las cuales la Municipalidad ha procedido a la subasta de la obra no pueden ser alteradas al celebrarse el contrato con el proponente cuya oferta ha sido aceptada, porque de otro modo resultaría ilusoria la garantía de la licitación (Comisión de Fomento de Santa Teresa c/ Antonio Codo Rubies - 13/11/1940 Fallo: 188:244).

La adjudicación, la formalización y ejecución del contrato deben hacerse sobre la base de la licitación, no se puede luego de la adjudicación modificar condición o modalidad alguna de la oferta aceptada ni del pliego de condiciones. Hacerlo sería quebrar el principio de igualdad, favoreciendo (o perjudicando) al adjudicatario contratista.

Sin embargo: ¿El principio de igualdad resulta afectado si en el desarrollo del contrato se elevan los precios, por razones de ulteriores debidamente justificados?

Tiene dicho la PTN, “Para analizar si un determinado acto de la Administración resulta o no violatorio del mencionado principio de igualdad, la ponderación jurídica debe efectuarse en consideración de las circunstancias particulares que lo motivan y le dan origen... Por tanto, considero que debe equilibrarse armónicamente ambos valores, a saber: por un lado del principio de igualdad en mira a la situación de

---

<sup>11</sup> Otros principios o Caracteres de la Licitación: a) concurrencia, b) Publicidad y c) Transparencia.

<sup>12</sup> Dromi Roberto, o. cit. p. 100

los oferentes, y, por otro, aquel mismo principio y su debido respeto, frente a razones de bien común, de interés general, que animan al accionar de la Administración”<sup>13</sup>.

Para poder habilitar la modificación del precio debemos entender que el mismo tiene entonces *dos funciones* a) ser elemento de evaluación y b) comparación de las ofertas y abarcar la totalidad de los costos directos e indirectos de la obra.

En apoyo a esta función del precio como elemento comparador de las ofertas, refiriéndose al presupuesto oficial, Druetta<sup>14</sup> dice que el presupuesto es el precio estimado de la obra, no deja de ser un dato que *prima facie* confirma la seriedad de la oferta, es decir, es un elemento de evaluación del precio expresado como oferta.

El juego de estas dos dimensiones del precio es fundamental para explicar la posibilidad de la redeterminación de precios.

En conclusión, podemos afirmar que hay dos etapas y dos funciones del precio, en el proceso del contrato de obra pública, el momento de selección del contratista (la licitación - comparación) y el momento de la ejecución del contrato (pago).

Tiene dicho la doctrina<sup>15</sup> que el precio tiene que encontrarse determinado en el momento en que se celebra el acuerdo contractual por la naturaleza misma del contrato, **lo determinado es sólo el precio en su valor nominal, pero no en su valor real, el que dependerá de distintas alternativas que podrán producirse durante la ejecución de los trabajos.** Es que por aquel principio de la equivalencia real, el verdadero precio en el contrato de obra pública se adecua más al concepto de “valor” destinado a compensar la prestación efectivamente ejecutada, que a la identificación de “un determinado monto de medios de pago”

El precio nominal es determinado, mientras que el precio real dependerá de la efectiva obra ejecutada, **la remuneración del contratista, es decir la resultante de aplicar el criterio de la igualdad**

---

<sup>13</sup> PTN; Dictámenes, 198:140

<sup>14</sup> Druetta, Ricardo Tomás; Guglielminetti, Ana Patricia, op. cit. p. 31

<sup>15</sup> Barra Rodolfo, “Contrato de Obra Pública” T3. Abaco 1988 p. 876.

**proporcional o comparativa durante el procedimiento de selección contractual, deberá mantenerse intangible durante toda la vida del contrato para respetar aquel criterio de igualdad.**

#### 4. SOBRE EL PRECIO

El precio es un derecho del contratista y la obligación principal de la administración, quien exige como contraprestación la obra.<sup>16</sup>

Dicen Crivelli – Vega (2009). “El precio que es lo que aquí nos interesa, valor básico del contrato, es determinado en base a criterios objetivos preestablecidos y no en función de hechos futuros e inciertos; esto implica que por ser el contrato de obra pública conmutativo, el beneficio de cada una de las partes es evaluado y determinado en el momento de su celebración. El equilibrio pactado entre las partes es la esencia del contrato de obra y debe ser mantenido como fue pactado más allá de las alteraciones de la economía en general y/o de situaciones no previstas que influyan en el contrato”.<sup>17</sup>

El precio total de la obra es integrado por (al menos): i) el valor de los materiales o insumos provistos por el contratista; ii) el costo de todos los gastos que demande la utilización de los materiales comerciales y no comerciales; iii) el costo de la mano de obra y sus cargas sociales; iv) los gastos generales e indirectos y costo de los seguros; v) el gasto financiero; vi) la provisión y amortización de equipos y materiales que no se incorporan directamente a la obra; viii) los costos de transporte y fletes; ix) impuestos; x) los costos de proyecto o replanteo; patentes y otros derechos sujetos a propiedad intelectual; xii) costo de todo otro elemento necesario que coadyuve a la realización de la obra de acuerdo con el contrato y xiii) el precedente beneficio industrial.

El riesgo empresario convive con otro principio “la intangibilidad de la remuneración del administrado”. Tal derecho se ha ubicado como una aplicación del principio de igualdad y supone una garantía patrimonial a favor del administrado que le permite mantener inalterable la remuneración pactada, ya sea frente al *ius variandi* de la comitente

---

<sup>16</sup> Dromi Roberto, *Licitación Pública*,. Ciudad Argentina 1999. p.576

<sup>17</sup> Cicero Op.Cit. p.497

estatal, como también ante acontecimientos extraños a las partes: caso fortuito o fuerza mayor, por el hecho del príncipe o acto de los poderes públicos, hecho tecnológico nuevo<sup>18, 19</sup>.

La remuneración del contratista está integrada no sólo por el precio estipulado al inicio de la relación sino que también de los mayores costos previstos por la Ley 12.910 (Ver fallos 311:1181 y 1576), previsión contractual que permite asegurar que los pagos se hagan de acuerdo con el valor real que les correspondería originariamente y entregar al prestador de la actividad el valor cuya expresión actual representa, la misma sustancia económica a la que estaba obligado el promotor del certamen licitatorio cuando eligió la oferta<sup>20</sup>.

Indica Crivelli<sup>21</sup> que al momento de conformarse el contrato, se estructura una relación cualitativa y cuantitativa entre la obra a construir, el precio y el plazo, que conocemos como “ecuación económico financiera del contrato”. Esta ecuación se conforma en el momento de la oferta que se transformará en el contrato.

Durante la ejecución de la obra, pueden surgir modificaciones en la economía, que están fuera del dominio de las partes y que alteran necesariamente el precio expresado en el contrato. Las causas que alteran el precio pueden ser generales, como cambios en el valor de la moneda en que está expresado el precio, modificaciones en la legislación tributaria y/o de otra naturaleza que impliquen alteraciones del equilibrio económico financiero y particulares como que los insumos de la obra varíen su precio por cambios en oferta o demanda.<sup>22</sup>

La intangibilidad del precio es un principio fundamental en los contratos administrativos.<sup>23</sup>, pero esto no impide que sufra variaciones.

---

<sup>18</sup> Conf. Lamoglia, Carlos M. *Contrato de suministro. Mayores costos. Teoría de la imprevisión*. La Ley AR/DOC/4218/2015. p. 6.

<sup>19</sup> Conf. Barra, Rodolfo C. *La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos*, ED. 62-727, pp. 727-742.

<sup>20</sup> CNFed Contencioso Administrativo Sala II, Paini, Mario N c. Administración General de Puertos, La Ley 1999-C. 148 Dj1999-3, 179.

<sup>21</sup> Crivelli, Julio Cesar y Susana E. Vega, op. cit. p. 383

<sup>22</sup> Crivelli, Julio Cesar y Susana E. Vega, op. cit. p. 384.

<sup>23</sup> Dromi Roberto, op. cit. p.. 515

Se admiten cuando ellas estuvieran previstas y también cuando por el hecho del príncipe o por aplicación de la teoría de la imprevisión.

El contratista estima su precio y lo manifiesta en su oferta, esto lo hace teniendo en cuenta la situación económico-financiera existente al momento de presentar su propuesta, pero puede ocurrir que tal situación se vea alterada por causas que no le sean imputables al contratista, las cuales vienen a modificar el equilibrio económico financiero originario. Puede ser el resultado de causas a) imputables directamente al Estado Contratante (responsabilidad contractual del Estado por ejemplo hecho de la administración, art. 53 incs. a, b, c, y e, L.O.P.), imputables indirectamente al Estado contratante (responsabilidad extracontractual, *v.gr.* hecho del príncipe; b) no imputables al estado (responsabilidad extracontractual, por ejemplo, teoría de la imprevisión).

El fundamento jurídico de este derecho, se rige por el principio de la justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre los derechos y obligaciones del particular y los de la administración, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquel haya sido previamente resarcido (art. 17. Constitución Nacional).

El reconocimiento de las variaciones de precios no es potestativo sino obligatorio para las reparticiones públicas contratantes y las cláusulas contractuales que excluyen o limitan la responsabilidad estatal emergente del hecho del príncipe, o de supuestos que caigan dentro de la teoría de la imprevisión son írritas, si ellas fueran de carácter general.<sup>24</sup>

## 5. EL PRECIO ÍNTEGRO DE LA OBRA

Por el carácter conmutativo del contrato, entiende Druetta<sup>25</sup> que el principio de “riesgo y ventura”<sup>26</sup> es incompatible con la Ley de Obra

---

<sup>24</sup> Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, T. III-B. 1998. p. 563.

<sup>25</sup> Druetta, Ricardo Tomás; Guglielminetti, Ana Patricia, *op. cit.* p. 19-20.

<sup>26</sup> Dice Crivelli “que el límite del riesgo y de responsabilidad del contratista está dado por “las condicione de contorno de la realidad física, económica y jurídica vigentes al momento de la oferta, esto es las condiciones tenidas en vista al contratar” Todo precio de un contrato de locación de obra se establece

Pública porque i) el artículo 5 de la L.O.P. brinda distintas alternativas que permiten al comitente no utilizar el sistema de ajuste alzado absoluto (explicado en el punto 4.2), ii) el reconocimiento de las pérdidas ocasionadas al contratista por los empleados de la Administración, o las derivadas de caso fortuito o fuerza mayor, en las condiciones previstas por el art. 39 de la L.O.P.; iii) la revisión de precios por el aumento o disminución de un ítem contractual dispuesto por el comitente superior al 20% del valor del ítem –art. 38 de la L.O.P.-; iv) **la Redeterminación de los precios básicos de contrato, cuando se supera el umbral de revisión previsto por el decreto 1295/2002**; v) el reconocimiento del derecho del contratista a ser indemnizado por “todos los gastos y perjuicios” que le ocasione la orden de suspensión en todo o en parte de las obras contratadas, impartidas por el comitente –art. 34 de la L.O.P.-; vi) la revisión de nuevos precios ante dificultades materiales imprevistas; vii) la revisión de precios frente al hecho del príncipe y recomposición del contrato enmarca al amparo de la teoría de la imprevisión; viii) la renegociación o recomposición del contrato por razones de emergencia y ix) el reconocimiento de legítimos abonos con fundamento en la equidad o en el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa o empleo útil (el resaltado me pertenece).

## 6. LA MODIFICACIÓN DEL PRECIO

Hay distintas situaciones que admiten “modificar” el precio.

### 6.1. Teoría de la Imprevisión

Recogido en nuestro Código Civil por la reforma de la Ley 17.711, hoy art. 1.091 del CCyCN, que reza “si la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración,

---

referido a una realidad física, económica y jurídica. Si estas condiciones son modificadas después de la fijación del precio por agentes externos al contratista, el precio debe ser modificado. Crivelli, Julio Cesar, *El ajuste de precio en la locación de obra* Ed. Abáco 2004. p.

sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación...”

La teoría de la imprevisión es considerada como el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del contratista, este último *puede requerir la ayuda pecuniaria* del Estado para obviar esa crítica situación y poder cumplir o continuar cumpliendo con sus prestaciones. Habilita la reestructuración del contrato en marcha, dirigida no sólo a la distribución equitativa de las pérdidas extracontractuales sufridas por las partes sino, *primordialmente, a la continuidad del servicio en orden a la satisfacción del interés colectivo.*<sup>27</sup>

Esta teoría diferencia de la Fuerza Mayor o del caso fortuito en que estos trastocan definitivamente el cumplimiento del contrato.

Siguiendo a Dubinski<sup>28</sup> la teoría de la imprevisión “tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisto producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato...”

La PTN tiene dicho “con la aplicación de la imprevisión no se trata de restablecer –de haber sido afectado- el equilibrio perfecto y matemático querido por las partes en su origen, sino solo de reconocer la medida necesaria para quitar a la onerosidad lo que vino a tener de excesiva o grosera.”<sup>29</sup>

El derecho a indemnización es la característica principal de la teoría de la imprevisión. No puede aplicarse para corregir agravaciones substancialmente previsibles de aquello a lo que las partes se

---

<sup>27</sup> Gusman, Alfredo S. *Contratos Administrativos, Pesificación. Renegociación*. La Ley AR/DOC/10250/2001. p. 2.

<sup>28</sup> Dubinski, Guido. . *La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos. Variaciones de Costos*. La ley AR/DOC/3130/2006. p. 1

<sup>29</sup> PTN Dictamen 203:201.

obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado:<sup>30</sup>

## 6.2. Hecho del príncipe

Son medidas de alcance general que adopte el estado, sean legítimas o no.<sup>31</sup> No tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria del contrato, pero repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual. El contratista deberá invocar para pedir el reajuste del contrato: a) sea de índole económica o financiera; b) provoque una *excesiva* onerosidad sobreviniente; 3) sea imprevista y no exceda el alea normal de todo contrato; 4) exista una relación de causalidad; 5) el daño sea cierto y especial.

El hecho del príncipe implica la modificación imprevista y anormal en las condiciones externas de ejecución del contrato, que la administración puede introducir a través de una medida lícita de carácter general, en ejercicio de sus potestades públicas. En estos supuestos la renegociación persigue la finalidad de compensar las consecuencias de las regulaciones emitidas por la administración durante la marcha del contrato y que afectan su ecuación económica financiera y obligacional.<sup>32</sup>

Tiene como objetivo corregir las consecuencias de aquellas intervenciones de los poderes públicos que tuvieran por efecto afectar, con medidas de alcance general, las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecutó su contrato.<sup>33</sup> Teniendo el contratante derecho a una reparación integral.

---

<sup>30</sup> Al respecto ver. Spota Alberto *Contrato Administrativo Sometido a la Teoría de la Imprevisión*. L.L. 121, pp. 645-652

<sup>31</sup> Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 3ra ed. Abeledo-Perrot 2.009. p. 106

<sup>32</sup> Gusman, Alfredo S. op. cit. p. 1.

<sup>33</sup> Dubinski, Guido. op. cit. p. 4



### 6.3. El Marco de la Redeterminación de Precios

La doctrina<sup>34</sup> ha calificado a la revisión de precios *ex lege* como una garantía de orden público instituida tanto a favor del contratista como de la Administración, distinguiéndose de la teoría de la imprevisión en la falta de acreditación, por quien lo alega, de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; tampoco se exige que el aumento del precio fuera excesivo; el resarcimiento adopta la característica de integral y, por último, aparece como una obligación que asume la Administración al celebrar el contrato que queda a él incorporada.

Remarcando, la distinción más significativa con la teoría de la imprevisión es: a) no se exige la concurrencia de un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; b) no se requiere que el aumento del precio sea excesivo; c) el resarcimiento es pleno e integral; d) configura una obligación que asume la Administración al celebrar el contrato que queda a él incorporada.<sup>35</sup>

La doctrina tiene dicho que las distintas formas de ajuste son de “orden público”, pues no representan únicamente una ventaja económica para el co-contratante, sino ante todo, son un medio de asegurar, en beneficio del interés público o general, el cumplimiento de los contratos administrativos, en consecuencia, sería írrita la renuncia a invocarlas, o la imposición de tal renuncia.

Esta finalidad superior al interés de las partes, necesita entre otras certezas de cumplimiento por ambas partes, que el elemento esencial que acompaña al “opus contractual”, que se llama precio, debe ser: total, exacto, de pago puntual al valor constante comprometido<sup>36</sup>

Es el valor de adjudicación –comparativamente definido- el que - más el régimen de reconocimiento de variación de costos - conforman la remuneración de la Empresa, la que debe mantenerse intangible por su calidad de derecho patrimonial constitucionalmente protegido.

---

<sup>34</sup> Cassagne, Juan Carlos op. cit. p 110

<sup>35</sup> Cassagne, Juan Carlos, op. cit. p. 111.

<sup>36</sup> Sciacca Fabiana. *Reflexiones en torno a la Intangibilidad de la remuneración estatal y su tratamiento en la justicia de Córdoba* p.281 Derecho Administrativo N° 116, marzo 2018 Dir. Juan Carlos Cassagne

En este sentido dice Rondina “Existe una vieja admisión de la necesidad de reconocer los mayores costos en materia de construcciones. Porque para ningún contrato, para ninguna relación convencional se puede admitir tan perfectamente el sistema de los mecanismos de reajuste en la razón de la imprevisiones que se puedan originar en contratos de larga duración”<sup>37</sup>.

Al respecto, encontramos en la jurisprudencia que: “El contrato de obra pública se celebra y ejecuta a riesgo y ventura del contratista,...y sin perjuicio del derecho del contratista a la revisión de los precios y la recomposición del contrato, solo cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionen la ruptura del equivalente económico del contrato, esto es, la relación entre prestación y contraprestación, de conformidad con el régimen de la Ley 12.910 y sus decretos reglamentarios (cfr. Fallos 328:2490, voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco y Argibay), ya que como regla, el contratista debe soportar la aleatoriedad ordinaria que conlleva el cumplimiento del contrato en las condiciones pactadas (Fallos 328:2490 cit., del voto de la mayoría)”.

Es que el resguardo de la ecuación económica financiera no constituye una especie de seguro del co-contratante contra eventuales déficits de explotación, ni hace desaparecer el umbral de riesgo que el contratista necesariamente asume, pues solo representa la relación aproximada entre cargas y ventajas que la empresa tomó en consideración al momento de contratar (cfr. Sala III del fuero Contencioso administrativo federal “Vector Ingeniería Soc. Col. Cobras Sanitarias de la Nación s/ contrato de Obra Pública”)<sup>38</sup>.

“No existe identidad entre la imprevisión económica y los mayores costos, aunque ambos se puedan recurrir para postular la revisión del contrato administrativo en marcha”. “La revisión de precios *ex lege* califica como una garantía de orden público instituida tanto a favor del contratista como de la administración, distinguiéndose de la teoría de imprevisión en la falta de acreditación por quien la alega de

---

<sup>37</sup> Rondina, Homero. *Mayores costos. Variación de precios en la industria de la construcción*. La Ley 2003-D, 1045, Cita Online: AR/DOC/2/2003

<sup>38</sup> SALA II Cámara Contencioso Administrativo Federal “Marcelo Viviani y CIA S.A. y otra c/Fuerza Aérea Argentina s/Contrato de Obra Pública” Expte N° 14.556/93.

un acontecimiento imprevisible ni extraordinario; tampoco se exige que el aumento del precio fuera excesivo, el resarcimiento adopta la característica de integral y, por último, aparece como una obligación que asume la administración al celebrar el contrato que queda a él incorporada.”<sup>39</sup>

“El régimen de variación de costos no busca evitar una situación de pérdida económica, sino mantener la intangibilidad de la remuneración del contrato... por ello no importará la magnitud de la variación, salvo limitaciones expresamente pactadas por las partes y que por su incidencia económica no sobrepasen el concepto prudencial de limitación.”<sup>40</sup>

El instituto de Redeterminación de precios en estudio es un sistema de revisión de precios *ex lege* al encontrar su origen en una norma específica al respecto.

## 7. ANTECEDENTES AL DECRETO 691/2016

Los sistemas que se usan para corregir las alteraciones en los precios de los contratos de obras, derivados de la economía en general o de la oferta y demanda de algunos bienes, se llaman “sistemas de variaciones de precios.”<sup>41</sup>

Como antecedente legal específico tendiente a modificar el precio del contrato de obra pública y propio del mismo podemos mencionar:

Decreto 47.894/39 (que fija cláusulas a ser incorporadas a los pliegos para evitar los inconvenientes de las oscilaciones de precios por la guerra) y 47.895/39 (franquicias sobre gravámenes fiscales, reducción de tarifas ferroviarias y valores de jornales mínimas) y Decreto 31.314/1945 (reconoce a los contratistas el derecho a percibir el importe de jornales pagados por feriados o vacaciones anuales, así como las diferencias de mayores costos de materiales por aumento de las tarifas ferroviarias).

---

<sup>39</sup> Lamoglia, Carlos M. op. cit.

<sup>40</sup> Barra, Rodolfo. *Contrato de Obra Pública III*. p. 1149. Ábaco 1988.

<sup>41</sup> Crivelli, Julio Cesar y Susana E. Vega, op. cit. segunda entrega revista n° 321 p. 411

## 7.1. Mayores costos

La Ley 12.910 instituyó este régimen a raíz de un hecho imprevisible e inevitable (segunda guerra mundial); de un principio teórico como la teoría de la imprevisión surge un nuevo y específico régimen legal que se vincula, pero no es igual a la teoría de origen.<sup>42</sup>

El sistema general denominado de mayores costos, contemplaba las variaciones en más o en menos de los costos concurrentes a la realización de las obras, durante la etapa de ejecución.

a) Sustentado en el principio de equidad<sup>43</sup>, b) Sistema tuitivo de la capacidad productiva de las empresas e instrumento de preservación de la ecuación económico financiera del contrato. d) Aplicación obligatoria a todos los contratos de obra pública, de orden público e imperativo. e) Requería del oferente la explicitación de la estructura de costos de la propuesta, con discriminación de cantidades y descomposición analítica de los precios por ítem. f) Se aplicaba sobre el 90% del contrato. El porcentaje restante, que se considera el beneficio empresarial, no era alcanzado por el ajuste de precio. g) Instrumentado a través de aplicación de índices o fórmulas polinómicas, tendiente a la representatividad de la variación real de los costos de las obras por tipologías. h) Se crearon Comisiones Liquidadoras, cuya misión consistió en elaborar las tablas mensuales de variaciones de costos, a partir de la investigación de mercado de los reales incrementos de precios.

El régimen de mayores costos, típico del contrato de obras públicas, siendo su objetivo mantener lo más exactamente posible la ecuación económica financiera tenida en cuenta al celebrar el contrato. Tiene el objetivo de lograr la continuación y conclusión de la obra.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Gordillo Agustín, op. cit. p. 103-114.

<sup>43</sup> Dictamen 194:64 El principio de equidad contenido en el art. 6 de la ley de 12.910 "...regla directriz de los problemas atinentes a las variaciones de costos en el contrato de obra pública..."

<sup>44</sup> Dubinski, Guido, op. cit. p. 3

## 7.2. Indexación

La indexación implica una actualización automática de un todo por un índice. En la actualización del precio de la obra por el aumento de un índice determinado como ser, el valor del dinero, la variación de salarios de construcción.

Desde el punto de vista de la economía la “Indexación es el Mecanismo mediante el cual los precios (pagos) de un contrato se ajustan para reflejar las variaciones; del índice de precios.”<sup>45</sup> Esto podemos ejemplificarlo en el contrato de obra donde los precios o los certificados se actualicen por un índice como el valor del cemento.

En la redeterminación esto no sucede dado que lo que se realiza es el establecimiento del valor del trabajo teniendo en cuenta la variación de valor de tareas y bienes a incorporar propios de cada obra, careciendo del elemento de automaticidad y de elemento único de comparación que define a la indexación.

## 7.3. El Decreto 1312/93 y la Denominada Redeterminación

La Ley de convertibilidad (Ley 23.928) ordenó la derogación de todas las normas legales o reglamentarias que estableciesen o autorizasen la indexación de precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

Posteriormente el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 1312/93, reglamentario de la Ley 23.928, cuyo objeto fue crear un modelo de redeterminación periódico del precio de las obras que se realizasen a largo plazo.

Respecto este régimen, entendió la PTN que el mismo era contrario a la Ley 25.561, por argumentos que podrían haber sido esgrimidos incluso antes de la sanción de esta ley.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Mochón Morcillo, Francisco; Beker, Víctor Alberto. *Economía: Principios y Aplicaciones*. 4ta Ed. México. McGraw-Hill 2008.p. 493

<sup>46</sup> Dictamen PTN 242:023 “Esta norma, a mi criterio, se encuentra alcanzada por la prohibición del artículo 8” de la Ley No 25.561, cuando expresa que también queda sin efecto cualquier otro mecanismo indexatorio.”

Las pautas básicas del régimen eran: a) Aplicación a contratos alcanzados por la L.O.P cuyo plazo fuera mayor a un año (excluyendo concesiones de régimen propio y cobro directo) donde el procedimiento se iniciaba exclusivamente por pedido del contratista y en tanto se hubieran acreditado los presupuestos normativos. b) Revisión anual, correspondiendo el primer trámite luego de transcurrido el primer año desde la presentación de las ofertas. c) El costo de los factores a considerar estaba taxativamente establecido: i) el precio de los materiales y demás bienes incorporados a las obras, ii) el costo de la mano de obra para la construcción y iii) la amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos. d) La información de los precios a considerar era aquella dada por el INDEC. e) No se reconocía el costo financiero. f) Se aplica sobre el saldo de la obra faltante, teniendo en cuenta el Plan de Trabajos e Inversiones en relación con el período posterior al primer año. g) El método consistía en sustituir el valor de los insumos originales usados en los análisis de precios, por los nuevos valores que reflejaban la variación sufrida en el periodo anual anterior; h) Los nuevos precios debían mantenerse fijos e inamovibles por otro período anual, salvo las modificaciones que se introdujesen por aumentos de alícuotas impositivas, aduaneras o cargas sociales, las cuales eran reconocidas a los contratistas, desde la entrada en vigencia de las mismas.

En realidad, este último punto no es el establecimiento de un nuevo precio, es el reconocimiento del “Hecho del príncipe” dentro del proceso de redeterminación. El 20% del precio total del contrato quedaba fijo e inamovible, incluía dentro de este porcentaje los beneficios o utilidades, gastos generales o indirectos, costos financieros u otro concepto que integrase el costo de producción, estableciéndose que estos debían quedar exclusivamente a costo y riesgo del contratista.

Al respecto tiene dicha la jurisprudencia: “El contratista buscaba no era la repotenciación de la deuda del comitente sino su determinación al momento en que el trabajo se había realizado, lo que implica un precio a determinar con referencia a otra cosa cierta. Repotenciación habría sido si el precio se determinara, no por la fecha de la inversión, sino por la del pago.”<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> CNFed Contencioso Administrativo Sala II, Paini, Mario N c. Administración General de Puertos, La Ley 1999-C. 148 Dj1999-3, 179.

Por su parte los Decretos 1312/93 y 1916/93 manifiestan: La administración mediante hechos positivos admitió que el precio en un contrato de obra pública era intangible pero no inmutable pues podía ser reajustado con fundamento en las variaciones de costos pero no en la indexación “ante la necesidad de establecer un sistema que permitiera la redeterminación periódica de los precios de las contrataciones de obras públicas a largo plazo.”<sup>48</sup>

Existe una diferencia específica entre la redeterminación de precios y las variaciones de costo; las variaciones de costo buscaban establecer “un régimen que contemple en forma equitativa las posibles variaciones de costos”<sup>49</sup> mientras que la redeterminación de precios busca restablecer el equilibrio de la ecuación económica-financiera de los contratos de obra.<sup>50</sup>

### 7.3.1. *El D.N.U. N° 1295/2002*

La Ley de Emergencia Económica (Ley 25.561) declaró el Estado de Emergencia, entre otras en materia económica administrativa, financiera y cambiaria delegando múltiples potestades en el Ejecutivo.

Dejó sin efecto el modelo de convertibilidad en tanto derogó en la parte la Ley 23.928. En particular derogó todas las normas legales y reglamentarias que estableciesen o autorizasen la indexación de precios, actualización monetaria, variaciones de costo o cualquier otra forma de potenciación de deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes y obras y servicios públicas.

Esta ley reguló en el Capítulo II las obligaciones propias de los contratos celebrados por el Estado que estuviesen alcanzados por las normas de derecho público.

En este contexto, el Decreto 214/02 en el art. 8 estableció el “reajuste equitativo del precio”. Entiende Balbín que “según el criterio del

---

<sup>48</sup> CNFed Contencioso Administrativo Sala II, Paini, Mario Nc. Administración General de Puertos, La Ley 1999-C. 148 Dj1999-3, 179. op. cit.

<sup>49</sup> Ley 12.910, art. 6º considerandos decreto N2875/75, ratificado por la Ley 21.250

<sup>50</sup> Ymaz Cossio, Esteban Ramón Esteban Ramón. Redeterminación de precios y teoría de la imprevisión. La Ley AR/DOC/1392/2014. p. 1.

Ejecutivo, el mandato legislativo antes mencionado debe interpretarse como prohibición de incorporar sistemas de revisiones automáticas de precios de las obras pero no como negación de otros mecanismos de revisión que persiguen mantener el equilibrio o ecuación económico financiera del contrato”<sup>51</sup>.

Este criterio está expresamente indicado en el considerando del DNU 1295/2002. Este decreto, en sus considerandos, indica que a) la Ley 25.5661 y reglamentarias produjeron modificaciones significativas en el escenario económico del país; b) mantuvo la derogación de todas las normas legales y reglamentarias que establecían o autorizaban la indexación de precios, actualización monetaria, variación de costos; c) resulta necesaria adecuar ciertas disposiciones, en particular el decreto 1312/93 y su derogación, con el propósito de **restablecer el equilibrio económico – financiero** de los contratos en curso de ejecución y otorgar un marco de certidumbre respecto de las en trámite y las contrataciones futuras; d) reactivar el sector de la construcción; e) los cambios producidos establecieron nuevas reglas económicas que difícilmente pudieron ser previstas por los constructores de obras públicas cuando hicieron sus ofertas (respecto de las anteriores a enero de 2002); f) existen aumentos significativos en los precios que trajeron desajustes en los costos previamente pactados y por lo tanto, **des-equilibrios** en los contratos celebrados.

Este decreto derogó el Decreto 1312/93 manteniendo el mismo método de revisión de precios, pero se diferencia en en: a) Elimina el hecho de una única solicitud anual, creando el modelo de “variación de referencia” conocido como “cláusula gatillo” o “factor de redeterminación” que básicamente supone revisar los precios en tanto el costo de los factores principales de las obras reflejen variaciones promedio superior al **10%** del precio original del contrato o del último trámite de revisión; b) Eliminó la exclusión del rubro costo financiero; c) Fijó en un 10% el porcentaje del precio total del contrato que debe mantenerse fijo e inamovible; d) Modificó el carácter taxativo de los factores –y sus costos- con el propósito de calcular los nuevos precios. Fija un listado de factores abiertos incorporando *“todo otro elemento*

---

<sup>51</sup> Balbín, Carlos F. op. cit. p.477



que resulte *significante a criterio del comitente*; e) Si bien mantiene al INDEC como informante de precios, introduce la posibilidad que “*en caso de ser necesario*” puedan tomarse los índices de otros organismos oficiales o especializados, aprobados por el comitente.

## 8. NUEVO RÉGIMEN DE REDETERMINACIÓN DE PRECIOS<sup>52</sup>

El D.N.U. N° 691/16 (B.O. 19-05-2016) aprobó el Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública. Este texto se enmarca en la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario 25.561 y sus modificatorias y reglamentarias (art. 1°).

En sus considerandos indica que la aplicación del Decreto N° 1295/2002 se vio afectada, entre otras causas, por el aumento generalizado de los precios, las restricciones a la importación de insumos y los tiempos de sustanciación de los procedimientos de redeterminación de precios de los contratos; a la vez que la alteración de la ecuación económico financiera de los contratos de obra pública ha importado un aumento significativo de los reclamos administrativos y judiciales, conllevando a la paralización o grado de avance menor de un gran número de Obras.

Según surge de los sus considerandos “Corresponde reemplazar la “Metodología de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública” prevista en el Decreto N° 1295/02, aprobando un nuevo régimen, con el objeto de mantener el equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y consultoría de obra pública, garantizando de esta manera la continuidad de su ejecución aplicando el principio de esfuerzo compartido y permitiendo, a su vez, la celebración de nuevos contratos que otorguen mayor certeza y transparencia.”

Es por estos antecedentes que se reemplaza la metodología haciendo extensivo el régimen de redeterminación de precios a los Contratos de Consultoría de Obras Públicas, regidos por la Ley de Servicios de Consultoría 22.460.

---

<sup>52</sup> Ana Patricia Guglilminetti y Milagros Ibarzabal. *El nuevo régimen de redeterminación de precios en el decreto 691/2016*. Revista Derecho Administrativo. 2016-107, 06/10/2016, 1043 . AP/DOC/875/2016

## 8.1. Diferencias con el Decreto 1295/2002

### Ámbito de Aplicación Subjetivo y Material

La primera diferencia es la referida a su ámbito de aplicación, el art. 2 del decreto especifica que será aplicable a la Administración Pública Nacional en los términos previstos en el art. 8, inc. a), de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156 y sus modificatorias

El régimen anterior establecía genéricamente su aplicación a la Administración Pública Nacional Centralizada y Descentralizada.

También expande el ámbito de aplicación por medio de la adhesión al régimen de las Empresas y Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritarias y Fondos Fiduciarios integrados incluso en forma parcial y minoritaria. De este modo también es una ampliación material por permitir que se aplique el régimen por contratos excluidos de la L.O.P. dado que las empresas o sociedades estatales cuya regulación o leyes las excluye.

El gran cambio en cuanto al ámbito material de aplicación es que al disponer que se aplique a los contratos de obra pública y a los contratos de consultoría de obras públicas regidos por la Ley 22.460 “que tengan un objeto directamente relacionado con la obra pública”.(art. 1°)

Establece que los servicios de consultoría comprenden “los estudios, proyectos, controles y verificaciones de toda clase, necesarias para la planificación, proyecto, ejecución, mantenimiento y operación de una obra pública regida por la Ley 13.064 y sus leyes modificatorias y complementarias”.

En los considerandos del decreto se justifica tal decisión en el hecho que estas contrataciones están ligadas a la problemática de las obras públicas y “porque al tener extensos plazos de ejecución, muchas veces ligados al plazo de una obra pública, de no admitirse la redeterminación de precios, las propuestas presentadas no responderían a los valores de mercado”.

Entiendo que el decreto es por demás amplio, dado que sólo debiera ser aplicable a los contratos que se encuentren ligados a la ejecución de la obra y sus plazos como la supervisión pero excluir a aquellos que no lo acompañen, como estudios de suelo o diseño y elaboración de proyectos.

Este nuevo régimen contiene una exclusión expresa de aplicación a las concesiones de obra pública u otros contratos de concesión con régimen propio y cobro directo al usuario.

## 8.2. Modificaciones Cuantitativas

Mantiene la “cláusula gatillo” pero disminuye al 5% el porcentaje que habilita el procedimiento de revisión (su antecesor lo establecía en 10%).

Otra diferencia sustancial del decreto en análisis es que no establece ningún porcentaje del precio que deba mantenerse fijo e inamovible, como si lo hacían sus antecesores.

Estos porcentajes que establecían que el beneficio no era redeterminable fueron objeto de crítica dado que de ese modo se evitaba el pago total del precio. Entendemos que el nuevo régimen de redeterminación si contempla el pago íntegro del precio.

## 9. CONCLUSIÓN

Hemos visto distintos instrumentos legales de aplicación al régimen de Obra Pública, con el objetivo de mantener incólume la ecuación económica financiera del contrato, la cual tiene raigambre constitucional.

Los mayores costos establecidos por la Ley 12.910 y los sucesivos regímenes de redeterminación tutelan el derecho de propiedad del oferente y transparentan los precios.

En el “hecho del príncipe” y la “teoría de la imprevisión” se busca que una situación sobreviniente, impredecible o aun predecible que no pueda evitarse, afecte la situación económica entre las partes al momento de plantear la oferta y firmar el contrato y requieren una afectación tal que hagan imposible o dificulten la realización o el cumplimiento del mismo.

La solicitud de la readecuación pone en manos del contratista la carga de la prueba de los hechos (lo sobreviniente e inesperado o imprevisible) y del efecto del mismo, que ponga en peligro la realización del objetivo “bien común” que es obrar de la administración.

La consideración de esos hechos quedará en forma discrecional en manos de la administración tanto el reconocimiento de las circunstancias de hecho como así también sus efectos y el alcance de la reparación.

La Redeterminación de precios, establece un mecanismo reglado al Administrador para el reconocimiento de los hechos y sus efectos como así también del alcance económico y su proceder al respecto.

Ha ido ajustando su alcance desde los Mayores Costos, pasando por las distintas reglamentaciones, reconociendo las distintas críticas que se han alzado, se constituye en la herramienta que mejor reconoce y establece el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato.

Es claro que en una sociedad que se ha atado a un marco normativo que proscribe la actualización o repotenciación de deudas este instituto resulta *contra natura*.

A fin de entender que el mecanismo no es una actualización económica/ financiera o repotenciación de deuda es que intentamos mostrar la doble función del precio, una la comparación de ofertas y la otra el reconocimiento del valor real de la realización de la obra.

***El precio cumple la función de comparar ofertas y dar el pago al contratista por su prestación. La oferta establece una ecuación económica financiera que debe mantenerse estable en durante la ejecución del contrato. De este modo, definimos la Redeterminación: Herramienta legal que establece facultades regladas tendientes al restablecimiento (o establecimiento) íntegro del precio, respetando la ecuación económico financiera del contrato establecida en la oferta, sujeto al cumplimiento de condiciones objetivas mediante la aplicación de un procedimiento determinado. Tiene efectos a futuro es decir, establece el precio del contrato desde el momento en que se cumplan las condiciones objetivas mencionadas, acumulativamente, mientras dure la ejecución del contrato y hasta su finalización.***

***La redeterminación, a su vez, evita, al menos en parte, que los oferentes incorporen costos "ocultos" de cobertura por inestabilidad económica, siendo que es una forma de mantener precio justo a lo largo del tiempo (central en la actual pandemia), que no***

*genera perjuicios económicos para el contratante, permitiendo el cumplimiento del fin último del Estado, que es el bien común.*

*Entiendo que este análisis presenta un punto de partida a los fines de analizar la conveniencia de extender este instituto a otros tipos de contratos de ejecución diferida y largo plazo.*

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- Balbín, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*. T.5. 2da ed. La Ley 2015.
- Barra, Rodolfo. *Contrato de Obra Pública*. T. 3. Abaco 1988
- Barra, Rodolfo, “*Contrataciones del Estado. Licitaciones Públicas. El Procedimiento de Selección del Contratista*, *Revista Régimen de la Administración Pública*, n° 67 abril 1984.
- Barra, Rodolfo C. *La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos*. ED. 62-727.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 3ra ed. Abeledo-Perrot 2009.
- Cicero, Nidia Karina (directora). *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*. T. 3. Thomson Reuters 2015.
- Crivelli, Julio Cesar y Susana E. Vega. *Un nuevo sistema de redeterminación de precios para la obra pública: el DNU 1295/02*. *Revista del Régimen de la Administración Pública (RAP)* Edición N° 321. 2009
- Crivelli, Julio Cesar. *El ajuste de precio en la locación de obra*. Abáco 2004.
- Dromi Roberto. *Licitación Pública*. Ciudad Argentina 1999.
- Druetta, Ricardo Tomás; Guglielminetti, Ana Patricia. *Ley 13064 de Obras públicas: Comentada y anotada*. Abeledo-Perrot 2008.
- Dubinski, Guido. *La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos. Variaciones de Costos*. La Ley AR/DOC/3130/2006.
- Guglielminetti, Ana P. – Ibarzabal, Milagros. *El nuevo régimen de redeterminación de precios en el decreto 691/2016*” .*Revista Derecho Administrativo*. 2016-107, 06/10/2016, 1043 . AP/DOC/875/2016

- Gordillo Agustín. *Mayores costos, imprevisión, indexación. Contratos Administrativos*. T. 1. Astrea 1982
- Gusman, Alfredo S. *Contratos Administrativos, Pesificación. Renegociación*. La Ley AR/DOC/10250/2001.
- Lamoglia, Carlos M. *Contrato de suministro. Mayores costos. Teoría de la imprevisión*. La Ley AR/DOC/4218/2015.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. 3 B Abeledo-Perrot 1998.
- Mochón Morcillo, Francisco; Beker, Víctor Alberto. *Economía: Principios y Aplicaciones*. 4ta Ed. México. McGraw-Hill 2008.
- Siacca Fabiana. *Reflexiones en torno a la Intangibilidad de la remuneración estatal y su tratamiento en la justicia de Córdoba*. Derecho Administrativo N° 116, marzo 2018 Dir. Juan Carlos Cassagne.
- Spota Alberto *Contrato Administrativo Sometido a La Teoría de la Imprevisión*. L.L. 121.
- Rondina, Homero. *Mayores costos. Variación de precios en la industria de la construcción*. La Ley 2003-D, 1045, Cita Online: AR/DOC/2/2003
- Ymaz Cossio, Esteban Ramón. *Redeterminación de precios y teoría de la imprevisión*. La Ley AR/DOC/1392/2014

### **Jurisprudencia Citada**

- Comisión de Fomento de Santa Teresa c/ Antonio Codo Rubies - 13/11/1940 Fallo: 188:244
- Dulcamara S.A. v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones 313:376.
- Paini, Mario N c. Administración General de Puertos, CNFed Contencioso Administrativo Sala II, La Ley 1999-C. 148 Dj1999-3, 179.
- Vector Ingeniería Soc. Col. C/ Obras Sanitarias de la Nación S/ Contrato de Obra Pública Causa: 34.939/94 CNFed Contencioso Administrativo Federal- Sala III, vLex Argentina.

---

# APUNTES SOBRE LOS ORÍGENES DEL PODER EJECUTIVO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y SU EVOLUCIÓN EN EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

---

GUILLERMO RAÚL MORENO<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 151-163

Recibido: 3/8/2021 - Aceptado: 14/9/2021

**Resumen:** En el presente trabajo proponemos un recorrido histórico sobre el Poder Ejecutivo en la Provincia de Buenos Aires. Así, iremos desde el tiempo de la colonia hasta la última reforma constitucional de 1994. En cada una de las etapas de este camino, posaremos la atención en la figura del “gobernador”, funcionario clave tanto en la conquista, en tiempos de la revolución y en la época de la Confederación. Asimismo indagaremos sobre el tratamiento que el constituyente le dispensó al Poder Ejecutivo Provincial en cada una de las reformas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Una vez sancionada la Constitución Nacional, Buenos Aires, en clara oposición a la misma, dictará su primera Carta local en 1854. De allí en más, su Constitución fue reformada cinco veces, dos en el Siglo XIX y tres en el Siglo XX.

**Palabras Clave:** Historia Constitucional - Poder Ejecutivo - Provincia de Buenos Aires - Derecho Constitucional.

**Abstract:** In the current work we propose a historic path to the Executive Branch of the Province of Buenos Aires. We will go from the time of the colony to the last constitutional reform of 1994. In each of the historical moments we will pay special attention to the figure

---

<sup>1</sup> Profesor Titular (I) de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Especialista en Derecho Constitucional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6334-659X>



of the “governor”, a key official in the conquest, both in the times of revolution and in the time of confederation. We will also inquire about the treatment that the constituent gave to the Executive branch in each of the reforms of the Constitution of Buenos Aires Province. Once the National Constitution was sanctioned, Buenos Aires—in clear opposition to it—would issue its first local charter in 1854. From then on, its Constitution was amended five times, two in the 19th century and three in the 20th century.

**Keywords:** Constitutional History - Executive Government - Buenos Aires Province - Constitutional Law.

## LA FIGURA DEL GOBERNADOR EN EL PERÍODO HISPÁNICO

Durante dos siglos, la mayor parte del territorio de lo que hoy es la República Argentina estuvo bajo el mando de funcionarios que detentaban el título de gobernador.<sup>2</sup> Esta figura, a diferencia de otras, se mantuvo vigente durante toda la etapa colonial y logró sobrevivir a lo largo de los años. Ya en el período patrio los gobernadores quedarán al mando de sus respectivas jurisdicciones, y aún más, continúan hoy en día formando parte esencial de nuestra realidad institucional.<sup>3</sup>

El primer funcionario con el título de gobernador en suelo americano fue el propio Cristóbal Colón, quien, de acuerdo a las capitulaciones de Santa Fe celebradas el 17 de abril de 1492, será nombrado “*Visorey e gobernador general en todas las dichas tierras firmes e islas que, como dicho es, el descubriere o ganare*”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> En ese sentido, señala Zorraquín Becú que: “El gobernador indiano constituye la figura más representativa del régimen establecido por España en el nuevo mundo, desde su organización definitiva en el Siglo XVI hasta que se implantaron las intendencias a fines del Siglo XVIII”. ZORRAQUIN BECU, Ricardo (1981), *La Organización Política Argentina en el Período Hispánico*, Editorial Perrot, Buenos Aires, p.143.

<sup>3</sup> Recordemos que el artículo 128 de la Constitución Nacional establece que “Los gobernadores de provincia son agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”.

<sup>4</sup> Archivo General de Indias, INDIFERENTE,418,L.1,F.1R-1V



Los gobernadores se multiplicaron a lo largo y ancho del nuevo mundo para desempeñar en nombre de la corona las funciones de gobierno y justicia en territorio indiano.

De acuerdo a la organización institucional implantada por la monarquía española en sus dominios americanos, al mando de las provincias mayores y menores se encontraba un gobernador. Las provincias mayores eran aquellas en las que funcionaba una Audiencia, de allí que el gobernador era además presidente de la misma. Las provincias menores, ya sean por sus reducidas extensiones o ubicaciones geográficas menos estratégicas, carecían de Audiencias y su más alto funcionario era el gobernador y capitán general. Todas estas provincias, sean mayores o menores estaban sujetas al mando superior del Virrey.<sup>5</sup>

Los gobernadores eran designados por el monarca por un período de tiempo que varió entre tres y cinco años, aunque, en la práctica, no se cumplió con tal plazo. Al igual que otros altos funcionarios indios, se les impuso ciertas restricciones durante el cumplimiento de su oficio. Entre otras cuestiones, no podían casarse sin licencia real, ni nombrar parientes en cargos administrativos, ni participar en negocios particulares.<sup>6</sup>

## **EL SURGIMIENTO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y SUS PRIMEROS GOBERNADORES**

Pasada la primera década del movimiento libertario de mayo de 1810, y producto de la llamada crisis del Año XX, surgirá la Provincia de Buenos Aires en su condición de tal. En efecto, disueltas las autoridades nacionales luego del triunfo de las montoneras al mando de los caudillos López y Ramírez en la batalla de Cepeda el 1° de febrero de 1820, el Cabildo de Buenos Aires emitió un bando por medio del cual declaró que reasumía “el mando universal de esta ciudad y su Provincia.”<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> TAU ANZOATEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo (2012), *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, p. 66.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>7</sup> VARELA; Luis V. (1910), *Historia Constitucional de la República Argentina*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, T. III, p. 314.

Fue así entonces que el 11 de febrero de 1820, al momento de la renuncia del General Rondeau a su cargo de Director, nació la Provincia de Buenos Aires como entidad de derecho autónomo. Ocurrido ello, se aprestó a organizar su régimen institucional interno. Con este objetivo, fueron elegidos doce diputados para conformar su primera legislatura, la que por entonces se la denominaba Junta de Representantes. Una vez escogidos sus miembros, procedieron a designar a Don Manuel de Sarratea como primer gobernador de la provincia.<sup>8</sup> Saldías, al referirse a este acontecimiento, refiere que ese “fue el primer día de la historia política de la Provincia de Buenos Aires”<sup>9</sup>

El nuevo mandatario, una vez designado, partió al encuentro de los vencedores federales para firmar con ellos el tratado del Pilar, de tanta importancia en nuestra historia institucional, por el que se aceptaba la federación y se sometía el arreglo de una resolución definitiva de la organización nacional a un congreso que se designaría al efecto.<sup>10</sup>

Durante aquel convulsionado año XX se sucederán los distintos gobernadores, sin que ninguno de ellos logre consolidarse en el ejercicio del poder. La estabilidad política llegará el 26 de septiembre de 1820 al ser designado Martín Rodríguez como nuevo gobernador, quien logrará mantenerse en el gobierno hasta el 9 de mayo de 1824.

## **PRIMERA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA DEL GOBERNADOR. LEY DEL PODER EJECUTIVO DE 1823**

A diferencia del resto de las provincias, Buenos Aires no contó con una Carta Constitucional hasta 1854. Por tal motivo, durante sus

---

<sup>8</sup> Según reza el bando fechado el 17 de febrero de 1820 y que lleva la firma de los diputados electos: “*Por tanto, en uso de las espresadas facultades ha verificado la dicha Junta de representantes, su elección por pluralidad de votos para Gobernador de esta Provincia en el Sr. D . Manuel de Sarratea, con calidad de provisorio, mientras lo exigiere el actual estado y hasta que pueda reunirse el voto de la campaña...*” PRADO Y ROJAS, Aurelio (1877), *Leyes y Decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*, Imprenta del Mercurio, Buenos Aires, T II, p. 46.

<sup>9</sup> SALDÍAS, Adolfo, (1910), *Un siglo de Instituciones. Buenos Aires en el Centenario de la Revolución de Mayo*, Talleres de Impresiones Oficiales, La Plata, p. 49.

<sup>10</sup> PALACIO, Ernesto, (1979), *Historia de la Argentina*, Peña Lillo Editor, Buenos Aires, p. 249.

primeros años de existencia debió emitir una serie de leyes tendientes a organizar su formación institucional. Entre ellas, y para no excedernos en los límites fijados en el presente trabajo, nos detendremos en la Ley del Poder Ejecutivo del 23 de diciembre de 1823.

Desde principios de 1820, momento en que surgió Buenos Aires como provincia, sus gobernadores fueron designados sin que exista reglamentación alguna sobre el particular. El propio Martín Rodríguez había sido elegido como gobernador provisorio el 26 septiembre de 1820, siendo más tarde confirmado como titular por la Sala de Representantes pero sin fijar el período de su mandato.

Fue así que a instancias de Rivadavia, por entonces ministro de Gobierno de Rodríguez y figura política central de esa etapa de aislamiento porteño, la Junta de Representantes sancionó el 23 de diciembre de 1823 la llamada ley del Poder Ejecutivo, mediante la cual se reglamentó la forma de elección, requisitos y duración del período del gobernador de la Provincia de Buenos Aires.<sup>11</sup>

La “Ley para elección del Gobernador”, tal es el título original, comienza estableciendo la elección indirecta de aquel al estipular que sería designado por la Sala de Representantes. En efecto, la misma debía constituirse tres días antes de que expire el gobierno para nombrar al gobernador a pluralidad absoluta de sufragios. Luego de determinar el procedimiento a seguirse en la elección, la ley que estamos comentando señala que el nuevo mandatario debería prestar juramento ante la Sala.

En cuanto a los requisitos que debía cumplir el candidato, la ley impuso ser natural del territorio de la provincia y poseer 35 años de edad.

El período de duración fijado fue de tres años a contarse desde la toma de posesión del cargo, sin que se prohiba expresamente la reelección. Asimismo, se estableció la prohibición por parte del Gobernador de ausentarse del territorio de la provincia por más de treinta días sin el consentimiento de la Sala de Representantes. En caso de ausencia o enfermedad, al no haberse contemplado la figura del vicegobernador,

---

<sup>11</sup> Se puede acceder al texto completo en PRADO Y ROJAS, Aurelio (1877) [comp.], *Leyes y Decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*, Imprenta del Mercurio, Buenos Aires, T II, p.454.

el mando recaía en los ministros.<sup>12</sup> Para el supuesto de muerte del Gobernador, el presidente de la Sala debería asumir su lugar de manera provisoria hasta que el Cuerpo designe a un nuevo titular del Poder Ejecutivo.<sup>13</sup>

## EL GOBERNADOR DEL ESTADO DE BUENOS AIRES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1854

Desde 1821, año en que la Sala de Representantes se había declarado “Extraordinaria y Constituyente”, la Provincia de Buenos Aires no había logrado dictar su propia Carta constitucional.<sup>14</sup>

Desde aquella época hasta el nuevo escenario surgido luego derrota Rosas en la batalla de Caseros a principios de 1852, Buenos Aires, a diferencia del resto de las provincias, continuó sin una norma fundamental que rigiera en su territorio.

La situación comenzará a cambiar a partir de los sucesos acaecidos luego de la firma del Acuerdo de San Nicolás, ello así, puesto que Buenos Aires no ratificó lo pactado en aquel encuentro y, en consecuencia, no participará del Congreso de Santa Fe de donde será sancionada la Constitución Nacional de 1853.

En ese contexto de división entre Buenos Aires y el resto de las provincias reapareció la idea de los porteños de contar finalmente con una constitución propia. Fue así que, motivada por los acontecimientos, la provincia se lanzó a la búsqueda de un Carta local a partir de un proyecto impulsado por el diputado Antonio Pirán. En el mismo se estableció que la Junta de Representantes en uso de la “soberanía

---

<sup>12</sup> Lo que en la práctica, como bien señala Ravignani, se obtenía un poder ejecutivo colegiado en esas ocasiones excepcionales. RAVIGNANI, Emilio, (1927), *Historia Constitucional de la República Argentina*, Peuser, Buenos Aires, T II, p. 117.

<sup>13</sup> El art. 14 de la ley establecía que para el caso de estar reunida la Sala al momento del fallecimiento, debería designarse al reemplazante dentro de los 8 días.

<sup>14</sup> Uno de los primeros antecedentes en materia constitucional de la provincia fue en 1821 cuando, durante el gobierno de Martín Rodríguez, fue nombrada una comisión encargada de redactar una constitución. Si bien no se logró el cometido, se aconsejó duplicar el número de miembros de la Sala de Representantes y al mismo tiempo el Cuerpo se declarase extraordinario y constituyente.

ordinaria y extraordinaria” que revestía se debería abocar a integrar una comisión para que presentara un proyecto al pleno de la Sala.

Así, luego de varias marchas y contramarchas la Constitución fue sancionada el 8 de abril de 1854. Ello ocurrió no sin recibir críticas hostiles por parte del resto de las provincias argentinas. Pues, claro está, no podía admitirse con beneplácito, ni aún con indiferencia, la actitud separatista asumida por Buenos Aires.<sup>15</sup>

En línea con lo expuesto, no debemos olvidar, que la primera Constitución bonaerense fue un reflejo de oposición a la Carta Magna Nacional surgida un año antes en Santa Fe y como era de suponer, estaba destinada a tener una vida fugaz. Tan es así, que su artículo 1° disponía que: “Buenos Aires es un Estado con libre ejercicio de su soberanía interior y exterior, mientras no la delegue expresamente en un Gobierno Federal”.<sup>16</sup>

En lo que respecta a la composición y organización del Poder Ejecutivo, la Constitución de 1854 estableció que estaría a cargo de “una sola persona bajo la denominación de Gobernador de Estado de Buenos Aires”.<sup>17</sup> El mismo sería elegido por la Asamblea General, es decir, la reunión de ambas cámaras legislativas, por votación nominal y a pluralidad de sufragios. Duraría tres años en funciones sin poder ser reelegido de manera inmediata. No se contempló la figura del Vicegobernador.

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1873 Y EL TRATAMIENTO DEL PODER EJECUTIVO

En medio de un clima de ruptura y secesión entre Buenos Aires y el resto de las provincias, el Congreso designó el 20 de febrero de 1854

---

<sup>15</sup> Un encendido Alberdi sostenía en sus *Bases*, en relación a la Constitución de Buenos Aires de 1854, que: “*Arrebatando a la Nación sus atribuciones soberanas, la Constitución local de Buenos Aires abre una herida mortal a la integridad de la República Argentina, y crea un pésimo ejemplo para las repúblicas de la América del Sur...*” ALBERDI, Juan Bautista (1981), *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires, p. 269.

<sup>16</sup> CORBETTA, Juan Carlos (1984), *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, SCBA, La Plata, p. 59.

<sup>17</sup> Artículo 81 y ss, *Ibidem*, p. 69.

al General Justo José de Urquiza como presidente de la Confederación Argentina y quien desde allí intentó poner en marcha la nueva institucionalidad del país sin contar para ello con la histórica capital ni los recursos aduaneros.

No obstante el compromiso asumido por las partes de mantener la paz, la buena armonía y a no consentir la desmembración del territorio, finalmente la confrontación se tornó inevitable. El choque entre las fuerzas de la confederación bajo el mando de Urquiza y el ejército porteño, comandado por Mitre, se producirá en la batalla de Cepeda el 23 de octubre de 1859. Una vez producida la victoria de Urquiza, las partes se avinieron a firmar el Pacto de San José de Flores el 11 de noviembre de ese mismo año.<sup>18</sup>

La firma del pacto de familia significó en los hechos la reincorporación de Buenos Aires a la Confederación Argentina. Para ello fue necesario que los porteños examinaran y luego propusieran reformas a la Constitución Nacional sancionada en 1853. Así, la Convención Nacional *Ad hoc* encargada de examinar las modificaciones propuestas se reunió en Santa Fe entre el 14 y el 25 septiembre de 1860 aceptado en líneas generales las reformas elevadas para su tratamiento.

Teniendo en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, debemos señalar que resultó necesario adecuar la Constitución de la provincia de Buenos Aires que, como ya lo hemos mencionado, había sido sancionada para un contexto político e institucional de separación entre aquella y el resto de las provincias argentinas. A tal tarea se abocará la Convención provincial constituyente que sesionó entre los años 1870 y 1873.

En lo que respecta al objeto de nuestro trabajo debemos señalar que fue consagrada la figura de un Vicegobernador, el que sería elegido al mismo tiempo y por el mismo período que el Gobernador. Ambos debían haber nacido en territorio argentino o ser hijos de ciudadano nativo en caso de nacer en el extranjero, tener treinta años de edad y

---

<sup>18</sup> Hemos tenido oportunidad de referirnos a los acontecimientos que rodearon la firma del pacto, como así también su contenido en MORENO, Guillermo Raúl, (2017), *El Pacto de San José de Flores y la Unión Nacional*. Derechos En Acción, (3). <https://doi.org/10.24215/25251678e004>

cinco de domicilio en la Provincia. Serían designados por el pueblo de la provincia mediante elecciones, durando tres años en funciones y sin posibilidad de reelección inmediata.<sup>19</sup>

## CONSTITUCIÓN DE 1889

La reforma a la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1889 estuvo motivada principalmente por la llamada “cuestión capital”. En este sentido, debemos hacer mención que durante los últimos meses de la presidencia de Nicolás Avellaneda finalmente se logró nombrar a la ciudad de Buenos Aires como capital de la República y sede de las autoridades federales. A partir de ello, fue fundada la ciudad de La Plata en 1882 como nueva capital provincial.

La constitución vigente por entonces no hacía ninguna mención al tema de la capital provincial, de allí que el 1° de octubre de 1882 comenzó a sesionar en San José de Flores una Convención Constituyente lanzada a reformar la Carta local por ese motivo. Su última reunión se llevará a cabo siete años más tarde en la ciudad de La Plata el 22 de octubre de 1889.<sup>20</sup>

Así, el artículo 4 de la Constitución de 1889 estableció que la “Capital de la provincia de Buenos Aires es la ciudad de La Plata. Las Cámaras Legislativas, el Poder Ejecutivo y la Suprema Corte de Justicia funcionarán permanentemente en esta ciudad, salvo los casos en que, por causas extraordinarias, la ley dispusiese transitoriamente otra cosa”.

En lo que respecta al Poder Ejecutivo, el constituyente decidió elevar de tres a cuatro años el mandato del Gobernador.

---

<sup>19</sup> Ver arts. 116 y ss.

<sup>20</sup> Nos apunta Varela en relación a esta dilatada tarea de la Convención reformadora que: “Esta inusitada duración de un parlamento constituyente, explica las deficiencias y defectos de que adolece la actual constitución de la provincia. Leyendo el Diario de Sesiones de aquel cuerpo, se puede seguir la lenta evolución que fu produciéndose en la descomposición de su organismo. No solo sufrió un cambio radical en el personal de convencionales, sino especialmente en las ideas e intelectualidad de aquellos”. VARELA, Luis (1907), *Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, p. 20.

## CONSTITUCIÓN DE 1934

El 18 de febrero de 1932 asumió la gobernación de Buenos Aires un fiel exponente de la llamada “década infame”, el hacendado conservador Federico Lorenzo Martínez de Hoz.<sup>21</sup> Será el propio mandatario quien en mensaje oficial lanzará públicamente la idea de llevar adelante una reforma constitucional.

Habiéndose desarrollado los comicios electorales con un amplio triunfo de los conservadores, se reunió en la ciudad de La Plata la Convención Constituyente que dará una nueva Carta local en 1934.

El nuevo texto constitucional en su artículo 121 estableció que la elección de Gobernador y Vicegobernador sería hecha directamente por el pueblo, por simple mayoría de votos. Así cada elector debía votar el nombre de un ciudadano para gobernador y otro para Vicegobernador. Los comicios tendrían lugar conjuntamente con la elección de senadores y diputados del año que correspondiera.

## CONSTITUCIÓN DE 1949

Durante la primera presidencia del General Juan Domingo Perón, la Constitución Nacional fue objeto de una reforma integral en 1949.

Con el objetivo de ajustar las constituciones locales a los principios y declaraciones consagrados en la Ley Fundamental, se autorizó por única vez a las legislaturas provinciales a que se transformen en asambleas constituyentes reformadoras.<sup>22</sup>

Fue así que el entonces gobernador de la provincia, Domingo Mercante, mediante decreto del Poder Ejecutivo mandó a reunir a las dos cámaras legislativas para que se éstas se apresten a iniciar el proceso de reforma constitucional.

---

<sup>21</sup> Para tener un panorama del contexto histórico político de aquella época, y en especial del gobierno de Martínez de Hoz, remitimos al lector a un trabajo de nuestra autoría: MORENO, Guillermo Raúl (2021), *Juicio político al gobernador. El antecedente de la destitución de un titular del Poder Ejecutivo en la Provincia de Buenos Aires*, La Ley, AÑO LXXXV N° 141, edición del 23 de julio de 2021, pp.1-3.

<sup>22</sup> Conforme cláusula 5ta. de las disposiciones transitorias de la Constitución Nacional de 1949.



Finalmente, el 24 de marzo de 1949 quedó concluida la obra, consagrándose de ésta forma, la nueva y efímera Constitución para la provincia de Buenos Aires.<sup>23</sup>

La parte orgánica de la nueva Carta local, en líneas generales respetó las disposiciones contenidas en la Constitución de 1934. Pero en lo que atañe al Poder Ejecutivo, debemos resaltar que, si bien se aumentó a seis años la duración del mandato, su artículo 93 (a diferencia de lo establecido en la Constitución Nacional) vedada la reelección inmediata del gobernador y vicegobernador.<sup>24</sup>

En 1955, al producirse el golpe de estado contra Perón, el nuevo gobierno de facto decretó la derogación de la Constitución Nacional de 1949. Al mismo tiempo, fueron declaradas vigentes las constituciones anteriores al régimen depuesto. Igual actitud se asumió con la Carta provincial, por lo cual, volvió a entrar en vigencia la Constitución de 1934.

## CONSTITUCIÓN DE 1994

Al influjo de la reforma a la Constitución Nacional, la provincia de Buenos Aires volverá a modificar su texto constitucional en el año 1994. Así, a fines 1993 fue sancionada la ley 11488, por medio de la cual se declaraba la necesidad de la reforma parcial de su Constitución a través de una convención constituyente.

Sin entrar en el análisis de las numerosas y variadas reformas que sufrió la Constitución provincial, si debemos mencionar -por ser el objeto de este trabajo- lo que atañe al Poder Ejecutivo.

Eran épocas de una fuerte vocación reeleccionista en todo el país, la propia Constitución Nacional operada ese mismo año permitirá en

---

<sup>23</sup> Se puede acceder al texto completo de la constitución provincial de 1949 en Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Antecedentes y Debates 1852-1987. Secretaría Legislativa. H. Senado de la provincia de Buenos Aires. La Plata, 1988. Tomo IV, Volumen I. p. 70.

<sup>24</sup> En este tema claramente la provincia de Buenos Aires se apartó de lo dispuesto en la Constitución Nacional, pues, su artículo 78 permitía la reelección presidencial. Recordemos que aquella cláusula fue muy cuestionada ya que habilitó a Perón a presentarse a elecciones por un nuevo mandato.

su nueva redacción la renovación inmediata del mandato del entonces presidente de la República. La provincia de Buenos Aires no escapó a esa lógica, y así, luego de arduos debates en el seno de la Convención reunida en la ciudad de La Plata, fue modificada la cláusula que impedía la reelección inmediata del gobernador.<sup>25</sup>

De esta manera, sin el menor ánimo de dar por agotado el tema objeto de nuestro trabajo, damos por concluido este recorrido histórico con eje en la figura del gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista (1981), *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires.
- CORBETTA, Juan Carlos (1984), *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, SCBA, La Plata.
- MORENO, Guillermo Raúl (2019), *Comentarios a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Concordada y con Notas de Jurisprudencia*, Librería Editora Platense, La Plata.
- MORENO, Guillermo Raúl (2021), *Juicio político al gobernador. El antecedente de la destitución de un titular del Poder Ejecutivo en la Provincia de Buenos Aires*, La Ley, AÑO LXXXV N° 141, edición del 23 de julio de 2021, pp.1-3
- MORENO, Guillermo Raúl, (2017), *El Pacto de San José de Flores y la Unión Nacional*. Derechos En Acción, (3). <https://doi.org/10.24215/25251678e004>
- PALACIO, Ernesto, (1979), *Historia de la Argentina*, Peña Lillo Editor, Buenos Aires

---

<sup>25</sup> En las disposiciones transitorias de la Constitución, se estableció la necesidad de un plebiscito para aprobar la puesta en marcha de una reelección del entonces gobernador Eduardo Duhalde, acto que se llevó a cabo y en el cual obtuvo un holgado triunfo. Remitimos al lector al comentario que hicieramos del artículo 123 de la Constitución a: MORENO, Guillermo Raúl (2019), *Comentarios a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Concordada y con Notas de Jurisprudencia*, Librería Editora Platense, La Plata, p. 464.

- PRADO Y ROJAS, Aurelio (1877) [comp.], *Leyes y Decretos promulgados en la Provincia de Buenos Aires desde 1810 a 1876*, Imprenta del Mercurio, Buenos Aires, T II
- RAVIGNANI, Emilio, (1927), *Historia Constitucional de la República Argentina*, Peuser, Buenos Aires
- SALDÍAS, Adolfo, (1910), *Un siglo de Instituciones. Buenos Aires en el Centenario de la Revolución de Mayo*, Talleres de Impresiones Oficiales, La Plata.
- TAU ANZOATEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo (2012), *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires.
- VARELA, Luis (1907), *Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata.
- VARELA; Luis V. (1910), *Historia Constitucional de la República Argentina*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, T. III.
- ZORRAQUIN BECU, Ricardo (1981), *La Organización Política Argentina en el Período Hispánico*, Editorial Perrot, Buenos Aires.

---

# LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL ANTE EL GARANTISMO ADMINISTRATIVO

---

MARTÍN RODRÍGUEZ LUNA<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 164-187  
Recibido: 9/8/2021 - Aceptado: 8/9/2021

**Resumen:** La presente ponencia, apunta a cuestionar la subsistencia actual del Principio de Primacía Constitucional.

En tal sentido, comparto el cuestionamiento que pregona el Dr. Sammartino (SAMMARTINO, 2002) sobre si el concepto de acto administrativo que predica hoy la teoría del acto administrativo resulta, o no, compatible con los principios y valores que el Estado Constitucional está llamado a respetar, proteger y garantizar...

Para ello partiré de una pregunta inicial que podría formularse de la siguiente manera: *¿el procedimiento administrativo actual, visto como comportamiento de la Administración, pone actualmente en crisis el Principio de Primacía Constitucional?*

**Palabras claves:** Acto Administrativo, Primacía Constitucional, Control Convencionalidad, DESC.

**Abstract:** This presentation aims to question the current subsistence of the Principle of Constitutional Primacy.

In this sense, I share the questioning that Dr. Sammartino proclaims about whether the concept of administrative act that the theory of the administrative act preaches today is, or not, compatible with the principles and values that the Constitutional State is called upon to respect, protect and to guarantee...

---

<sup>1</sup> Abogado. Mediator. Especialista en Abogacía Estatal (ECAE). Maestrando en Derecho Público (UNR). Doctorando en Derecho (UCA).



To do this, I will start from an initial question that could be formulated in the following way: *does the current administrative procedure, seen as the behavior of the Administration, currently puts the Principle of Constitutional Primacy in crisis?*

**Keywords:** Administrative Act, Constitutional Primacy, Conventionality Control, CESR.

---

## 1. ÁMBITO INTERNO. CUESTIONES ESTRUCTURALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### 1.1. Noción de acto administrativo a considerar

Resulta imperioso, cuanto menos, hacer una breve referencia al acto administrativo, ya que la Administración se manifiesta, materialmente, a través de éste.

Ante todo, vale aclarar que la LNPA no brinda un concepto o definición, como tampoco lo hace su decreto reglamentario (RLNPA); por lo que iremos “construyendo” su definición acudiendo a la doctrina.

Así, siguiendo los dichos de Marienhoff (MARIENHOFF, 1993), cuyos criterios han inspirado a la LNPA, se trata de *toda declaración, disposición o decisión de autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico*.

Entonces, al hablar de “declaración”, “disposición” o “decisión” quedan comprendidos los actos administrativos individuales (“decisiones”), generales (“disposiciones”), expresos y tácitos, unilaterales y bilaterales. Continuando con Marienhoff, señalo que el vocablo “declaración”, tiene un significado “genérico”: implica “exteriorización” de una voluntad.

El prof. Cassagne (CASSAGNE, 1987) lo define como *toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto*.

Por su parte Agustín Gordillo (GORDILLO, 2003) enseña que *es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función*

*administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.*

Sammartino (SAMMARTINO, 2007) expone que dos rasgos comunes atraviesan a las diferentes conceptualizaciones de acto administrativo: por un lado, el reconocimiento de la sustantividad del acto administrativo con respecto al acto o negocio jurídico; y por el otro, la idea del acto administrativo como “declaración”.

Esta última es excluyente en el derecho administrativo argentino. Autores como Díez, Marienhoff, Cassagne, Gordillo, Julio R. Comadira (entre otros) adscriben a este criterio, y no conciben la idea de manifestación ejecutada de algo, sino tan solo de expresión intelectual (teórica, abstracta) de una idea.

De ese modo quedan fuera también de la noción de acto administrativo aquellas actuaciones que no cumplen con esa condición (los denominados “hechos administrativos”, o vías de hecho conforme el art. 9 LNPA).

Como criterio diferenciador, cabe destacar que los actos administrativos, una vez notificados, modifican jurídicamente, *per se*, las situaciones sobre las que actúan (en beneficio, o perjuicio, de los particulares).

Ello no es así con los hechos, toda vez que éstos son meras actuaciones materiales del órgano que despliega la función administrativa, y menos aún podrán ser presumidos legítimos. Pues no emanan de un procedimiento administrativo (considerado el cauce formal, natural por excelencia, de la función administrativa).

Así aunque los hechos acarrearán responsabilidad y no pueden ser anulados, reiteramos, quedarán excluidos del presente trabajo.

Entonces, delimitaremos el “accionar administrativo” para este ensayo, a los actos administrativos propiamente dichos: o sea en **aquellas manifestaciones unilaterales de la Administración Nacional, emanadas del debido procedimiento administrativo (presuntamente legítimos), y que resulten lesivos por afectar de manera injusta a un particular (alcance individual).**

## 1.2. Facultad de obrar de la Administración

Llegada esta instancia entiendo adquiere relevancia en este análisis filosófico la dimensión de la **competencia** de la Administración, es decir su *obligada facultad* de actuar. Pues sin ella, la Administración no podría emitir ningún acto administrativo, en otras palabras: no estaría habilitada para obrar.

Echando mano al art. 7º inc. a) de la LNPA, se observa que la competencia es un elemento esencial para el acto administrativo, de allí que éste no pueda ser dictado por un organismo incompetente. Sigue siendo la norma la que clasifica y otorga competencia a los órganos de la Administración.

A los fines de unificar criterios deviene imperioso saber qué entendemos por *competencia* del acto administrativo.

Si bien se la ha conceptualizado en numerosas oportunidades, voy a comenzar por la jugosa definición que ofrece la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) al decir que es *el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás. Para el órgano asesor, la competencia constituye el principio que predetermina, articula y delimita a la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades estatales*<sup>2</sup>. La negrilla es mía.

Por su parte el Dr. Sammartino (SAMMARTINO, 2007, p. 263), la ha definido como *el elenco específico de poder asignado por el ordenamiento normativo a los órganos y entes que despliegan la función administrativa para la satisfacción adecuada de los fines de interés público queridos por la Constitución, los tratados, las leyes y los reglamentos*.

De allí sus rasgos distintivos:1) es una determinación normativa, 2) mediante la que se asigna una porción de poder o incumbencia administrativa, 3) a un órgano o ente, 4) para satisfacer los fines de interés público perseguidos por la norma habilitante.

Es de notar, que en el derecho administrativo -a diferencia del derecho privado donde prevalece la autonomía de la voluntad-, los

---

<sup>2</sup> Dictamen PTN 270:169.

órganos que componen la Administración y llevan a cabo la función administrativa están “obligados” (por norma) a la satisfacción real, concreta, efectiva del interés público conforme las bases o plataformas de la Constitución.

Rige aquí, pues, el principio de *nulla competentia sine norma*. En efecto, dicho principio, receptado en el art. 3° de la LNPA, implica que las fuentes de competencia de los órganos y entes administrativos serán la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos dictados en consecuencia.

Así, el Estado actúa por normas (de distintas índoles) y en base a ellas está “obligado” a actuar en respeto de los postulados que impone la Carta Magna y legislación aplicable.

Hasta aquí, desde la teoría del acto administrativo, en su faz procedimental, y la Primacía Constitucional no pareciera haber controversia alguna...

### **1.3. Consecuencias de la presunción de legitimidad del acto administrativo**

Analicemos en este acápite como juega la presunción de legitimidad, *consagrada* de los efectos del acto administrativo. He aquí el meollo de la cuestión...

Lo trascendente acá reside en la circunstancia del dictado de un acto administrativo violatorio o lesivo de los principios y garantías constitucionales, y cómo esos efectos “*negativos*” quedarán igualmente en pie en virtud de la presunción de legitimidad del acto. Léase: **cómo mediante un acto administrativo lesivo, pero presumido legítimo (ergo ejecutorio), se vulneran fácticamente los postulados constitucionales y convencionales suscriptos por el Estado.**

Tengamos en cuenta que el rigor de tal presunción implica que el acto administrativo *lesivo* (como todo acto administrativo que en definitiva comenzó a surtir efectos) tornaría casi imposible, incluso para la propia Administración, el cese de sus efectos (ver *infra*).

Pues el único remedio para el particular consiste en la acción judicial, agotada que fuere la vía administrativa (o bien en forma directa, dadas las circunstancias), y en el caso de la Administración



se trata de la acción de lesividad; como sea: casi nunca sería la misma Administración, sino la Justicia la que *anularía o suspendería* al acto administrativo *lesivo*.

Bajo este paradigma la Administración estaría prácticamente *condenada* a no cometer “errores”, ya que no podría modificar sus criterios siquiera en aras del bien común; y más aún: resultaría prácticamente utópica su facultad de contralor, aún en su carácter de autoridad de aplicación en la materia que fuere de su competencia.

La norma otorga presunción de legitimidad al acto, suponiendo de manera *cuasi absolutista* que el mismo ha sido confeccionado acorde a las pautas legales que lo condicionan. En definitiva: es la misma LNPA la que supone con rigor de verdad, y en forma anticipada, el acatamiento de sí misma y de las demás normativas aplicables al acto.

Diciendo esto, pretendo señalar que la Administración diseña sus procedimientos administrativos observando con esmero la norma local (y sus reglamentos, etc.), no así la Constitución Nacional<sup>3</sup>.

Un vestigio éste, tal vez, sobreviviente de épocas anteriores (siglos XVII y XVIII) en donde la figura del Estado se concebía desde el absolutismo (o despotismo) ilustrado, y los súbditos no tenían el cúmulo de derechos, ni regían las garantías, actuales.

Para ello se torna imperioso comprender cuál es la posibilidad real de revocar, sustituir o modificar un acto administrativo *lesivo* (desde la óptica interna de la Administración), en salvaguarda de los principios y garantías constitucionales; esto es, el margen de maniobra “rectificativo” en defensa de la Primacía Constitucional. Veamos...

La jurisprudencia había consagrado esta presunción a raíz del fallo “Los Lagos”<sup>4</sup> estableciendo que la presunción de legitimidad regía

---

<sup>3</sup> Un ejemplo de ello en el Derecho Tributario con el Principio “*Solve et Repete*”, o en el ámbito económico con la Ley de Presupuesto (como condicionante de las políticas inclusivas que podrán llevarse a cabo), etc...

<sup>4</sup> CSJN, 1941. Fallos, 190:142. Dicho criterio, revertía el que inicialmente había tomado la CSJN a partir de “*Sojo*” (1887), a raíz del famoso precedente norteamericano “*Marbury vs. Madison*” del año 1803, mediante el cual se ejerció de oficio dicho control (en términos del Juez John Marshall: “...*un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley...*”). Sin ánimos de explármame demasiado, vale considerar que hoy se impone como deber que dicho

necesariamente y en todos los casos, vedando a la Justicia pronunciarse de oficio al respecto. Se consideraba que la Administración (el *Príncipe* de antaño) no se equivocaba.

En términos legales, podemos decir *a priori* que a todo acto que reúna los requisitos estipulados en el art. 7 LNPA (y art. 15 LNPA a *contrario sensu*) y siempre que no se dieren los supuestos del art. 14 LNPA (nulidad absoluta), se presume legítimo el acto.

A su vez, una estricta aplicación del régimen de las nulidades de los arts. 17 y 18 LNPA, tornaría (como hemos visto) poco propicia a la instancia administrativa para la revocación de un acto administrativo, ya sea en favor del particular o del propio Órgano.

En efecto, tratándose incluso de un acto *irregular* (nulo de nulidad absoluta), el mismo sólo podrá interrumpir su subsistencia por razones de ilegitimidad siempre que no estuviere firme y consentido, y no hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17 LNPA *contrario sensu*).

Por su parte, si el acto resulta regular (anulable en este caso), no puede ser revocado, modificado o sustituido por la Administración si ya fue notificado, salvo que el particular conociere el vicio, o bien si resultare favorecido sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También juegan aquí las razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando en este caso los perjuicios que causare a los administrados (art. 18 LNPA); supuesto éste que no resulta trascendente.

Queda a la vista la paradoja del criterio legal en materia de nulidades por razones de ilegitimidad: pues si nos atenemos rigurosamente a la norma, resultaría menos dificultoso para la Administración revocar, sustituir o modificar un acto regular (anulable) que un acto irregular (nulo); siendo éste más gravoso que aquel.

Frente a dicha ironía el Máximo Tribunal *in re* “Almagro”<sup>5</sup> elaboró una suerte de solución *pretoriana* al sostener que: “...una interpretación

---

control se ejerza de oficio en todos los tribunales inferiores del país (ver CSJN, “*Mill de Pereyra*”, Id SAIJ: FA01000464 - Sent. Del 27/09/2001).

<sup>5</sup> CSJN, 17/2/98. “*Almagro, Gabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba*”. A. 1136. XXXII.MJ-JU-E-9650-AR.EDJ 9650.

*armónica de los preceptos citados conduce a sostener que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 -entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17, primera parte. De lo contrario, el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular, lo cual no constituye una solución razonable ni valiosa. Una inteligencia meramente literal y aislada de las normas antes indicadas llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular cuya situación es considerada por la ley como menos grave...” (considerando 5°).*

A partir de dicho precedente, cuyo criterio ha sido reiterado en otros fallos, se ha construido la llamada doctrina “Almagro”, utilizada como una solución coherente y razonable a la hora de conjugar los arts. 17 y 18 de la LNPA (equiparando las condiciones de revocabilidad); siempre que se configuren, claro está, las circunstancias descriptas.

Hasta aquí, una breve descripción teórica, complementada con la interpretación de la jurisprudencia, en cuanto a los escasísimos supuestos de modificación, revocación o sustitución del acto, por razones de ilegitimidad; en salvaguarda del bien común, o en última instancia, de la Primacía de nuestra Carta Magna.

Nos queda ahora por dilucidar, a los fines de incursionar finalmente en el terreno de las *excepciones a la presunción de legitimidad*, cuándo estamos ante los supuestos que le permitirían a la Administración revocar por nulo (irregular) el acto administrativo *lesivo*.

Seguiré acudiendo a la jurisprudencia, que no es más que la misma ley (LNPA) ya interpretada y aplicada por un Tribunal en un caso concreto previo que sirve de guía.

En tal sentido resulta enriquecedor el viejo y clásico aporte dado por el clásico precedente “Pustelnik”<sup>6</sup> en cuanto a que *“el acto administrativo que incurre manifiestamente en un grave error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley, no ostenta apariencia de validez o legitimidad y debe calificarse como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene...”*. En cambio, *“el acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejado*

---

<sup>6</sup> CSJN, 1975. Fallos, 293:133.

*vicios de ilegitimidad, ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce presunción de legitimidad; la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar judicialmente al efecto o revocar el acto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia...”.*

De esta forma, explica Gordillo (GORDILLO, 2004), la Corte adopta a nivel nacional (donde resulte la aplicabilidad del RLNPA) el criterio de que es un principio o concepto general del derecho, inevitablemente aplicable en cualquier disciplina, el que un acto manifiestamente viciado no puede ser presumido legítimo, ergo la misma Administración debería revocarlo...

#### **1.4. Oportunidad de efectuar el contralor del accionar administrativo**

Corresponde destacar aquí que dicha tarea debe ser llevada a cabo, entiendo, por los servicios jurídicos permanentes de la Administración en su función consultiva y dentro de la etapa de elaboración del **dictamen jurídico**. Pues, como expondré *infra*, este es el momento oportuno por excelencia para el Control de Convencional, en la forma y el fondo.

Ello no significa que las actuaciones previas a dicha instancia estén exentas, cualitativamente hablando, de la observancia de la normativa convencional.

El dictamen jurídico es obligatorio pero no vinculante. Es un acto preparatorio de “control de juridicidad” *ex ante*, es decir previo al dictado del acto administrativo que realiza el servicio jurídico permanente<sup>7</sup> en el área correspondiente (art. 7, inc. d., LNPA). Esto es, no expresa la voluntad administrativa, pero concurre a formarla.

Hablamos aquí de la actividad consultiva de la administración, que es la que se dirige a ilustrar con sus pareceres, opiniones e interpretaciones, a los órganos activos, sobre actos que deben dictar en el ejercicio de sus funciones, dentro del margen de legitimidad.

Decía ya el Dr. Bielsa (BIELSA, 1955) que *“el asesoramiento en las funciones gubernativas es una consecuencia no solamente de la división orgánica del trabajo, sino también del progreso institucional. Se*

---

<sup>7</sup> En la función “consultiva” (ver art. 1° de la ley 12.954, de creación del Cuerpo de Abogados del Estado).

*sabe que el gobernante, cualquiera sea la esfera en que actúa, rara vez tiene la preparación jurídica, ni financiera ni en materia económica, que el cargo exige*”.

Ello, entiende la PTN, toda vez que “*la actividad que realizan los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa es amplia, variada y compleja, por lo que se hace necesaria la colaboración específica de órganos de consulta, técnicos y profesionales con competencia para dar sus pareceres en los asuntos administrativos y gubernativos*”<sup>8</sup>.

En definitiva, la idea es tomar conciencia que el accionar administrativo del Estado de Derecho, llevado a cabo sin el debido cuidado, puede tornarse disidente a los postulados de nuestra Constitución Nacional y a los esquemas internacionales en materia de DDHH, de allí la relevancia del contralor jurídico en tal sentido bajo la figura del “Dictamen Jurídico”.

Por todo ello, vengo a reflexionar acerca de la necesidad de una redefinición, tal vez, de la estructura (naturaleza y alcance) del accionar administrativo actual dentro de la teoría del acto administrativo, como (a su forma) planteaba el Dr. Sammartino.

## **2. ÁMBITO SUPRANACIONAL. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS CONVENCIONALES APLICABLES AL ACTO ADMINISTRATIVO**

Ingresemos ahora al plano *supranacional*, donde contamos con los compromisos asumidos por el Estado (en este caso el nuestro) ante la comunidad internacional mediante Instrumentos Internacionales, hoy incluso con jerarquía constitucional en materia de DDHH (art. 75, inc. 22 de la CN).

### **2.1. La normativa convencional desde la óptica de los DESC.**

Como aclaración preliminar, voy a dejar asentado que al referirme aquí a los DDHH, o bien a la plataforma convencional, lo haré teniendo siempre en cuenta la concepción de los DESC (art. 26 de la CADH, el PIDESC, Carta de la OEA s/Protocolo de Buenos Aires, etc.).

---

<sup>8</sup> Dictámenes PTN 286 del 13/10/06; y en igual sentido 259:18.

Ello, no sólo para limitar el objeto del presente estudio (como hice también con el acto administrativo), sino y sobre todo porque el desarrollo progresivo de los DESC implica un **compromiso activo** de parte de los Estados Miembros suscriptores del PSJCR (y es precisamente ese accionar positivo de la Administración el que estoy analizando aquí). Algo que no ocurre con los DCyP en donde la actitud de los Estados es precisamente la opuesta (omisiva o reduccionista en respeto de las garantías y libertades de los particulares)<sup>9</sup>. En cuanto a lo demás, dejare de lado la clásica y *perversa* distinción entre los DCyP y los DESC, puesto que la misma no constituye el objeto de este trabajo.

Entrando al terreno señalado, advierte el Dr. Curtis (COURTIS, 2014) que, lamentablemente, el art. 26 de la CADH es una cláusula solitaria del Capítulo III dedicado a esta categoría de derechos, que ha sido poco aplicada por los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y que ha recibido escasa atención doctrinaria. Esto se debe, entre otros factores, al contexto histórico de crecimiento del Sistema Interamericano, al relativo aislamiento del citado artículo dentro del cuerpo normativo, la particular (y poco feliz) técnica de su redacción, o bien al tardío desarrollo normativo de la noción de “progresividad” en materia de DESC.

En ese orden de ideas, voy a señalar que tanto la Comisión Interamericana como la Corte IDH han registrado en los últimos años un lento avance en la materia, incluso -como señala Curtis- la jurisprudencia del Tribunal Internacional es insuficiente aún para ilustrar de

---

<sup>9</sup> Como diferencias principales señalaré que: a) los DCyP son de aplicación inmediata, mientras que los DESC deben llevarse a la práctica gradualmente, b) los DCyP le permiten al individuo resistir frente a la acción ilegítima del Estado, mientras que los DESC deben ser promovidos por las autoridades públicas adoptando medidas positivas a favor de los titulares de los derechos; c) los DCyP son justiciables, es decir, pueden ser reclamados directamente ante los tribunales, en tanto que los DESC no de esa manera; y finalmente d) los sistemas de supervisión internacional deben ser distintos en ambas clases de derechos: el de los DCyP debe basarse en un órgano de determinación de los hechos de violación, con capacidad para pronunciarse sobre éstos, mientras que los DESC deben ser monitoreados a través del examen de informes periódicos de carácter general presentados por los Estados, sobre la situación de estos últimos derechos en el respectivo país...

manera completa los distintos desafíos interpretativos que plantea el art. 26 de la CADH.

Así las cosas, hay dos aspectos esenciales a tener en cuenta. Una primera cuestión se vincula con *el alcance de la remisión* de dicha cláusula, donde a diferencia de las enunciadas en el Capítulo II de la CADH para los DCP, los DESC no están individualizados por lo que debemos remitirnos, a su vez, a otro documento: la Carta de la OEA (reformada por el Protocolo de Buenos Aires).

En segundo lugar, identificados tales derechos, resulta menester determinar el contenido de las obligaciones específicas que nuclea dicho artículo 26 para los Estados partes, y la relación con las obligaciones genéricas que establece la Convención. Aquí adquiere relevancia la necesidad de elucidar el contenido de la noción de “progresividad” o de “desarrollo progresivo”, como así también la referencia a “la medida de los recursos disponibles” (frase poco feliz), puesto que ninguno de estos conceptos así enunciados califica a las obligaciones generales establecidas en los arts. 1 y 2 de la CADH.

Como sea, considera que en definitiva lo importante es fomentar el acercamiento del accionar administrativo a dicho plexo normativo, el cual está en constante evolución.

No es una tarea fácil, conforme lo hemos visto *supra*, pero el desafío está latente y de allí también la *musa inspiradora* de esta monografía...

## 2.2. Adecuación del acto administrativo al espíritu convencional

Dicho lo anterior, voy a servirme ahora para continuar con este desarrollo teórico de aquellos supuestos en los cuales la norma local aplicable (creada, formalmente hablando, por el Poder Legislativo y en base a la cual debería basarse el acto administrativo) atenta contra los postulados constitucionales (norma “inconstitucional”).

Así, el objeto de este capítulo será analizar aquellos casos extremos de invalidez de la norma doméstica de fondo aplicable a un caso concreto que el Estado (administrativamente hablando) debe resolver<sup>10</sup>;

---

<sup>10</sup> Tal el caso, vg., de una ley, decreto o reglamento que disponga la inmediata suspensión de todo beneficio previsional en curso por inconsistencia en los

y no ya en las normas procedimentales que regulan al accionar de la Administración como en el capítulo anterior (como la LNPA y su reglamentación, entre otras)<sup>11</sup>.

En tal sentido, la doctrina del Organismo dictaminador de mayor jerarquía (PTN) nos dice que si bien el contralor de Constitucionalidad compete a la órbita judicial, la Administración *-a priori- debe abstenerse* de aplicar la norma que resultare (o haya sido declarada) inconstitucional<sup>12</sup>.

Sin embargo, si vinculamos esta circunstancia con la “obligación de actuar” que tienen los Estados (en este caso en su función administrativa), como hemos visto al hablar de la competencia; la pregunta lógica sería: ¿qué sucede entonces ante el supuesto de una “norma inconstitucional”? Léase: si la Administración está obligada a actuar (Principio de Oficialidad) pero la ley nacional que regula la cuestión ha sido declarada, o resulta manifiestamente, “inconstitucional”: **¿qué solución legítima debe brindar en este caso la Administración?**<sup>13</sup> ¿Cómo dictar un acto administrativo *constitucionalmente válido* que resuelva el caso subsanando, a la vez, la carencia normativa?

Ante tales circunstancias, entiendo que lo correcto consiste en una interpretación hermenéutica y heterogénea de esa “norma inconstitucional” hacia los demás principios generales del Derecho desde la

---

datos personales del beneficiario. Entonces, el foco está en el acto administrativo de alcance particular, que en cada uno de esos casos, deberá emitir la ANSes.

<sup>11</sup> Demás está aclarar que si la norma local resulta acorde a los postulados constitucionales no existiría, en tal caso, controversia alguna que amerite el presente análisis.

<sup>12</sup> Dictámenes PTN 282:9. Allí dispuso que “*El artículo [...] es inconstitucional y, por tanto, corresponde abstenerse de su aplicación*”. En igual sentido, en Dictámenes PTN 255:240 sostuvo que “*Ante la valoración que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Resolución de la Secretaría de Energía N° 79/99, declarando su inconstitucionalidad y del Decreto N° 1212/89 en la parte pertinente, no resulta aconsejable persistir en sede administrativa en la aplicación del sistema sancionatorio creado por ella*”. Igual criterio en Dictámenes PTN 84:102.

<sup>13</sup> Siguiendo el ejemplo planteado *supra*: ¿suspende o no suspende el beneficio en cuestión?



óptica **convencional**<sup>14</sup>; y no morir simplemente en la mera abstención de dicha norma (hasta el dictado de una “nueva regla”), so pretexto de que el examen constitucional (para el orden interno) es atribución exclusiva de la Justicia, siendo ésta quien debería aportar la solución concreta, en su seno, al caso en particular.

Ello, toda vez, que el Contralor Convencional puede, y debe, ser llevado a cabo por las tres “funciones” (o poderes) del Estado: la administrativa, la normativa y la jurisdiccional; no siendo facultad exclusiva de ésta última como lo es el Control de Constitucionalidad (puesto que frente a la comunidad internacional el obligado es el “Estado” en su conjunto).

De esta forma, resulta inevitable el ingreso a la esfera “convencional” en el orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un aspecto que va a poner, irremediablemente también en tela de juicio al Principio de Supremacía Constitucional.

Así, desde este nuevo enfoque, cabe señalar que ante dicho vacío o dificultad legal, la solución para el caso concreto estaría dada en definitiva por la aplicación de los principios y garantías plasmados en la normativa convencional suscripta por el Estado miembro.

### 2.3. Jerarquía convencional en el orden jurídico interno

Nuestro país ingresa al SIDH mediante la puesta en vigencia de la ley 23.054, el día 27/03/84, por medio de la cual reconoce, la competencia de la CIDH por tiempo indefinido y de la Corte IDH sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.

Se le otorga de esta forma competencia a los órganos *supra* estatales y tribunales internacionales. Al someternos voluntariamente, las

---

<sup>14</sup> Criterio ésta adoptado por la Corte IDH en: “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, 24/11/06 (párr. 128). “*Gelman Vs. Uruguay*”, 24/02/11 (párr. 193). También en: “*Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*”, 28/08/14 (párr. 497)... Pues, “*cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin...*” (Gelman).

decisiones, sentencias, opiniones consultivas, informes, dictámenes también son de aplicación obligatoria tanto por autoridades nacionales como provinciales y/o municipales. Queda entonces adoptado el Principio de Convencionalidad, lo que significa que los Estados partes deben dictar las normas necesarias para hacer efectiva la Convención y además derogar o sustituir (digamos *complementar*) aquellas normas del derecho interno que sean contrarias a la misma.

Por su parte, y a raíz de la reforma constitucional de 1994 mediante el 75, inc. 22, de la CN, se le otorga jerarquía constitucional dichos Instrumentos Internacionales.

Cuestión aparte merece la frase incorporada en el segundo párrafo de dicho inciso: "...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...".

Ante todo voy a señalar, en términos de la Dra. Cayuso (CAYUSO, 2006), que el poder constituyente reformador decidió crear un *Bloque de Constitucionalidad* integrado tanto por la Constitución Nacional, como por los Tratados de Derechos Humanos a los que se les reconoce la mencionada jerarquía, con los siguientes presupuestos: a) deben entenderse en los términos de vigencia de cada Tratado, esto es conforme los términos de ratificación; b) no implican derogación alguna de las normas que integran el texto constitucional; y c) complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Carta Magna.

No obstante, al momento de incorporar el art. 75 inc. 22 en la reforma constitucional del '94, se han adoptado distintas posturas en torno a ello. Se suscitó pues el debate acerca de la jerarquía de la normativa internacional (en materia de DDHH) dada por el emblemático art. 75 inc. 22 CN; y el bloque constitucional de derechos y garantías (primera parte de la CN), cuyo fundamento reside en el principio de Primacía Constitucional (art. 31 CN).

Enseña el Dr. Toricelli (TORICELLI, 2010) que dentro de la Convención Constituyente hubo desacuerdos sobre la jerarquización de los tratados albergados en dicho inciso.

Una postura mayoritaria entendió que los Tratados allí enumerados (y los que se incorporen con el voto de las 2/3 partes de la totalidad

de los miembros en el futuro) poseen un pie de igualdad en todas las cláusulas, ninguna deroga a otra, y en caso de aparente conflicto con las cláusulas de la primera parte de la Constitución existe una obligación de **armonizarlos**, en sentido finalista y buscando siempre la protección de los DDHH. Esta ha sido la postura mayoritaria (a la cual adhiero) de la doctrina y jurisprudencia de la CSJN.

Una segunda postura, entendió que en caso de conflicto prevalecerá la primera parte de la Constitución Nacional (“...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución...”), puesto que los Tratados poseen una jerarquía constitucional relativa (son superiores a las leyes y al resto de los Tratados no enumerados, pero inferior a la Constitución), y todo conflicto obstaría a la “complementariedad” exigida, impidiéndose así su aplicación.

Otra tesis sugirió que dichos Tratados se encuentran en igualdad de condiciones que la primera parte, pero con jerarquía superior respecto de la segunda parte constitucional. En tal sentido, sostienen que los Tratados no forman parte de la Constitución, ya que no se han publicado junto con la Constitución y que “sólo se les dio rango constitucional” sin que ello implique que sean cláusulas constitucionales o que se hayan incorporado a ésta; ni que hablar ante el supuesto de modificación de la Constitución en el cual podría también estarse modificando el Tratado.

Destaco además que los Instrumentos Internacionales de DDHH son operativos y vinculantes para los Estados que los suscriben. Ello como consecuencia de la naturaleza y esencia misma que poseen *per se* los DDHH (entre ellos los DESC), como así también de la jurisprudencia de la propia Corte IDH, cuyos fallos resultan vinculantes también para los Estados suscriptores de la CADH, como el nuestro. Por lo tanto estamos frente a un sistema monista en cuanto a la aplicación de la normativa internacional en materia de DDHH, sin dejar de hacer mención del carácter progresivo de aplicabilidad de los DESC.

Respecto del término “en las condiciones de su vigencia”, cabe señalar el contraste conceptual entre dicho vocablo con la naturaleza progresiva y no regresiva de los DDHH. Y son los órganos del SIDH (CIDH y Corte IDH) los encargados de mantener actualizado el “catálogo interpretativo” mediante sus respectivos pronunciamientos; de

allí el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH para los tribunales domésticos.

En el orden interno, nuestro Máximo Tribunal dictó una saga reciente de fallos que considero ejemplares como “Girolldi”, “Bramajo”, “Espósito”, “Clavel Arancibia”, “Simón”, “Mazzeo”, “Rodríguez Pereyra”, “Díaz”<sup>15</sup>; entre otros... en los cuales tomó postura haciendo prevalecer el espíritu de las cláusulas convencionales (en materia de DDHH en general) en el orden jurídico interno. Criterio del que se ha apartado, a mi pesar, en el fallo “Muiña”<sup>16</sup>, en donde permite la prevalencia de una norma interna por sobre la espiritualidad de la normatividad convencional.

Para concluir, subrayo que el hecho de que la norma local deba ser integrada e interpretada progresivamente acorde a los estándares convencionales suscriptos por el Estado, como así también a la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales; no significa que se le otorgue una suerte de “cuarta instancia” a la Corte IDH, pues a dichos estrados se accede en aquellos casos vinculados a violaciones a los DDHH (vale mencionar al respecto, que actualmente en “Fontevicchia”<sup>17</sup>, la CSJN dispuso que la Corte IDH no puede derogar sentencias del Máximo Tribunal argentino).

## 2.4. Interpretación armoniosa con la plataforma convencional

Si bien el Control de Convencionalidad tiene su origen en una construcción pretoriana de la Corte IDH dada en el antecedente “Almonacid Arellano”<sup>18</sup>, la interpretación “constructiva” o armoniosa a la que

<sup>15</sup> CSJN. Fallos, 318:514 (1995). Fallos, 319:1840 (1996). E. 224. XXXIX (2004). Fallos, 327:3294 (2004). Fallos, 328:2056 (2005). Fallos, 330.3248 (2007). R. 401. XLIII (2012). MJ-JU-M-79260-AR (2013); respectivamente.

<sup>16</sup> CSJ1574/2014/RHl. Incidente en autos: “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario”. Sentencia del 03/05/17. Con los votos disidentes de los Dres. Lorenzetti y Maqueda, a cuyos criterios adhiero.

<sup>17</sup> CSJ368/1998(34-M)/CS1. “Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Sentencia del 14/02/17. Con el voto en disidencia del Dr. Maqueda, cuyos fundamentos comparto.

<sup>18</sup> Corte IDH. “Almonacid Arellano vs. Chile”, 26/09/06 (párr. 124), en donde expresa que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones

hice referencia *supra* emana del espíritu del fallo “Radilla Pacheco”<sup>19</sup>, el cual la Corte IDH exige a los jueces locales aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del PSJCR (CADH), y según, también, la jurisprudencia de la Corte IDH (dicha jurisprudencia extenderá luego el Control de Convencionalidad a los demás Instrumentos Internacionales en materia de DDHH).

Esto implica relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo “armonizante”, o sea acordes con el Pacto y tal jurisprudencia. Obliga también a distinguir entre interpretaciones convencionales e “inconvencionales” del derecho doméstico (las primeras, acordes con el Pacto y la jurisprudencia de la Corte IDH; las segundas, opuestas a uno de ellos, o a ambos)<sup>20</sup>.

En concreto, se trata de consumir un exhaustivo reciclaje del material normativo local, partiendo desde la “auto ejecutabilidad” que poseen los Instrumentos Internacionales de DDHH dentro del derecho interno<sup>21</sup>.

---

*vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.* Si bien, en esta primera etapa sólo alcanzaba al Poder Judicial, posteriores pronunciamientos lo hacen extensible a los demás poderes del Estado.

<sup>19</sup> Corte IDH. “Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, 23/11/09 (párr. 338 a 340).

<sup>20</sup> Ello, sin perjuicio, de que que el Control de Convencionalidad no se puede agotar en la CADH por contar este sistema con la Corte IDH, lo que implicaría que otros pactos sobre DDHH al no contar con un Tribunal permanente para su análisis quedarían desprotegidos en este aspecto; pues es obligación del intérprete de la ley el de velar por realizar este Control en el resto de los Pactos de DDHH incorporados a nuestro bloque constitucional (SAGÜÉS, Néstor P. “Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano.” LA LEY, 2009-B).

<sup>21</sup> Artículo 2 CADH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere

En conclusión: me parece importante destacar, en definitiva, que todo acto administrativo en materia de DDHH (en este caso de DESC) debe ser el producto de una correcta interpretación hermenéutica, integral y/o complementaria entre la norma de fondo local y la convencional, a raíz de la correcta implementación del Contralor Convencional según el *Principio Pro Homine*, el cual se trata de una regla general del Derecho de los DDHH mediante la cual, vía interpretación o adecuación normativa, se busca asegurar que en toda decisión se alcance el resultado que mejor proteja a la persona humana<sup>22</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES GENERALES. ¿PRIMACÍA CONSTITUCIONAL?

He procurado brevemente poner en evidencia la existencia del estado crítico que hoy atraviesa la Primacía Constitucional, debido al evidente divorcio con la sustantiva actividad administrativa del Estado. Ello, tanto a la hora de regular el procedimiento administrativo (en el ámbito interno), como al momento de gestionar -desde su función administrativa- cuestiones de fondo en materia de DDHH: para cuya “solución”, sin menguar los preceptos constitucionales, recurre al orden *supranacional* mediante el Control de Convencionalidad.

A partir de allí, la idea de este trabajo es ratificar el interrogante acerca de la compatibilidad del principio Supremo con la noción actual del acto administrativo; es decir: con el accionar administrativo del mismísimo Estado Constitucional de Derecho.

1. Repasemos... En primer lugar, hice hincapié en el aspecto procedimental **interno** del acto administrativo, exponiendo cómo suele invertirse

---

*ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Ese “otro carácter”, entendemos, involucra a la Administración.*

<sup>22</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, CADH)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párr. 46 *in fine*. En ese orden de ideas, se sostuvo que “...entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo...”.

el orden jurídico o la jerarquía normológica (LNPA y su decreto), debido a la subsistencia y ejecución de todo acto que resulte perjudicial o contrario a la Constitución por su mera presunción de legítimo.

Lo disvalioso aquí consiste también en que el *damnificado* se vea obligado muchas veces a eludir la esfera administrativa (sin agotarla siquiera) recurriendo en forma inmediata ante la órbita judicial, si la gravedad del caso lo amerita, en procura de subsanar *a priori* el perjuicio que, eventualmente, le habría causado la Administración con su accionar lesivo. Caso contrario, el presunto damnificado debe acudir ante la “sorda” vía recursiva administrativa, que tampoco ofrece hoy demasiada esperanza en tal sentido (difícilmente venza tal “presunción”), y que podría verse más como una mera formalidad para el agotamiento de dicha instancia, que otra cosa.

Igual razonamiento puede aplicarse al supuesto en que la Administración tuviere que revocar, modificar o sustituir, de oficio, un acto -en ejecución- favorable al administrado; supuesto en el cual también debería acudir, mediante acción de lesividad, ante la Justicia (en este supuesto entra a jugar la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos).

En cualesquier caso, a consecuencia del intenso efecto legitimador, casi todos los conflictos en los que la Administración es parte terminan siendo resueltos en la Justicia, quedando expuesta la escasa posibilidad que posee la Administración de resolver sus propios breves a raíz de esta cuestión. Ello sin mencionar la imagen de desprestigio y desconfianza que esto genera, como así tampoco las consecuencias económicas (sanciones, intereses...) y burocráticas (si devuelto que fuere al seno administrativo, se debe elaborar un acto nuevo)...

Así, las consecuencias de tal presunción provocan un efecto contrario al deseado, pues lejos de forjar una Administración invencible, la tornan más vulnerable y limitada; inepta (en muchos casos) a la hora de ofrecer respuestas desde su seno.

En ese orden de cosas, vimos cómo fácilmente se **altera el orden de prelación de la pirámide Kelseniana**, toda vez que la norma federal *infraconstitucional* (LNPA) parece imponerse, en tal sentido, a los principios y garantías de raigambre constitucional (Ley Fundamental). De aquí, que haya dedicado también algunos párrafos a los supuesto en los cuales cabría la posibilidad de revocación, modificación o sustitución

de un acto en la instancia administrativa (pto. 2.3), haciendo jugar los arts. 17 y 18 de la LNPA conforme la doctrina “Almagro”.

Ese desorden normológico, se traduce a su vez, en una notoria ausencia de Razonabilidad (art. 28 CN), socavando en los hechos al principio de Primacía Constitucional (art. 31 CN), a punto tal de llegar a preguntarme si la comunión entre ambos extremos podría estudiarse desde una mayor amplitud de los principios y garantías constitucionales: un absurdo jurídico toda vez que, *a contrario sensu*, es el accionar administrativo quien está llamado a respetar a la Ley de Leyes.

Sin embargo, en otro orden de cosas, me resulta también “arriesgado” afirmar la necesidad de eludir o acotar los efectos de tal presunción. Pues, si bien por un lado atenuar dichos efectos facilitaría a la Administración la revocación, modificación o sustitución de todo acto *lesivo*; no puedo soslayar, por el otro, que a mayor flexibilidad mayor será también la dificultad para la Administración de poder ejecutar sus actos, en definitiva: de administrar la cosa pública (sobre todo aquellos casos que requieren urgencia). Vaya contradicción.

Lo cierto, por si aún no se ha tomado dimensión de la gravedad del tema, es que en definitiva **es el propio Estado Constitucional de Derecho un reincidente incumplidor de su propia Constitución, a través de la puesta en escena de su actividad administrativa sustancial.**

2. En otro orden de cosas, saliendo de la esfera local y entrando a un plano de índole internacional, expuse a su turno acerca de la obligatoriedad de la Administración de llevar a cabo, en forma progresiva, la adecuación de su accionar local o doméstico al espíritu de la normativa convencional, siempre, claro está, conforme el *Principio Pro Homine* mediante el cual se procura la interpretación normativa siempre en favor de la persona.

A su vez, tratándose de DESC debemos tener presente que hablamos de un desarrollo progresivo y evolutivo del cúmulo de tales derechos dentro del orden jurídico interno.

Pues, el SIDH (del que Argentina forma parte), se conforma de Estados Miembros<sup>23</sup> (sin distinguir su forma de organización interna), así el

---

<sup>23</sup> En el ámbito internacional corresponde hablar de Estados (como un “todo” frente a otros Estados) cuya actividad se desarrolla, nuestro caso, en



análisis de la convencionalidad de sus normas internas no compete sólo a la función jurisdiccional (como lo hace el Control de Constitucionalidad, en forma difusa), sino que debe ser llevado a cabo también por las Administraciones con miras a los efectos futuros de su accionar (en la etapa procedimental del dictamen jurídico, como propuse oportunamente).

De esta forma, en materia de DDHH, advierto en definitiva una **jerarquización normativa del Derecho Internacional de los DDHH** dentro del orden jurídico interno<sup>24</sup>, consecuencia inmediata de la directa operatividad y ejecutabilidad de dichos Tratados en el orden interno (sistema monista); a excepción, por supuesto, de que la norma local resulte más favorable a la persona que la cláusula convencional (producto de la aplicación del Principio *Pro Homine*<sup>25</sup>).

He aquí otro aspecto que, sin dudas, coloca en tela de juicio a la “soberanía jurídica” (ergo de Primacía Constitucional).

A colación de esto último, sospecho que la noción de división de poderes que ha ilustrado Monstequieu<sup>26</sup> para el Estado Moderno en el siglo XVIII ha ido variando, al igual que las atribuciones asignadas a cada uno de esos poderes (o *funciones* del Estado). Máxime en un contexto fuertemente presidencialista como el nuestro, donde el Ejecutivo ha cobrado un enérgico **protagonismo** en materia de políticas de inclusión social a tal punto de convertirse en un verdadero “dador de derechos”<sup>27</sup> (obviando así el derrotero que supone el debate parlamentario; Órgano éste que está perdiendo representatividad popular ya que sus distintas

---

tres funciones: administrativa, normológica y jurisdiccional. La clasificación de “poderes” refiere más a la organización en el orden interno.

<sup>24</sup> Lo que en términos de dicotomía interna podría plantearse bajo el *slogan*: “art. 31 vs. art. 75, inc. 22; CN”.

<sup>25</sup> Como ejemplos de la aplicación de dicho principio puedo citar algunas premisas rectoras en el orden interno como el “*In dubio pro reo*” (como consecuencia del Principio de Inocencia) en la esfera penal; “*In dubio pro operario*” en el ámbito laboral; también “*In dubio pro consumidor*” para las relaciones de consumo; el informalismo o “*formalismo moderado*” en favor del administrado en la órbita del derecho administrativo; el “*Interés Superior del Niño*” en materia de familia, etc...

<sup>26</sup> En su obra “El espíritu de las leyes” (*De l'esprit des loix*), año 1748.

<sup>27</sup> Entre dichas políticas podemos mencionar la AUH, el ProCreAr, el Progresar, Notebook por alumno, etc...

fuerzas políticas se dedican principalmente a negociar entre ellas para reunir mayorías numéricas, ignorando las necesidades e intereses que están llamados a defender).

De esta forma, se vislumbra que esa mutación de funciones a la que hago referencia, parece no ocurrir solamente en el seno de la Administración (Poder Ejecutivo).

3.- En definitiva, estoy en condiciones de afirmar que **el actual accionar administrativo del Estado Constitucional de Derecho (desde su faz procedimental y de fondo) pone ineludiblemente en jaque a la Supremacía Constitucional.**

Y dicho *jaque* no se da únicamente en el ámbito internacional, espacio en el que naturalmente podría justificarse cierta pérdida de soberanía por parte de cada Estado Miembro debido a un plano de “igualdad” con el resto de los Estados; sino que dicha crisis se vislumbra también en el seno interno, más precisamente (como vimos aquí) en relación al proceso de elaboración y dictado del acto administrativo.

Por ello, y en procura de una respuesta al interrogante planteado inicialmente, voy a esbozar mi propia postura defendiendo la necesidad de incorporar sistemática y estratégicamente en la teoría del acto administrativo el oportuno Control de Convencionalidad en la etapa procedimental (*intra* Administración), con miras a los efectos futuros del acto (*ultra* Administración); aspirando además a una mayor amplitud de maniobrabilidad administrativa para facilitar, en dicha etapa, la resolución de eventuales conflictos.

De esta manera doy por finalizado el presente trabajo, cuya finalidad, es dejar planteado el desafío de que, tal vez, sea hora de empezar a entender al Estado de Derecho actual como aquel que acondicione la actividad sustantiva de su Administración a lo que podríamos denominar “*GARANTISMO ADMINISTRATIVO*”.

Esto es: el “**ESTADO CONVENCIONAL DE DERECHO**”.

## MATERIAL BIBLIOGRÁFICO CONSULTADO

BIELSA, R. (1955). “*Ciencia de la Administración*” (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

- CASSAGNE, J. C. (1987). *“Derecho Administrativo”* (Vol. Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- CASSAGNE, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- CAYUSO, S. G. (2006). *“Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental”*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- COURTIS, C. (2014). “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada”. (C. S. Uribe, Ed.) 656. Recuperado el 08 de 08 de 2021
- GORDILLO, A. (2003). *“Tratado de Derecho Administrativo”* (5ª ed., Vol. Tomo III). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.
- GORDILLO, A. (2004). “El Contrato Administrativo en la Actualidad”. En A. GORDILLO. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- MARIENHOFF, M. (1993). *“Tratado de Derecho Administrativo”* (Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- SAMMARTINO, P. M. (2002). “El Principio de Competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites”. *Revista RAP*, 257 y ss.
- SAMMARTINO, P. M. (2007). *“La noción de acto administrativo en el estado constitucional”*. Buenos Aires, Argentina: El Derecho.
- TORICELLI, M. (2010). *“Organización constitucional del poder”*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

---

# PRINCIPIO DE LEGALIDAD

## (PRIMERA PARTE: ASPECTO FORMAL)<sup>1</sup>

---

MARCELO JOSÉ SCHREGINGER<sup>2</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 188-212  
Recibido: 12/8/2021 - Aceptado: 1/9/2021

**Resumen:** Esta es la primera entrega del trabajo que parte de la conceptualización del principio de legalidad como regla social de convivencia que pone límites al posible actuar arbitrario de los integrantes de una comunidad, quienes deben respetar las reglas impuestas previamente por ellos mismos o por una autoridad que ejerce poder sobre ellos. Se advierte la modulación histórica del principio de legalidad, desde una visión amplia compartido por distintos tipos de comunidades a lo largo del tiempo, desde un punto de vista restringido, propio de una organización política determinada, el Estado de Derecho, que además de exigir el respeto a las normas preestablecidas por gobernantes y gobernados, procura garantizar un catálogo de derechos y libertades fundamentales, un sistema de división de poderes y control. Destaca la presencia del principio de legalidad en la articulación del ordenamiento jurídico local con tratados y convenios internacionales.

**Palabras clave:** derecho administrativo; principio de legalidad; estado de derecho.

---

<sup>1</sup> Esta es la primera parte de un trabajo más extenso que no se puede publicar entero por su longitud. La segunda y última parte se publicará en el próximo número.

<sup>2</sup> Especialista en Derecho Administrativo, docente, autor de diversas publicaciones, actualmente es Juez de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás.



**Abstract:** This is the first delivery of the work that starts from the conceptualization of the principle of legality as a social rule of coexistence that sets limits to the possible arbitrary action of the members of a community, who must respect the rules previously imposed by themselves or by an authority that wields power over them. The historical peculiarity of the principle of legality is noted, from a broad vision shared by different types of communities over time. Also from a restricted point of view, typical of a specific political organization, the rule of law, which in addition to requiring respect for the rules pre-established by the governors and the governed, it seeks to guarantee a catalog of fundamental rights and freedoms, a system of division of powers and control. Stands out the presence of the principle of legality in the articulation of the local legal system with international treaties and conventions.

**Keywords:** administrative law, principle of legality, rule of law

---

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad puede entenderse como una regla social de convivencia que pone límites al posible actuar arbitrario de los integrantes de una comunidad, quienes deben respetar las reglas impuestas previamente por ellos mismos o por una autoridad que ejerce poder sobre ellos.

Individualizadas distintas esferas de poder<sup>3</sup> en una comunidad compleja y jurídicamente organizada, el principio de legalidad permite establecer una directriz para constatar si un hecho o acto jurídico - normativo o no - fue creado o consumado de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en un momento y lugar determinados, y a su vez constituirse como parámetro exigible tanto a los gobernados como a los gobernantes<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sin entrar a examinar las distintas concepciones de poder que permiten explicar la realidad compleja y variable en una comunidad.

MONTBRUN, Alberto, "Notas para una revisión crítica del concepto de 'poder'", Polis [En línea], 25 | 2010, Publicado el 23 abril 2012: <http://journals.openedition.org/polis/581>. El autor nos da una visión desde su óptica del complejo entramado de relaciones dinámicas que se dan en la sociedad.

<sup>4</sup> Aquí tampoco entramos a analizar la legitimidad como factor de justificación o de obediencia frente a quien ejerce el poder, o para que éste perdure en su posición.

La relación entre quienes detentan el poder y quienes se encuentran sometidos a él dentro de una organización política regida por un ordenamiento jurídico implica la aplicación del principio de legalidad, variando, de acuerdo a las distintas épocas históricas, lo que se entiende por derecho conforme a la concepción ideal predominante<sup>5</sup>.

En una versión más restringida, el principio de legalidad es el que surge como manifestación de una concepción política de organización estatal determinada que pone al ordenamiento jurídico por encima de quien detenta el poder en la misma, independientemente de las variantes<sup>6</sup> que pueda tener la conformación constitucional<sup>7</sup> de cada uno de los estados, respetando un núcleo duro de derechos y libertades fundamentales con sistemas de división de poderes y control. Dicha forma de organización política ha sido conceptualizada como “estado de derecho”<sup>8</sup> o “rule of law”<sup>9</sup>.

---

CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Legalidad y legitimidad: Teoría del poder y de la norma” (Fuente <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/gaceta-mexicana/article/view/24584/22034>).

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, p. 421.

<sup>6</sup> TAWIL, Guido Santiago, “Administración y Justicia”, t.I., editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 12.

<sup>7</sup> La mayoría de los países del mundo constituyen repúblicas y monarquías constitucionales, lo que supone la adopción de una constitución en un texto único o no, que sienta las bases del ordenamiento jurídico, no obstante ello, actualmente existen poco menos de una decena de monarquías absolutas, las que para poder mantener su dominación sobre sus súbditos deben responder a un cierto orden que, en casi todos los casos, en la cúspide, es de carácter religioso.

<sup>8</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t. I., p. 117. Señala que la expresión “Estado de derecho” fue acuñada por primera vez por von Mohl en 1832.

A su vez, como dijimos la categorización como Estado de Derecho también tiene modulaciones derivadas, tanto de la conformación interna de cada Estado como su participación en el orden convencional internacional.

En el Informe S/2004/616 “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (Fuente, pág.web: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/what-is-the-rule-of-law/>), el Secretario General de la ONU adopta una concepción moderna de Estado de Derecho, al señalar que: “6. El concepto de “Estado de derecho” ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas

Con el tiempo la noción de soberanía - en cuanto capacidad de tomar decisiones en forma independiente respecto de los habitantes de un país<sup>10</sup> - fue modulándose en función de los vínculos jurídicos de los estados<sup>11</sup> al integrar comunidades regionales<sup>12</sup> y aceptar tratados

---

las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”.

<sup>9</sup> DICEY, Albert Venn, “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” fifth edition, Mc Millan and Co. Ttd., Londres, 1897 (versión digital página web: <https://oll.libertyfund.org/>), p. 175 y ss.

<sup>10</sup> DE PIERO, Sergio, “Estado, soberanía y legitimidad: ¿Qué es lo que está en cuestión?”, Revista Científica de UCES, v. XII n°1, otoño 2008 (fuente [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/111/Estado\\_soberan%C3%ADa\\_y\\_legitimidad.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/111/Estado_soberan%C3%ADa_y_legitimidad.pdf?sequence=1)).

De su trabajo extraemos la definición de Heller de soberanía, la que: “consiste en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación socio-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo y, además de imponer la decisión a todos, no solo a los miembros del Estado, sino en principio a todos los habitantes del territorio” (Heller, Hermann, Teoría del Estado, México, FCE, 1963, p. 262).

<sup>11</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “el principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p.142. En el punto “La globalización: Su influencia sobre el principio de legalidad” el autor destaca: “El quiebre del clásico principio de legalidad, concebido sobre los principios de soberanía y estabilidad de la ley, fue consecuencia de la caída del positivismo legalista en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, provocada por la insuficiencia de los esquemas formales para resolver los requerimientos de la comunidad, en un mundo jurídico integrado con normas legales provenientes de fuentes distintas a las leyes en sentido formal y material”.

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010, p. 162. En Constituciones más modernas como la española se habilita tal traspaso competencial a organizaciones o instituciones internacionales, en el caso, tal como hace referencia Tomás Ramón Fernández, lo hace la Carta magna española en su artículo 93.

y convenios supranacionales, que a veces delegan competencia en organismos específicos<sup>13</sup>. Como derivación de ello y en la medida de la aceptación de un poder normativo extra estatal, rige aquí también el principio de legalidad, debiendo respetarse en el actuar interno la articulación y jerarquía previstas en tales convenciones y normativa derivada, lo que supone también una modulación, articulación o coordinación de estas últimas con la norma suprema nacional<sup>14</sup>.

El principio de legalidad en nuestro país fue adoptado por la Constitución Nacional y responde -predominantemente<sup>15</sup> - a la concepción del poder que motivara la revolución francesa y la independencia norteamericana, de cuya conjugación surgió el catálogo de derechos y garantías y la estructura de distribución de funciones de gobierno, ello independientemente de las diferencias que puedan marcarse entre una y otro hito histórico-político<sup>16</sup>.

---

En nuestra Constitución Nacional el artículo 75 en sus incisos 22 y 24, respectivamente, reconoce jerarquía constitucional a determinados tratados de derechos humanos y habilita los relativos a integración supraestatal con jerarquía superior a las leyes.

GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", T.II, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008, p. 240. Al comentar el artículo 75 inciso 24 la autora también hace referencia a la transformación del concepto de soberanía respecto de la noción que naciera con la estructura estatal clásica que se consolidara a partir del siglo XV.

<sup>13</sup> GELLI, María Angélica, "La globalización jurídica y el regreso de las soberanías nacionales en materia de derechos humanos. ¿Hacia un punto de equilibrio razonable?", LA LEY 2018-D , 1033;

<sup>14</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, "De la Constitución Nacional a la Constitución 'convencionalizada'", en obra colectiva "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Daniel A. Sabsay (dirección) – Pablo L. Manili (coordinación), t. V. "Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Leyes reglamentarias", editorial Hammurabi, Bs. As., 2016, p.39.

<sup>15</sup> DALLA VÍA, Alberto R., "La constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, n° 40, nueva serie 2009/2010, p. 17 (fuente [http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/Revista\\_Anales\\_40.pdf](http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/Revista_Anales_40.pdf))

CASSAGNE, Juan Carlos, "El Bicentenario de la Constitución de Cádiz: sus raíces y sus proyecciones", Revista La Ley 2011-F , 1318



De acuerdo a este ideario el poder originario<sup>17</sup> reside en el pueblo y su voluntad general es la que debe crear la ley. De ello se deriva que toda acción singular debe estar justificada en una ley previa<sup>18</sup>, con una diferencia, todos los habitantes parten de un estado de libertad que la ley podrá delimitar, en cambio los órganos de gobierno (estructurados de acuerdo al principio de división de poderes) podrán ejercer sus funciones siempre que tengan cobertura legal<sup>19</sup>.

El reconocimiento constitucional de derechos encuentra su cláusula madre en el artículo 19<sup>20</sup> de la Carta federal, que constituye una regla de clausura general<sup>21</sup> del ordenamiento jurídico, “prescribe que toda conducta que no esté prohibida está permitida” lo que vale para las

---

<sup>16</sup> MONSERRAT Lapalma, María, “Reflexiones sobre la revolución de los E.E.U.U. de Norteamérica”, Anales de la Universidad Nacional de La Plata, nº36 3, año 2005, p. 522-533 con cita de Hanna Arendt.

ARENDR, Hannah, “Sobre la revolución”, Alianza editorial, Bs. As., 1992, [http://campusmoodle.proed.unc.edu.ar/file.php/265/Biblioteca/Arendt\\_-\\_Sobre\\_la\\_revolucion.pdf](http://campusmoodle.proed.unc.edu.ar/file.php/265/Biblioteca/Arendt_-_Sobre_la_revolucion.pdf). Introducción “Guerra y revolución” y capítulo I “El significado de la revolución”.

ARENDR, Hannah, “Sobre la revolución”, Ciencia Política – Alianza Editorial, Madrid, 2da. Reimpresión, 2009.

<sup>17</sup> LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, Editorial Porrúa, colección “Sepan cuantos...”, 2da. Edición, editorial Porrúa, México, 1998, (Primera edición inglesa 1690); p. 57 y ss. Capítulo VIII (Del comienzo de las sociedades políticas).

ROUSSEAU, Jean-Jacques, “El contrato social”, editorial Tecnos S.A., Barcelona, 1988 (edición original 1762), p. 14 y ss., Capítulo VI (“Del pacto social”).

<sup>18</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Civitas, Madrid, 2000, p. 435.

<sup>19</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Curso de Derecho...”, op.cit., p. 438. El autor señala que sólo cuando la administración cuente con cobertura legal previa su actuación es legítima.

<sup>20</sup> Artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

<sup>21</sup> SUCAR, Germán, “Regla de clausura y contingencia del derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas”, Isonomía nº30, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, abril 2009, (fuente página web: [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono\\_307.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia30/Isono_307.pdf)), p. 175.

relaciones entre los habitantes, en cambio, para los órganos del Estado rige un principio inverso, dado que éste actuará conforme a su competencia asignada normativamente, regla que dada la complejidad de la actividad estatal comprende no solo a la que surja en forma expresa sino también razonablemente implícita y a las facultades inherentes propias de la específica competencia asignada al órgano<sup>22</sup>.

El concepto de Ley previa, si bien, nace para describir un producto de la voluntad popular<sup>23</sup>, por la complejidad de los cometidos estatales fue ensanchándose y abarcando otras formas derivadas del ejercicio de potestad normativa atribuida a distintos estamentos de gobierno, fundamentalmente a través del poder reglamentario a la Administración, por lo que el principio de legalidad alcanza a cualquier norma jurídica, ya sea ley en sentido formal<sup>24</sup>, decreto, resolución, ordenanza, o cualquier otra norma<sup>25</sup> - independientemente de su denominación - siempre que esté creada y tenga validez de acuerdo al ordenamiento jurídico<sup>26</sup>. Luego, podemos extender el concepto de legalidad hacia

---

<sup>22</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo, t.I, Abeledo Perrot, 9na. Edición, Bs. As., 2009, p. 252

<sup>23</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo"; t.I., 9na. Edición, reimpresión, Bs. As., 2010., p. 161. "En sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que, de acuerdo al criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del Órgano Legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido":

<sup>24</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, t.I, op. cit., p.161."En sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que, de acuerdo con el criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del Órgano Legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido".

<sup>25</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p.117. El autor nos señala un proceso de fragmentación del principio clásico de legalidad que atribuía al Legislativo el monopolio de la ley, acrecentado por la creación de normas por entidades no estatales de carácter público (V.gr. Colegios Profesionales), así como autorregulaciones que emanan de personas privadas (v.gr. Bolsas y Mercados de Valores) y en el campo laboral, con las Convenciones Colectivas de Trabajo, que suelen contener normas de Derecho Público.

<sup>26</sup> BADENI, Gregorio, "Instituciones de derecho constitucional", 1ra. Reimpresión, editorial AD-HOC SRL, Bs. As., 2000, p. 250

otras fuentes del derecho que permiten integrar el ordenamiento, en lo que podemos denominar principio de juridicidad<sup>27</sup> o bloque de legalidad<sup>28</sup>.

De la conceptualización señalada podemos hacer derivar dos facetas<sup>29</sup>, una formal y otra material<sup>30</sup>, ambas de carácter estructural se implican entre sí y conforman la columna vertebral de un sistema normativo.

La primera faceta despliega el instructivo para el desarrollo normativo, la segunda las bases y límites de su contenido.

---

<sup>27</sup> COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, LexisNexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2003, p.132. El autor expuso: “La juridicidad nuclea, en ese sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos y, eventualmente, ciertos contratos administrativos”.

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Curso de Derecho Administrativo”, op. cit., p. 436. El autor entiende el concepto de legalidad: “...no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero, a lo que Hauriou llamaba ‘el bloque de legalidad’ (leyes, reglamentos, principios generales, costumbres). (Merkel llamó a esta perspectiva ‘principio de juridicidad’ de la Administración, para reservar el nombre de “principio de legalidad” al juego procedente con la sola Ley formal, ...)”.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Bs. As., 2009, p.31 y ss. El autor señaló que la ciencia estudia al derecho tanto desde el punto de vista estático como dinámico, el primero ve al derecho como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. El segundo examina la forma en que es creado y aplicado el derecho.

<sup>30</sup> AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - Raffo, Julio; “Introducción al Derecho”, Abeledo Perrot, 3ra. Edición, nueva versión, Bs. AS., 1999, p.454 y ss. En la obra se denomina relación de fundamentación a aquella que hace derivar una norma (también un hecho o conducta jurídica) de otra norma jurídica, distinguiendo una derivación normativa estático-material (moral) de una derivación dinámica-formal (derecho positivo) o, de otro modo, por la coincidencia de contenido de ambas normas en el primer caso y en el segundo, porque la norma inferior ha sido establecida en la forma determinada por la superior. Ello de la misma manera en que Kelsen distinguió los puntos de vista estático y dinámico, respectivamente.

## II. DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El aspecto formal de este principio, supone entenderlo como el mecanismo de creación y articulación del ordenamiento jurídico<sup>31</sup>, cuyo esquema esencial está contenido en la Constitución, a partir del cual se deben elaborar otras normas que, a su vez precisarán el procedimiento para la creación de otras reglas de distinto rango, como también los criterios para la realización de actos jurídicos o los límites de éstos.

El ordenamiento jurídico, por aplicación del principio de legalidad, conforma un sistema integrado y armónico de normas de diferente nivel<sup>32</sup>.

En el caso de nuestro país la definición de la estructura normativa del ordenamiento se sustenta sobre la base de los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa que derivan del artículo 31 de la Constitución Nacional<sup>33</sup>, como también del artículo 75 inciso 22 respecto de los tratados y concordatos sobre derechos humanos constitucionalizados<sup>34</sup> y 75 inciso 24 respecto de los tratados de integración<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho", Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Bs. As., 2009, p. 118. "Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación — y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto".

<sup>32</sup> KELSEN, Hans, "Teoría Pura..."; op. cit., p. 129.

<sup>33</sup> GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", T.I, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008, p.328.

<sup>34</sup> ÁBALOS, María Gabriela, "Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994", revista La Ley 2014-D, 833. La autora señala que la reforma constitucional de 1994 produjo una mutación de la "pirámide" normativa de Kelsen en nuestro país para dar paso a un "trapezio", en cuya cúspide hay más de una norma jurídica debido a la jerarquía constitucional que se le asignó a los tratados de derechos humanos previstos en el artículo 75 inciso 22.

CORTI, Arístides Horacio M., "Decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Legislación delegante. Reglamentos delegados", LL 2010-E-874. El autor destaca que la reforma de 1994 asignó un virtual poder

Este sistema de creación de normas definido por la Carta fundamental<sup>36</sup> ha sido estructurado bajo un régimen republicano, democrático, representativo -modulado por la previsión de formas de democracia semidirecta de iniciativa y consulta popular - y federal, en su Preámbulo y en los artículos en los artículos 1, 5, 6, 22, 36, 37, 39<sup>37</sup> y 40<sup>38</sup> de la primera parte y en la estructuración orgánica del poder en la segunda (denominado Autoridades de la Nación).

En dicha segunda parte se regula en detalle el mecanismo de creación normativa por antonomasia en un gobierno republicano, cuál es el de la ley en sentido formal, esto es la emanada del Poder Legislativo, ello en el Capítulo V (De la formación y sanción de las leyes) de la Sección Primera (Del Poder Legislativo) del Título Primero (Gobierno Federal), artículos 77 a 84; complementado con la función del Poder Ejecutivo de promulgar y publicar las leyes atribuida por el primer párrafo del artículo 99 inciso 3.

---

constituyente al Congreso Nacional al atribuirle, por el artículo 75 inciso 22, la facultad de ampliar los tratados de derechos humanos enumerados en dicha norma.

<sup>35</sup> GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", T.II, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008, p. 241. La autora señala que: "Del mismo modo, el art., inc. 24, dispone que las normas dictadas en su consecuencia son superiores a las leyes. Esta cláusula tal cual está redactada y en concordancia con el inc. 22 del art. 75, significa que las normas legales y jurisprudenciales emanadas de los organismos supranacionales en los cuales se delegan competencias y jurisdicción, están por encima de las leyes de orden interno. Una interpretación contraria, que restringiera la supremacía por sobre las leyes sólo a los tratados de integración sería redundante, pues ello ya está dispuesto en el inc. 22 del art. 75".

<sup>36</sup> KELSEN, Hans, "Teoría Pura..."; op. cit., p. 141. "Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la constitución para la formación de las normas generales".

<sup>37</sup> Artículo 39 de la Constitución Nacional (Iniciativa popular), reglamentado por Ley 24747, sancionada el 27 de noviembre de 1996, promulgada de hecho el 19 de diciembre de 1996. publicada en B. O. n° 28550 del 24 de diciembre de-1996.

<sup>38</sup> Artículo 40 de la Constitución Nacional (Consulta popular), reglamentado por Ley 25432, sancionada el 23 de mayo de 2001, promulgada de hecho el 21 de junio de 2001, publicada en el B.O. n° 29677 del 27 de junio de 2001.

La Constitución prevé mayorías agravadas para legislar en los artículos 39 (iniciativa popular), 40 (consulta popular), 75 incisos 2 (ley de coparticipación federal), 3 (Leyes de asignación específica de recursos coparticipables), 22 (tratados y convenciones de derechos humanos) y 24 (Tratados de integración), artículos 77 (régimen electoral y partidos políticos), 85 (creación y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación), 99 inciso 3 (trámite de intervención del Congreso para los decretos de necesidad y urgencia) y 114 (regulación del Consejo de la Magistratura).

El inicio del tratamiento de determinadas cuestiones por la Cámara de Diputados, tales como las tributarias y el reclutamiento de tropas en el artículo 52 y, la iniciativa popular del artículo 40.

El establecimiento como Cámara de origen al Senado en los supuestos del artículo 75 incisos 2, para el tratamiento de proyectos de leyes de coparticipación federal y, en el inciso 19, respecto de los proyectos de leyes de promoción para lograr el equilibrio en el desarrollo provincial y regional.

El origen de la Cámara determinará que la iniciadora prevalece en caso de disparidad de criterios frente a la igualdad de mayorías, absoluta o dos tercios de los presentes, conforme al mecanismo previsto en el artículo 81<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", t.II., 4ta. ed. 1ra. reimpresión, Bs. As., 2008, p.32.

Artículo 81 de la Constitución Nacional: "Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora".

A su vez la vigencia temporal de normas que se superponen requiere su articulación a través de reglas que permitan su coordinación y armonización, tal el caso de los principios ley superior, especial y posterior, y las problemáticas que su aplicación suscita<sup>40</sup>.

La Constitución Nacional también atribuye competencia normativa en cabeza del Poder Ejecutivo, al prever la potestad reglamentaria<sup>41</sup> en el artículo 99 inciso 2 con el objeto de asegurar o facilitar la ejecución o aplicación de las leyes; en cabeza del Jefe de Gabinete para dictar reglamentos relativos a facultades propias o delegadas a través del artículo 100 inciso 2 e inciso 8 para refrendar los decretos reglamentarios de leyes ; la habilitación excepcional para avanzar sobre materias propias del Poder Legislativo en situaciones excepcionales ya sea por decisión del Congreso a través de la delegación (artículo 76 y 100 inciso 12) o sin su intervención previa, a través de decretos de necesidad y urgencia (artículo 99 inciso 3 y 100 inciso 13). Reconoce también potestad reglamentaria a la CSJN en el artículo 113, al Consejo de la Magistratura (artículo 114) y a las Cámaras legislativas (artículo 66).

El régimen de creación normativa a su vez se complementa con leyes de carácter estructural generales como la Ley 26122<sup>42</sup> (Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes) o leyes de delegación orgánicas, tal el caso de las leyes de ministerios<sup>43</sup>, leyes orgánicas específicas de atribución competencial normativa, leyes de procedimiento administrativo que regulan el mecanismo de creación reglamentaria<sup>44</sup>, así

---

<sup>40</sup> GUIBOURG, Ricardo A., "Superior, posterior, especial", Revista LA LEY 2013-B, 1204.

<sup>41</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t.I., 9na. Edición, Abeledo Perrot,, Bs. As., 2010, p. 173. El autor señala que desde el punto de vista cuantitativo es la fuente de mayor importancia del derecho administrativo.

<sup>42</sup> Ley 26122, sancionada el 20 de julio de 2006, promulgada el 27 de julio de 2006 y publicada en BO n° 30957 del 28 de julio de 2006.

<sup>43</sup> Decreto ley 22520/81, publicada el 23 de diciembre de 1981 y sus modificatorias.

<sup>44</sup> Así lo hace el capítulo XV (De los actos de alcance general) el decreto ley 7647/70 de procedimiento administrativo en la provincia de Buenos Aires que, en sus artículos 120 a 126 regula el trámite para la elaboración de actos de carácter general, reglamentos administrativos y de anteproyectos de ley.

también reglas que pueden establecerse en normas estructurales de nivel sublegal<sup>45</sup>.

Todo este entramado normativo a su vez se encuentra modulado por la jurisprudencia que, fundamentalmente, a través de la CSJN va definiendo la jerarquía y compatibilidad entre normas de distinto rango y jurisdicción.

Los conflictos se suscitan al definir los ámbitos competenciales de cada jurisdicción y, la prevalencia o no, de una sobre otra.

### III. INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS

Una derivación del principio de legalidad<sup>46</sup> es el de inderogabilidad singular, inaplicabilidad individual<sup>47</sup> u obligatoriedad para la autoridad administrativa<sup>48</sup> de los reglamentos, en virtud del cual la administración estaría impedida de excepcionar, modificar o incumplir el reglamento cuando dicta un acto administrativo; principio que impide - aún - a las autoridades superiores dictar actos individuales que contradigan disposiciones reglamentarias dictadas por inferiores en ejercicio de su competencia<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Es el caso del Decreto 1176/01, dictado invocando las atribuciones que derivarían de los incisos 1 y 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional, en su anexo V prevé el "Reglamento General para la elaboración participativa de normas".

Asimismo los artículos 103 y 104 del Decreto 1759/72 (t.o. por Decreto 894/17), reglamentario de la ley de procedimiento administrativo nacional, establecen el momento a partir del cual adquieren efectos los actos administrativos de alcance general.

<sup>46</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t.I., Abeledo Perrot, Bs. As. 10ma. Ed. Reimpresión, 2010, p.176.

<sup>47</sup> BIANCHI, Alberto B., "El caso "Promenade" y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo", publicado en RDA 1989-1-377.

<sup>48</sup> MAIRAL, Héctor A., "La doctrina de los actos propios y la administración pública", editorial Depalma, Bs. As., 1988, p.97. El autor trata el tema bajo el título "La obligatoriedad del reglamento para la autoridad que lo dictó", lo que incluiría el caso de las excepciones por actos individuales de autoridades jerárquicamente superiores.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", t.I., editorial Civitas S. L., Madrid, 2000, p.206.



Esta es una regla que podemos identificar con la faceta formal del principio de legalidad que no se replicaría respecto de la posibilidad de excepcionar individualmente las leyes en sentido formal por los propios organismos legislativos que las crearon, asignándole un sometimiento más rígido de las autoridades administrativas al principio de legalidad<sup>50</sup>.

En cambio otros autores no ponen diferencias entre la ley en sentido formal y los reglamentos o normas emanadas de autoridades en ejercicio de función administrativa, ya que en ambos casos regiría la garantía de igualdad ante la ley y la excepción a la regla general normativa debería justificarse fundadamente<sup>51</sup>, lo que entiendo, supone acercarse a la faceta material del principio de legalidad.

---

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., editorial Civitas S. L., Madrid, 2000, p.206. García de Enterría, quien desarrollara este tema, señala que el poder legislativo no estaría afectado como la administración por una vinculación a la legalidad. Señala que este poder es un poder de pura creación jurídica no predeterminado por sus creaciones jurídicas anteriores, considerándolo libre, originario y soberano.

La explicación se entiende al confrontarla con la concepción adoptada por el autor del principio de legalidad, como técnica estructural que exige el sometimiento de la Administración a la ley.

<sup>51</sup> BIANCHI, Alberto B., “El caso “Promenade”...”, op. cit., publicado en RDA 1989-1-377. El autor destaca: “Ahora bien, el llamado principio de la inderogabilidad singular proviene o es parte integrante -no caben dudas- de uno de mayor jerarquía que obra a modo de garantía, que es el Estado de derecho. Todo Estado que se precie de respetar el ordenamiento jurídico y los principios republicanos, está sujeto a la ley, y si bien tiene potestad de dictarla, carece, paralelamente, de facultad para apartarse de ella cuando discrecionalmente quiera. La Constitución nacional consagra en el art. 16 la regla de la igualdad ante la ley, que supone, necesariamente, la extensión igualitaria del ordenamiento jurídico a todas las personas que se hallen en iguales situaciones. De allí que el órgano legislativo no puede alterar, como regla, este principio.

Se puede apartar de él, en homenaje a lo que establece el inc. 16 del art. 67, que si bien ha sido interpretado alguna vez en forma muy amplia por la Corte Suprema, no puede ser entendido de manera tal que se convierta en la puerta por donde ingrese el privilegio desmedido.”

Más adelante señala: ‘Por ello, creo que el ‘principio de la inaplicabilidad singular’ rige tanto para las leyes como para los reglamentos. Pero, asimismo, dado un sistema general de normas, éste sólo puede ser obviado frente a una situación de verdadera excepción que esté específicamente justificada, tanto en los considerandos previos al reglamento, como en el debate parlamentario de la ley’.

Así también se ha señalado que la imposibilidad de excepcionar el reglamento con actos particulares debe confrontarse con un principio más general, cual es el de la actuación administrativa irrazonable o discriminatoria; y que este último principio cabe hacerlo valer aún ante un reglamento que trata en forma igualitaria situaciones que según la ley merecen una ponderación discriminada<sup>52</sup>.

Por otra parte se ha contemplado como válido apartarse del reglamento si éste es ilegítimo o inaplicable y el acto individual se dicta conforme a derecho<sup>53</sup>.

#### IV. COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS

El Estado se asienta en un territorio sobre el que podrá ejercer el poder sobre la población que se encuentre dentro de su límite geográfico, ello por imperio del principio de territorialidad<sup>54</sup>, poder que, como

---

<sup>52</sup> MAIRAL, Héctor. A, "La doctrina de los actos propios...", op. cit., p. 100. El autor concluye que: "De todo ello resulta que la obligatoriedad del reglamento para la misma autoridad que lo dictó exige, como cuestión previa, determinar si dicha autoridad podía restringir su propia discrecionalidad por esa vía y, en caso afirmativo, si la restricción en cuestión era razonable": Observamos aquí la limitación del principio a la autoridad que dictara la normativa administrativa.

Cita como ejemplo el precedente "Arenzón, Gabriel Darío c/ Estado Nacional" de la C.N.Cont. Adm Fed., Sala III DEL 10/5/1983 confirmada por sentencia de la CSJN del 15 de mayo de 1984 (Fallos 306:400) y señala que aquí se aplicó el principio de razonabilidad y no discriminación al descalificar el acto que, aplicando inflexiblemente las pautas de un reglamento no tuvo en cuenta que las circunstancias exigían la evaluación de cada caso concreto, en el caso se rechazó a un candidato a un curso para docentes por no alcanzar la estatura reglamentaria.

<sup>53</sup> GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas"; Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, Bs. As., 2013, t.I, Capítulo VII-24 (Fuente página web: [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVII.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf)). El autor señala que: "Es necesario que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y material y que el reglamento sea válido: si es ilegal, la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél -siempre que la decisión individual sí se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional- y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior".

<sup>54</sup> ALTHABE, Mario E. y SANELLI, Alejandra, "El convenio multilateral", 2001, Ed. La ley, p. 7: "La jurisdicción estatal tiene una base territorial y no

dijimos se encuentra modulado como derivación de la articulación constitucional con un orden supranacional.

A su vez, teniendo en cuenta que el Estado puede estar organizado tanto en función de un poder centralizado como de distintos centros de poder - de acuerdo con el grado de descentralización que se haya adoptado -, el principio de legalidad adquirirá mayor importancia como parámetro de coordinación de competencias en forma proporcional a dicha descentralización, donde los distintos entes territoriales tendrán asignadas potestades específicas.

La organización federal es una de esas formas de descentralización, donde encontramos un Estado central que titulariza el poder soberano y estados miembros con poderes autónomos subordinados a la potestad política suprema atribuida a la entidad global, pero siempre con un sistema de distribución de competencias entre los distintos entes territoriales<sup>55</sup> que debe ser respetado tanto por el ente federal como por los otros estados miembros, de tal manera que pueda lograrse un equilibrio entre las fuerzas centrípetas y centrífugas que se exteriorizan en el proceso político interno<sup>56</sup>.

La distribución de competencias se traduce en una serie de relaciones de subordinación, participación y coordinación.

Las relaciones de subordinación se extienden a las áreas propias del Estado Federal, determinando la supremacía del mismo sobre las provincias.

Las relaciones de participación se traducen en la potestad reconocida a los centros de poder autónomos para intervenir en la adopción de ciertas decisiones que se imputan al Estado Federal y que son adoptadas por el gobierno nacional.

Las relaciones de coordinación son las que armonizan la manifestación simultánea y complementaria de un poder soberano y una

---

puede ejercerse fuera de ese ámbito, porque invadiría la órbita de poder de otros Estados”.

<sup>55</sup> BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional” cit., t. I, p. 38.

<sup>56</sup> BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional” cit., t. I, p. 39.

pluralidad de poderes autónomos evitando superposiciones y conflictos<sup>57</sup>.

Constitucionalizada la organización política federal<sup>58</sup>, se estableció en la carta fundamental la forma de descentralizar políticamente el poder<sup>59</sup> mediante el reparto de competencias entre los Estados federados y el central. En esa distribución resulta de fundamental importancia la precisión y la armonización en su articulación práctica para lograr un equilibrio entre los distintos centros de poder, tanto en sentido horizontal como vertical<sup>60</sup>.

Nuestra Constitución en el art. 121 sienta como principio el carácter taxativo de los poderes delegados por los entes locales al Estado Federal<sup>61</sup>. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “los poderes de las Provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)”<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional” cit., t. I, ps. 38-39.

<sup>58</sup> BIDEGAIN, Carlos M., “Curso de Derecho Constitucional”, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 9: “La técnica constitucional de distribución de poder presenta dos modelos principales. En unos Estados empieza por hacerse en forma territorial y simultáneamente, respecto de cada conjunto de tareas atribuidas a cada uno de los centros territoriales de poder, se efectúa otro reparto de segundo grado, funcional u orgánico, por el cual se asignan a órganos diversos, funciones o tareas distintas. Es el caso de los Estados Federales. En otros Estados se omite la distribución territorial y se limita a la funcional y orgánica del único centro de poder. Esta descripción corresponde a los Estados unitarios”.

<sup>59</sup> NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J., “Competencias tributarias de los municipios”, en “Derecho Tributario Municipal”, coordinador: Casás, José O., Bs. As., 2001, Editorial Ad-Hoc, p. 76.

<sup>60</sup> BADENI, Gregorio, “Instituciones de Derecho Constitucional”, t.II., primera edición, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 74.

<sup>61</sup> GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada”, t. II, 4ª. edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As., 2008, p. 593.

<sup>62</sup> CSJN, sentencia del 8 de agosto de 2006 en causa E. 213. XXXVII. REX caratulada “EDESUR S.A. c/ Dirección Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/ Acción meramente declarativa”, Fallos: 329:2975.

Frente al conflicto entre normas de ambas esferas el máximo tribunal ha dicho: *“...los actos de las Legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en los términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas”*<sup>63</sup>; en estos supuestos conforme al orden de jerarquía normativa que surge del artículo 31 de la Constitución Nacional prevalecerán las normas federales sobre las locales; en cambio éstas últimas predominarán cuando se ejercite dentro de los límites de su competencia reservada y no se dé el supuesto de incompatibilidad.

Sin embargo, los límites de la distribución se difuminan en virtud de la flexibilización derivada de la reglamentación de algunas cláusulas constitucionales a favor del Estado Federal; así tenemos la potestad tributaria consagrada en el art. 75 inc. 2, la de regular el comercio interprovincial a través del art. 75 inc. 13, la competencia prevista en el art. 75 inc. 12 para dictar la legislación de fondo, la consagrada en el art. 75 inc. 30 para dictar la normativa destinada a regular los establecimientos de utilidad nacional, la apertura legislativa prevista en el art. 75 inc. 32 atributiva de poderes implícitos al Congreso, la cláusula que asigna potestad concurrente a la Nación y provincias para resguardar derechos de los pueblos originarios en el artículo 75 inc. 17, la cláusula para el progreso y prosperidad prevista en el artículo 75 inciso 18 y su correlato para las Provincias en el artículo 125, la cláusula para proveer lo necesario para el desarrollo humano consagrada en el artículo 75 inc.19. Así también podemos incluir dentro de este grupo a la regulación de los derechos del consumidor contemplados en el artículo 42<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> CSJN, sentencia del 10 de junio de 2008 en causa E. 206. XXXVII. ORI caratulada “Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”. INCONSTITUCIONALIDAD”, Fallos 331:1412.

<sup>64</sup> Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni en sentencia del 11 de julio de 2007 en causa T. 177. XL. RHE caratulada “Telefónica de Argentina S.A. s/Acción de inconstitucionalidad”, fallos: 330:3098.

Interpretando la jurisprudencia de la CSJN se ha dicho que las potestades provinciales concurrentes son más estrechas<sup>65</sup> estableciendo parámetros para su articulación<sup>66</sup>.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que las provincias pueden ejercer las atribuciones concurrentes en materia de poder de policía de bienestar, salvo que: i) el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la “cláusula del progreso” prevista en el inc. 18 del 75 CN., que dicho poder sea ejercido por las provincias; ii) se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada “cláusula

---

<sup>65</sup> BIDEGAIN, Carlos M., “Curso de Derecho Constitucional”, t. III, 1995, Ed. Abeledo-Perrot, p. 71. Citando a Oyhanarte y en referencia a este autor expresa: “... encuentra que el art. 121 no tiene más valor que el de una perogrullada (las provincias carecen de las atribuciones que la Constitución otorga a la Nación) y suministra poca ayuda para resolver los problemas de competencia en los casos que reclaman una interpretación de textos deliberadamente imprecisos. Descarta el uso de fórmulas apriorísticas para resolver en forma mecánica y con validez para todos los tiempos ese tipo de problemas y ofrece tres directivas susceptibles de ser utilizadas para ese fin: a) si el asunto es nacional ‘por su área y dimensión,’ la competencia es nacional; b) las materias a distribuir entre la Nación y las provincias no son una lista cerrada, sino abierta y creciente (régimen jurídico de teléfonos, radiotelefonía, televisión, aeronáutica, comunicaciones por satélites, etc.), siendo a veces nacionales desde su comienzo, aunque los constituyentes no hayan podido imaginarlas ni, por tanto, ‘delegarlas’; c) la competencia nacional puede surgir con motivo de la impotencia de las provincias para afrontar problemas que necesariamente tienen que ser resueltos (‘Poder político y cambio estructural en la Argentina,’ ps. 102/107). Señala que el crecimiento del área del poder estatal es reflejo de la exigencia social de que se ejercite con eficiencia. Ese fenómeno se manifiesta de dos modos: en el acrecentamiento de ciertas potestades tradicionales (poder impositivo, poder de policía; poder represivo-penal y poder expropiatorio) y la aparición de nuevas potestades (policía de prosperidad, planeamiento, arbitraje en los conflictos intersectoriales, justicia social, potestades de asistencia y suplencia de la actividad privada, potestad de autodefensa) (ob. cit., ps. 24/57). La validez de esta tesis está corroborada por los nuevos temas incorporados en 1994, tales como el cuidado del medio ambiente, el amparo de usuarios y consumidores o el resguardo de la identidad indígena”.

<sup>66</sup> GELLI, María A., “Constitución de la Nación Argentina...” op. cit., t. II., ps. 198 y 597.

del progreso”<sup>67</sup>, estableciendo tales parámetros como un standard para definir la prevalencia de una u otra<sup>68</sup>.

La última excepción señalada se encuentra basada en la doctrina norteamericana de la “interferencia”, que también es aplicada en el área normativa de la cláusula comercial (artículo 75 inciso 13)<sup>69</sup> y en la cláusula de establecimientos de utilidad nacional<sup>70</sup> (artículo 75 inciso 30) y es explicada por el voto mayoritario de la Corte Suprema en la causa “Boto”<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> CSJN, sentencia del 6 de mayo de 1997 en causa B.26 XXVI caratulada “Boto, Armando v. Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros S.C.”; Fallos 320:786. En el considerando 12 del voto mayoritario se señala:

“Que, por tal razón, este Tribunal entiende que la competencia de las provincias para establecer el salario mínimo de los médicos que trabajan en relación de dependencia en territorio provincial, reconoce excepción cuando se configure alguna de las siguientes dos hipótesis:

a) que el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la “cláusula del progreso” prevista en el inciso 18 del artículo 75 de la Constitución Nacional, que dicho poder sea ejercido por las provincias;

b) o se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada “cláusula del progreso”.

<sup>68</sup> En el considerando 13 de la mayoría en “Boto” se establece que el criterio señalado en el considerando anterior constituye un estándar.

<sup>69</sup> CSJN, sentencia del 10 de febrero de 2009 en causa M. 565. XL. ORI caratulada “MOLINOS RIO DE LA PLATA SA c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE s/ ACCIÓN DECLARATIVA”, fallos: 332:66

<sup>70</sup> CSJN, sentencia del 4 de diciembre de 1980 en causa “Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén s/ nulidad”, Fallos: 302:1461

<sup>71</sup> En el considerando 18 del voto de la mayoría de “Boto”, en su parte pertinente dice: “Este supuesto remite a hechos empíricamente verificables, a cuya luz debe determinarse si, en las circunstancias de este pleito, la normativa de la provincia de Buenos Aires dificulta o impide el adecuado cumplimiento del propósito del Congreso de la Nación, contenido en la normativa federal en examen. El criterio señalado en el párrafo anterior, basado en el principio que la doctrina norteamericana llama ‘de la interferencia’, ha sido recibido por la jurisprudencia constitucional de esta Corte Suprema, en varios ámbitos normativos; entre ellos, en el área de la ‘cláusula del comercio’ (conf. ‘Transportes Vidal S.A. v. Provincia de Mendoza’, Fallos 306:516, 1984, precedente éste que fue inspirado, a su vez, en el caso ‘Complete Auto Transit, Inc. v. Brady, Chairman, Mississippi Tax Commission’, 430 US. 274, año 1977); y en el ámbito de la ‘cláusula de establecimientos

A ello debemos agregar la consagración constitucional de competencia federal para dictar normas de presupuestos mínimos: tal es el caso en materia ambiental (art. 41) o de organización y base de la educación (art. 75 inc. 19), donde los límites dependerán del alcance que imponga la normativa reglamentaria federal<sup>72</sup> lo que no implica desconocer la concurrencia de atribuciones<sup>73</sup>.

Así también que las leyes nacionales no deben estorbar - menos aún impedir - a las provincias el ejercicio de sus atribuciones propias (en el caso en concurrencia) dentro de su ámbito territorial<sup>74</sup>.

---

de utilidad nacional” (conf. `B.J. Service Argentina S.A.P.C. e I. v. Provincia de Mendoza s/repeticón de impuestos, Fallos 306:1883, año 1984)...”

<sup>72</sup> En sentencia del 11 de septiembre de 2018 en causa CSJ 229/2006 (42-N)/CSI ORIGINARIO caratulada “Neuquén, Provincia del el Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) si impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza”. En el considerando 4 de su voto el Dr. Rosatti estableció la siguiente clasificación: “Que, a esos efectos, la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración:

a) la ‘pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo’, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional (llamada ‘cláusula del progreso’);

b) la ‘pluralidad jerárquica con complementación sustantivo-adjetiva’, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y,

c) la ‘pluralidad jerárquica con complementación sustantiva’, en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad’ entre los sectores o tramos aludidos (‘nivel básico’ ‘nivel complementario’). Este tipo de complementación es el previsto en el artículo 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental”.

<sup>73</sup> CSJN, sentencia del 3 de noviembre de 2015 en causa P. 1045. XLIII. ORI caratulada “Papel Prensa S.A. c/ ESTADO Nacional (Buenos Aires Pcia. citada 3° y otro s/Acción meramente declarativa”, fallos 338:1183.



Sin perjuicio de ello el Máximo tribunal también ha señalado que el equilibrio entre las facultades concurrentes de Nación y provincias debe procurarse a través de mecanismos de concertación<sup>75</sup>.

En definitiva, cada jurisdicción podrá ejercer sus potestades con plenitud siempre que lo haga en armonía con las del resto, esto es, tanto la Nación frente a las provincias como éstas entre sí<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> CSJN, Sentencia del 11 de septiembre de 2018 en causa n° 229. XLII. ORI caratulada “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social – Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ Impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza”.

<sup>75</sup> CSJN, Sentencia del 27 de octubre de 2015 en causa CSJ 188/2006 (42-N)/CS1 ORIGINARIO caratulada “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallos 338:1110. En el considerando 10 el voto mayoritario señala:

“10) Que como fundamento liminar para el estudio del primer planteo constitucional, es preciso indicar que la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (arts.121 y 125 de la Constitución Nacional, y causa CSJ 566/2004 (40- O)/CS1 ‘Obra Social Bancaria Argentina c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad’, sentencia del 1° de agosto de 2013).

Es por ello que el arto 121 de la Constitución Nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el arto 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 330: 3098)” .

<sup>76</sup> En la sentencia ya mencionada de la CSJN en Provincia de Neuquén c/ Estado Nacional” el Dr. Rosatti en el considerando 3 “in fine” de su voto señala: “...La funcionalidad del sistema se imbrica en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes (Bidart Campos, Germán, “*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*”, Editorial Ediar, 2007, Tomo 1 A, p. 695), evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 338:1183).

**BIBLIOGRAFÍA**

- ÁBALOS, María Gabriela, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994”, revista La Ley 2014-D, 833.
- AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - Raffo, Julio; “Introducción al Derecho”, Abeledo Perrot, 3ra. Edición, nueva versión, Bs. AS., 1999.
- ALTHABE, Mario E. y SANELLI, Alejandra, “El convenio multilateral”, 2001, Ed. La ley.
- BADENI, Gregorio, “Instituciones de derecho constitucional”, 1ra. Reimpresión, editorial AD-HOC SRL, Bs. As., 2000.
- BIANCHI, Alberto B., “El caso “Promenade” y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”, publicado en RDA 1989-1-377.
- BIDEGAIN, Carlos M., “Curso de Derecho Constitucional”, t. III, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, “Legalidad y legitimidad: Teoría del poder y de la norma” (Fuente <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/gaceta-mexicana/article/view/24584/22034>).
- CASSAGNE, Juan Carlos, “El Bicentenario de la Constitución de Cádiz: sus raíces y sus proyecciones”, Revista La Ley 2011-F , 1318.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, t. I.
- COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, LexisNexis Abeledo Perrot, Bs. As., 2003.

---

En definitiva, debe procurarse que la resolución de las cuestiones conflictivas en materia de competencia sean resueltas desde una percepción conjunta o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, superadora de una visión disyuntiva o separatista”.

- CORTI, Arístides Horacio M., “Decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Legislación delegante. Reglamentos delegados”, LL 2010-E-874.
- DALLA VÍA, Alberto R., “La constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, n° 40, nueva serie 2009/2010.
- DE PIERO, Sergio, “Estado, soberanía y legitimidad: ¿Qué es lo que está en cuestión?”, Revista Científica de UCES, v. XII n°1, otoño 2008 (fuente [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/111/Estado\\_soberan%C3%ADa\\_y\\_legitimidad.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/111/Estado_soberan%C3%ADa_y_legitimidad.pdf?sequence=1)).
- DICEY, Albert Venn, “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” fifth edition, Mc Millan and Co. Ttd., Londres, 1897 (versión digital página web: <https://oll.libertyfund.org/>).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, t.I., 10ma. edición, Editorial Civitas, Madrid, 2010.
- GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, T.II, 4da. Edición reimpresión, La Ley, Bs. As., 2008.
- GELLI, María Angélica, “La globalización jurídica y el regreso de las soberanías nacionales en materia de derechos humanos. ¿Hacia un punto de equilibrio razonable?”, LA LEY 2018-D , 1033.
- GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”; Fundación de Derecho Administrativo, 1ª. Edición, Bs. As., 2013, t.I
- GUIBOURG, Ricardo A., “Superior, posterior, especial”, Revista LA LEY 2013-B, 1204.
- KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Editorial Eudeba, 4ta. Edición, 9na. Reimpresión, Bs. As., 2009.
- LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, Editorial Porrúa, colección “Sepan cuantos...”, 2da. Edición, editorial Porrúa, México, 1998,(Primera edición inglesa 1690.

- MAIRAL, Héctor A., “La doctrina de los actos propios y la administración pública”, editorial Depalma, Bs. As., 1988.
- MONSERRAT Lapalma, María, “Reflexiones sobre la revolución de los E.E.U.U. de Norteamérica”, Anales de la Universidad Nacional de La Plata, n°36 3, año 2005.
- MONTBRUN, Alberto, “Notas para una revisión crítica del concepto de ‘poder’”, Polis [En línea], 25 | 2010, Publicado el 23 abril 2012: <http://journals.openedition.org/polis/581>. El autor nos da una visión desde su óptica del complejo entramado de relaciones dinámicas que se dan en la sociedad.
- NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo J., “Competencias tributarias de los municipios”, en “Derecho Tributario Municipal”, coordinador: Casás, José O., Bs. As., 2001, Editorial Ad-Hoc.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, “El contrato social”, editorial Tecnos S.A., Barcelona, 1988 (edición original 1762).
- SAGÜES, Néstor Pedro, “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, en obra colectiva “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Daniel A. Sabsay (dirección) – Pablo L. Manili (coordinación), t. V. “Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Leyes reglamentarias”, editorial Hammurabi, Bs. As., 2016.
- SUCAR, Germán, “Regla de clausura y contingencia del derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas normativas”, Isonomía n°30, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, abril 2009.
- TAWIL, Guido Santiago, “Administración y Justicia”, t.I., editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

---

# LA GESTIÓN JURÍDICA DE LA PANDEMIA DEL COVID-19

(A PROPÓSITO DE SU INSERCIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO)

---

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO<sup>1</sup>  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 | Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 213-245  
Recibido: 16/8/2021 - Aceptado: 1/9/2021

**Resumen:** Este trabajo aborda la vinculación de las normas dictadas durante la pandemia desatada por el COVID-19 con la concepción y cometidos que debe cumplir todo Estado Social y Constitucional de Derecho, como el argentino. Para ello se traza una evolución de la noción del Estado moderno, a partir de la Revolución Francesa y según sus versiones: Liberal, Benefactor y Neoliberal, esencialmente, hasta llegar a la etapa actual signada por el reconocimiento y realización de los Derechos Humanos encomendada por las Constituciones de Posguerra a los Estados, dentro del contexto de la Globalización. Se analiza también la proporcionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados durante la emergencia sanitaria, a la luz de los postulados de la teoría de la argumentación y aun dentro de la propia doctrina de la Corte Suprema.

---

<sup>1</sup> Posdoctor en Derecho (UBA) y Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Especialista en Administración Financiera del Sector Público Nacional (UBA). Profesor Titular y Adjunto de grado y posgrado en las Universidades de Buenos Aires, del Salvador, de Belgrano y de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Director Nacional de Dictámenes de la PTN.



**Palabras clave:** Estado Liberal, Estado de Bienestar, Crisis del Estado de Bienestar, Neoconstitucionalismo, Estado Social y Constitucional de Derecho, emergencia, teoría de la argumentación.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir del dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260/2020, que amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia desatada por SARS-CoV-2 o COVID-19 y declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el día 11 de marzo de 2020, se han dictado varios DNU más, así como una pléyade de Decretos y Resoluciones que conforman lo que habremos de denominar como “plexo COVID-19”.

Todas estas medidas constituyen -o han constituido-, herramientas jurídicas para afrontar el flagelo sanitario.

En este trabajo nos proponemos estudiar la inserción del “plexo COVID-19” en el Estado Social y Constitucional de Derecho<sup>2</sup>. También habremos de analizar si los DNU dictados bajo la emergencia superan los test de razonabilidad y proporcionalidad exigidos para todos aquellos actos estatales que restringen derechos fundamentales.

Para cumplir con los objetivos propuestos consideramos necesario trazar un breve recorrido diacrónico por las distintas encarnaciones que presentó el Estado.

---

<sup>2</sup> La expresión “Estado Social y Democrático de Derecho” presupone, según FERRAJOLI, la existencia de una constitución democrática, es decir, aquella que tiene como normas de reconocimiento la representación política y la división de poderes, la autonomía de la voluntad, la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales (*Principia Iuris*, Trotta, Madrid, 1° edición, 2011, traducción de Juan Carlos Bayón Mohino, t. I, p. 844). Como no toda constitución es democrática, entendemos que la denominación correcta o suficiente de la estatalidad sobre la que centramos este trabajo sería la de “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” y sólo por una convención de lenguaje nos limitaremos a designar esa realidad como “Estado Social y Constitucional de Derecho”, dando por entendido que quedan fuera de ese modelo los Estados que carecen de constitución democrática.

## 2. EL ESTADO DE DERECHO LIBERAL

Sabemos que el Estado Moderno, tal cual lo concebimos actualmente<sup>3</sup>, tiene un punto de partida preciso: la Revolución Francesa. También conocemos que este hito fundamental en la historia de la Humanidad dio nacimiento al Derecho Administrativo, a través de las elaboraciones del Consejo de Estado.

¿Y qué ideas alumbraron al Estado de Derecho post revolucionario?

Por un lado, el iusnaturalismo racionalista, en especial Locke<sup>4</sup>, lo dotó de sustancialidad conformando aquello que conocemos como Estado de Derecho “liberal”.

Estas ideas aparecieron magníficamente sintetizadas en la “Declaración” y las garantías así consagradas tuvieron por premisa fijar límites al accionar del Estado evitando que éste turbara el goce de esos derechos que, de reconocerse como omnímodos para el soberano, pasaron a serlo para el individuo, incluso en las relaciones privadas.

Desde el punto de vista de la organización, la doctrina de Montesquieu<sup>5</sup> propuso una división de poderes con una consecuente asignación de funciones a cada uno de los órganos estatales. Esta técnica resultó coadyuvante para el respeto de la libertad y de los derechos individuales -especialmente la propiedad-, a los que se les asignó el carácter de absolutos, inalienables e imprescriptibles.

Claro que esta evolución en el plano de las ideas tuvo un correlato sociopolítico pues, el triunfo revolucionario sobre el absolutismo,

---

<sup>3</sup> Se reconoce generalizadamente que, como expresión de una organización jurídico-política que vinculara a los habitantes con un territorio determinado –y aun cuando ciertos atisbos en tal sentido puedan encontrarse en las *polis* griegas y en las *civitas* romanas-, el Estado no resulta imaginable sino a partir de la expansión económica, acontecida durante el siglo XV, de varias ciudades italianas como Florencia, Venecia, Pisa, Nápoles, etc.

<sup>4</sup> LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires, 1° edición, 2002, traducción de Cristina Piña, Capítulo II, ps. 9-17.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, Oxford University Press, México, 1999, traducción española, en especial: Libro XI, “De las leyes relativas que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución”, ps. 106-128.

significó el ascenso de la burguesía como clase dominante y con el poder para plasmar el nuevo ordenamiento jurídico con ese contenido material, no sólo en la Constitución sino también en la codificación napoleónica.

El problema, y germen de tensiones a lo largo del siglo XIX, radicó en que este esquema entendía, dicotómicamente, que el derecho se daba o bien para el Estado, bajo la forma de Derecho Público o bien para el individuo, bajo la forma de Derecho Privado, pero nunca para la sociedad a la que se relegaba a la condición de tercero excluido en esta bipolaridad artificial.

El nuevo orden jurídico se asentó sobre los principios de la libertad, de la igualdad, y -sobremanera-, de la propiedad.

Las teorías económicas capitalistas -que se germinaron casi coetáneamente y postularon la superioridad de la iniciativa privada sobre la acción de gobierno-, terminaron de forjar este Estado de Derecho Liberal a lo largo de todo el siglo XIX.

Estas bases modelaron un elenco de “libertades negativas”, que hoy se conocen como “derechos de primera generación”, para cuyo favorecimiento era menester la actitud prescindente y pasiva del Estado pues sólo así se concebía posible el uso y goce de esos derechos por él reconocidos. Este Estado se limitó a fijar unas pocas reglas básicas para regir las relaciones entre los individuos e instaurar un régimen coercitivo para el caso de su quebrantamiento.

Fue, en rigor, la propiedad el principio que más se defendió para instaurar el orden económico capitalista y de libre mercado, dejando que la “mano invisible” *smithsoniana* ordenase la producción de los bienes y servicios en forma eficiente, resultando sólo los más aptos aquellos que lograsen un óptimo rendimiento y maximización de los recursos escasos que proveyesse la Economía.

Los códigos, esto es, cuerpos únicos, ordenados, sistemáticos, escritos en forma llana y accesible y con la pretensión de abarcar la totalidad de la regulación de todas las parcelas del Derecho constituyeron otro formidable instrumento de la revolución. Y fue en el *Code* donde se encontró el plexo normativo idóneo para proteger, esencialmente, a la propiedad.



El concepto de “Estado de Derecho”, *Rechtsstaat*, acuñado por varios juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX<sup>6</sup>, describió un tipo de organización estatal que, de consuno con los postulados de la Revolución Francesa, se desenvuelve de acuerdo a la ley y en sus relaciones con los administrados se somete a un conjunto de reglas que, a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en la consecución de esos fines, predeterminando las vías y los medios que puede utilizar para lograrlos. Se distingue de su predecesor inmediato, el “Estado Policía” que se presenta como aquel en el que su actividad se halla *legalmente incondicionada* pues, a la inversa, su actuación está condicionada legalmente.

El Estado de Derecho, a nuestro modo de ver, vino a ser como la estructura de un edificio; sobre esas bases es que hubieron de construirse las orientaciones que pretendieron brindarse a un Estado. Así el Estado de Derecho fue liberal en su faz primigenia y puso más acento en la estructura que en su contenido que, mínimamente, se ocupó del individuo considerado aisladamente.

### **3. EL ESTADO DE DERECHO BENEFACTOR (WELFARE STATE) Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El Estado de Derecho Liberal representó, en rigor, una construcción superficial que escondía, a través de una escritura simbólica, una línea ideológica afín al mantenimiento del nuevo esquema de poder.

Este sistema político y jurídico preocupado por atender a la conducta de los individuos aisladamente considerados, sufrió en forma paulatina, pero constante, una deslegitimación que lo condujo a su crisis entre fines del siglo XIX y principios del XX, por diversos

---

<sup>6</sup> Robert VON MOHL en *Die Polizei-Wissenschaft* de 1832, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Plus Ultra, Buenos Aires, t. I, 2ª edición, 1976, p. 82. La noción describió un tipo de organización estatal que, de consuno con los postulados de la Revolución Francesa se desenvuelve de acuerdo a la ley y en sus relaciones con los administrados se somete a un conjunto de reglas que, a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en la consecución de esos fines, predeterminando las vías y los medios que puede utilizar para lograrlos.

motivos. En efecto, la Revolución Industrial, iniciada en Gran Bretaña, potenció las desigualdades sociales, motivadas fundamentalmente por el incremento de la población, el excedente de mano de obra y la “sacralización” del contrato (que permitió maximizar ganancias, por ejemplo, a costa de reducir los salarios, abusar del trabajo infantil y de mujeres o mantener condiciones laborales insalubres).

En tal sentido, los acontecimientos ocurridos en 1848 en Francia y en Gran Bretaña, como resultado de la vasta crisis social y económica y bajo la influencia de los pensadores llamados “socialistas” (especialmente Saint-Simon, Fourier Y Owen), las experiencias de la Comuna de París de 1871 y de las políticas sociales instauradas por Bismarck en Alemania en la década de los ochenta del siglo XIX, la acción sindical así como la influencia del marxismo y de la Doctrina Social de la Iglesia, comportaron una serie de factores que confluyeron a la implosión del modelo de Estado de Derecho Liberal, abriendo paso al Estado de Derecho Benefactor, de Bienestar o Providencia (*Welfare State*), también denominado Estado de Derecho Social en la centuria siguiente, primero tibiamente en el período de entreguerras y de modo más intenso y generalizado después de la 2° conflagración mundial.

Esto supuso, en lo esencial, una ruptura del paradigma no intervencionista liberal del Estado, para asumir un papel preponderante en las relaciones sociales y convertirse en un agente económico relevante, no sólo regulando, sino también participando activamente en la producción, el empleo, la distribución del ingreso y el consumo.

Sus objetivos inmediatos fueron:

- lograr la plena ocupación,
- brindar un sistema de seguridad social al alcance de todos los habitantes,
- asegurar de niveles de calidad de vida mínimos para la población, a través del acceso masivo a los bienes y servicios.

También, en esta línea, intervino en el mercado de trabajo, regulando las condiciones de seguridad e higiene, el salario mínimo y el papel de los sindicatos y la negociación colectiva.

A partir de la década del '60 aumentó generalizadamente el gasto público y, de un modo especial, el gasto social, (educación, salud, vivienda, jubilaciones y pensiones, prestaciones de desempleo).

Esta expansión coincidió con la riqueza alcanzada por la mayoría de los países Occidentales (E.E.U.U. y varios de Europa), los que consiguieron un alto nivel de consumo, de seguridad y de igualdad de oportunidades. Al reconocer los derechos sociales, el Estado de Bienestar favoreció también el crecimiento de la “sociedad de clases medias” en lugar de la antigua sociedad polarizada del liberalismo clásico de minorías ricas y una gran mayoría pobre.

Sin embargo, este problema subsistió, en diversos grados, en los países subdesarrollados que conforman las ahora llamadas “economías emergentes”.

Este tipo de Estado procuró, de este modo, una integración real de la sociedad y el pleno goce y disfrute de los denominados “derechos de segunda generación”. Estos derechos vendrían a colmar las deficiencias y omisiones de los derechos civiles y políticos, de la misma manera que el Estado Social intentó restañar las deficiencias del Estado Liberal.

#### **4. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR**

La crisis económica de los años 70’ y 80’, puso en un severo cuestionamiento al Estado de Bienestar, surgiendo problemas como: a) la recesión, b) el estancamiento económico, c) la pérdida de empleo, d) las deficiencias estructurales y fiscales del Estado y e) las insuficiencias de los procedimientos democráticos.

Todos ellos fueron los argumentos que dieron sustento al inicio de una oleada conservadora demandante de una vuelta a los postulados liberales, fenómeno que se conoce como neoliberalismo, o neo *laissez faire*. Se abogó, así, por una reducción de la intervención estatal -tildada de ineficiente, lenta y dispendiosa-, y se resaltaron, por contrapartida, las ventajas de la libre competencia.

Desde el año 1989, uno de los cambios más importantes que se han operado, por su significación histórica, política, sociológica, económica y jurídica, es el paso de un mundo dividido en dos bloques a la hegemonía de los sistemas de economía de mercado y, con ello, al final de la Guerra Fría y la universalización de la democracia liberal occidental.

#### 4.1. Síntesis de las críticas neoliberales al Estado de Bienestar

Se ha cuestionado:

- el excesivo aumento del poder del Gobierno y del Estado, para el cumplimiento de ciertos fines que no eran propios del Estado liberal.

- el crecimiento en sus funciones -y, consecuentemente, en su burocracia- ha conducido a una crisis crónica, recesión económica, inflación, pérdida de empleo, déficit fiscal y aumento desmedido de la deuda pública.

- el Estado Social no se mueve en pos del interés general o de una eticidad altruista, sino en función del “mercado político”, para captar los votos de los beneficiarios.

- a mayor crecimiento del Estado, existe una mayor propensión a que cometa errores, lo que produce insatisfacción en los ciudadanos por su mala gestión.

- el enorme costo de estas actividades y sus modestos resultados (estándar de eficiencia insumo-producto).

- la satisfacción de tantas necesidades termina sobrecargando y saturando (*overloaded*) al Estado, incapacitándolo para actuar y sumiéndolo en impotencia ante la realidad y los problemas que se le plantean.

- todo esto conduce en que, para ser más eficaz, el Estado deba alejarse de las prácticas democráticas y actuar en forma autoritaria, lo que produce una ruptura del consenso social, pérdida de las libertades individuales y violación de principios como la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica.

#### 4.2. Algunos esbozos teóricos neoliberales

Para hacer frente a estos problemas se consideró, en esencia, imprescindible la reducción de la actuación interventora del Estado como una manera de estimular la Economía, especialmente a través de privatizaciones y desregulaciones de sectores controlados por éste y de reducciones de impuestos y achicamiento o eliminación de programas sociales.

Si bien suele asociarse el fenómeno privatizador con gobiernos conservadores (Thatcher, Reagan) el proceso se ha verificado también en las socialdemocracias europeas.

Por otra parte, la genéricamente llamada “privatización” no sólo ha importado, *stricto sensu*, el traspaso de activos públicos a los particulares, sino también, la gestión por parte de empresas privadas de los servicios públicos o la desregulación o conjunto de medidas dirigidas a fomentar la participación en régimen de competencia de las empresas públicas con las privadas. Se han invocado razones: a) financieras (reducir el gasto público); b) económicas (mejorar la eficiencia a todos los niveles de la empresa pues son menores los costos para obtener la misma finalidad, toda vez que los factores políticos –determinación de precios, cuestiones de negociación con los trabajadores, elección de directivos- encarecen la producción de bienes y servicios por parte del Estado); y c) políticas (un nuevo liberalismo en el que la propiedad e iniciativa privadas son de primer orden).

Para hacer llevar a cabo estas recetas, se consideró imprescindible la reducción de la actuación interventora del Estado como una manera de estimular la Economía, especialmente a través de privatizaciones y desregulaciones de sectores controlados por éste y de reducciones de impuestos y achicamiento o eliminación de programas sociales. Existen distintas corrientes de pensamiento que han brindado fundamento teórico en tal sentido.

Una de ellas rescata a Hayek para quien la igualdad formal ante la ley es incompatible con toda actividad del Estado dirigida a la igualdad material o sustantiva de los individuos, por lo que cualquier política dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> HAYEK, F. A., *Camino de servidumbre*, Unión Editorial, Madrid, 2ª edición, 2017, traducción de José Vergara Doncel, p. 168. En esta misma línea, uno de los autores pertenecientes a la denominada Escuela Austríaca y de gran influencia sobre HAYEK, Ludwig VON MISES, entendió que el Estado debía limitarse a proteger debidamente “*el suave funcionamiento del mercado*”, resultando intervencionista aquella Administración Pública que no restringía su actividad al mantenimiento del orden público, a producir seguridad ciudadana (v. *Sobre Capitalismo y Liberalismo*, Unión Editorial, Barcelona, 1996, traducción de Joaquín Reig Albiol, p. 309).

Otra vertiente es la liderada por Friedman, institucionalizada en torno a la “Escuela de Chicago”, la que plantea, frente a las medidas de Keynes, una estricta política monetaria (reducción de la cantidad de moneda en el mercado para controlar la inflación generada por el déficit fiscal que provocan las políticas de asistencia y protección social). Esta escuela *monetarista* considera que se ha sobrestimado excesivamente la bondad de la intervención del Estado para paliar las deficiencias del mercado, incluso las necesidades reales de esa intervención y su eficacia<sup>8</sup>.

Acaso sea Nozick el autor que, con un énfasis fundamentalista, diríamos, haya insistido con la vuelta al Estado liberal primigenio, esto es, una organización detentadora del monopolio de la fuerza, con el único y limitado objetivo de proteger los derechos individuales de los miembros del grupo, especialmente los derechos privados adquiridos justamente (principio de justicia en la adquisición) o adquiridos justamente de otro propietario (principio de justicia en la transferencia)<sup>9</sup>.

Desde el plano de las Ciencias de la Administración se ha justificado la retirada del Estado Social a través del significado etimológico de la palabra “gobierno” que, en griego, quiere decir “llevar el timón”. Se ha dicho, así, que, mientras la tarea del gobierno consiste en llevar el timón de la nave, la de remar es prestar servicios y el gobierno, se señala, no es muy bueno remando<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Ver: FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo y Libertad. Ensayos de Política Monetaria*, Síntesis, Madrid, 2012, traducción de Francisco Cabrillo.

<sup>9</sup> NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, traducción de Rolando Tamayo, ps. 321-327,

<sup>10</sup> Ver: OSBORNE, David-GAEBLER, Ted, *La reinención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Paidós, Barcelona, 1ª edición, 1994, traducción de Marco Aurelio Galmarini, ps. 55-71. Bajo el mismo juego de simbolismos se ha señalado “*De dónde puede sacar el Estado la fuerza para llevar el timón y para hacer que se cambie el rumbo si en la barca hay remeros de tanto peso específico y tan obstinados? Los correspondientes modelos no han demostrado su validez efectiva*” (se refiere a los esquemas garantizador, regulador o de colaboración público-privada). Ver: WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2013, traducción de José Carlos Mardomingo, ps. 132-133, Nota N° 242.

### 4.3. Algunos ensayos defensistas del Estado Social de Derecho Su irreversibilidad

Se ha señalado que la noción “Estado Social de Derecho” adopta, en ciertas ocasiones, un enfoque sociopolítico o socioeconómico, refiriéndose, en realidad, al Estado de Bienestar o *Welfare State* y, en otras, alude a una realidad jurídica, constitucional y normativa que lo consagra<sup>11</sup>. Pues, es una realidad evidente que casi todos los Estados contemporáneos de Occidente tienen constituciones liberales y son, al mismo tiempo, democracias y Estados Sociales de Derecho, como de manera explícita lo proclaman, entre otras, la Ley Fundamental de Bonn de 1949<sup>12</sup> y la Constitución Española de 1978<sup>13</sup> o como, implícitamente, se infiere de la Constitución de la Nación Argentina, luego de las reformas de constitucionalismo social introducidas a su texto en 1994.

Todos estos textos han incorporado una tercera generación de derechos, vinculada con la solidaridad, cuya pauta unificadora estribaría en la incidencia en la vida de toda la humanidad por lo que reclamarían para su protección de la cooperación internacional (derecho a la paz, derecho a una vida digna, derecho del usuario y consumidor, derecho al ambiente sano, derecho al libre desarrollo de la personalidad, etc.). Y, según ciertos autores, existiría otro elenco que conformaría una cuarta generación de derechos, configurada por los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías.

**En este tipo de Estados, es el orden constitucional marca un claro sendero de transformación y mejora social, a través de políticas públicas.**

La ley, bajo este enfoque, no sólo cumple el papel de sentar pautas directrices de la conducta, sino que confiere mandatos amplios a la

---

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado Social”, Revista española de Derecho Constitucional, Madrid, Año 23, N° 69, septiembre-diciembre 2003.

<sup>12</sup> Art. 20 (1) “*La República Federal de Alemania es un Estado Federal, Democrático y Social*”.

<sup>13</sup> Art 1 (1) “*España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político*”.

Administración para la satisfacción de las necesidades públicas y el respeto de la dignidad humana, a través de normas programáticas que, frecuentemente, incluyen conceptos jurídicos indeterminados.

Por ello es que, cuando se pregona la mentada crisis, surge enseguida el interrogante de si se está aludiendo a la de una realidad jurídica, en algunos supuestos, como vimos, constitucional y normativa, o a la de una realidad política y socioeconómica y, en tal caso, cuál es la autonomía o la interdependencia de esas realidades.

A nuestro modo de ver, se trata de enfoques que –aunque guarden relación entre sí–, resultan perfectamente escindibles y las críticas se vinculan más con esa realidad socioeconómica que con su formulación jurídica. Ello por cuanto la inclusión de una cláusula de “Estado Social” es una aspiración programática que debe instrumentar medios para alcanzar objetivos.

Entendemos, entonces, que los señalamientos apuntan a esa materialidad del Estado Social.

Creemos, sin embargo, que se observa una clara tendencia a generalizar y exagerar los defectos del modelo sobre la base de evidencias insuficientes y abuso del empleo de ejemplos selectivos contrarios que pretenden despolitizar las relaciones económicas.

Además, estas objeciones presentan evidentes errores al estudiar el problema de la integración social a través del papel del mercado ignorando los fenómenos de ruptura y conflicto que se producen en un sistema puro en donde el individualismo, la libertad en sentido neoliberal y los derechos de propiedad se combinan como elementos y fuerzas de distribución de la riqueza<sup>14</sup>.

También los fracasos del Estado de Bienestar acaso puedan deberse a la tendencia inherente del capitalismo de producir contradicciones entre los elementos de su estructura y a reproducir cíclicamente sus crisis, como lo ha demostrado Keynes en su obra más conocida<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> De acuerdo: MISHRA, R. *The Welfare State in crisis*, Brighton, Harvester, 1983, citado por MARTÍNEZ DE PISÓN, José. “La crítica neoliberal al Estado Social. Un resumen y una valoración”, *Doxa*, 15-16 (1994), ps.243-270.

<sup>15</sup> KEYNES, John M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 3ª edición, 2001, traducción de Eduardo Hornedo, ps. 264 y 311.



Muchas de las intervenciones del Estado tienden a la búsqueda de una situación óptima para la obtención de beneficios, apuntalando al propio sistema capitalista (p.ej. exenciones fiscales a los inversores, incentivo a ciertos sectores económicos y suplencia de las carencias privadas en materia de infraestructuras, sanidad y educación).

Ello sin contar que, a menudo, el Estado inyecta fondos públicos para superar situaciones de crisis que se producen en el seno de las empresas privadas, cuando, por sus dimensiones, dejarlas caer en quiebra implicaría un grave daño social<sup>16</sup>.

El neoliberalismo también ha exacerbado la sobrecarga de la actividad estatal del Estado Social pretendiendo que ella lo sume en una ingobernabilidad que sólo podría superarse a través de un poder político que no interfiriese en el funcionamiento del mercado y reconduzca las funciones estatales a las del viejo Estado liberal “mínimo”.

Estimamos que, si bien la descripción puede condecirse en algunos casos con la realidad, la solución pasa por buscar el consenso social para fijar límites a la actuación estatal y pautas de una buena o correcta gestión del poder político, las que, en algunos países, ya se han instrumentado bajo la denominación de “buen gobierno” o *gobernanza*<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Una lúcida crítica al que denomina Estado Providencia “pasivo” es la efectuada por Pierre ROSANVALLON. Según este autor, el neoliberalismo ha producido una separación entre la Economía y la Sociedad, resultando, como consecuencia de ello, que la desocupación masiva es el nuevo sistema de redistribución. Frente a esta situación, los Estados europeos sólo se han limitado a otorgar indemnizaciones, contribuyendo al mantenimiento de esta lógica perversa. La pregunta que se hace ROSANVALLON es si se podría pasar de esta pasividad estatal a un Estado Providencia “activo” en estos términos: *“...encontrar la manera moderna de realizar cierta internalización de lo social, a fin de lograr conjuntamente modernización económica y reconstrucción del tejido social; en cierta forma ser moderno y arcaico al mismo tiempo”* (Ver: *La cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Manantial, Buenos Aires, 1º edición, 2011, traducción de Horacio Pons, ps. 105-126).

<sup>17</sup> Aunque no existe una descripción precisa de la idea y, en muchos casos, se la asocia a un eficientismo económico en la gestión de los intereses públicos, adscribimos a la concepción que ve en ella la satisfacción de las nuevas exigencias de calidad democrática para cuyo logro debería proveer un desarrollo eficiente de la acción de gobierno y de sus políticas intervencionistas, facilitando la participación ciudadana, la transparencia en las prácticas y atendiendo al rendimiento individual y los resultados de la gestión. El enfoque de políticas

Finalmente, la postura neoliberal, al vincular la libertad individual con una democracia formal (pues, entiende, que sólo a partir de ésta es que se pueden emitir los mecanismos jurídicos del Estado de Derecho y protegerse los derechos y libertades básicos del individuo, especialmente los civiles y políticos) vuelve sobre lo que he considerado como la estructura o andamiaje del mismo, un continente sin contenido, que la mera verificación empírica ha demostrado insustentable a mediano plazo.

Estimamos que constituye una falacia pregonar que el Estado Social pretenda eliminar la idea de que todos los ciudadanos deben ser igualmente libres. Por el contrario, es su norte completar esta igualdad y libertad formales con una democracia material que posibilite el igual ejercicio para todos de esos derechos y libertades, es decir, dar contenido al continente.

No es posible pensar en una libertad sin igualdad, de allí que voces como la de Rawls, desde las bases ideológicas de un liberalismo *igualitario*, pretendan buscar una armonía entre el fundamento individualista de la libertad y las pretensiones igualitarias del Estado Social<sup>18</sup>. Así, para este autor, una política social justa debería propender a lograr un balance entre los reclamos competitivos y los principios que asignen derechos y obligaciones y definir una división, también apropiada, de las ventajas sociales. Estos principios sólo han sido atendidos por los Estados de Bienestar los que, en la actualidad, operan en un contexto de condiciones económicas, sociales, políticas e ideológicas, distintos de los que existían cuando surgieron.

Consideramos que la embestida neoliberal contra el Estado Social ha sido infructuosa. Por un lado, en tanto en la mayoría de los países de Occidente se han implantado estructuras y acciones políticas prácticas tendientes a proveer el bienestar social a todos los ciudadanos.

---

públicas, bajo este prisma, representaría un nuevo modo de intervencionismo “...a través de un modelo de gestión pública estratégica de inspiración *managerial* que deberá operar ajustándose a claves de consenso con el tejido social” (Ver: PORRAS NADALES, Antonio, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, Gobernanza, Gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014, p. 68).

<sup>18</sup> RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, traducción de María D. González, p. 10.

Ciertamente, el Estado de Bienestar se ha convertido, de tal modo, en una estructura *irreversible*<sup>19</sup> cuya supresión exigiría también la abolición de la democracia política, de los sindicatos y de cambios en el sistema de partidos.

Y, de otro, por cuanto el concepto de bienestar posee relevancia para juzgar la legitimidad de los ordenamientos jurídico-políticos y, por ello, se los incluye en documentos constitucionales y en declaraciones básicas<sup>20</sup>.

A lo sumo, los cuestionamientos han servido para encarar acciones correctivas tendientes a maximizar el uso de los recursos en términos de eficacia *social*, poniendo énfasis en la gestión por resultados, es decir, aquella que se imponga el cumplimiento de metas y objetivos.

#### 4.4. ¿Un Estado Social de Derecho “subsidiario”?

Dentro de esta oleada neoliberal, se halla una postura sincrética que, al menos discursivamente, no reniega del Estado Social de Derecho, pero entiende que los Estados deben restringir al máximo su accionar en el campo de las prestaciones de tipo económico, dejándolas, en principio, libradas al accionar de los particulares para sólo reservarse una intervención *subsidiaria*.

Aunque existen distintas formulaciones de esta idea, en nuestra opinión el principio de subsidiariedad no debe aceptarse como una regla rígida e inflexible pues el Estado tiene siempre a su cargo, como aspiración ineludible que lo legitima, la realización del bien común

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, José, “La crítica...”, cit., haciendo referencia A OFFE, C., “Algunas consideraciones del moderno Estado de Bienestar” en *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, edic. de J. Keane, versión española de A. Escotado, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 139, estima que “...no se vislumbra como factor significativo una fuerza capaz de suscitar cambios tan dramáticos”. En idéntico sentido, ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015. p.15, señala que no parece existir una alternativa superadora al Estado Social, como lo fue éste respecto al Estado Liberal o, incluso, como el Estado Liberal resultó frente al Estado Absolutista.

<sup>20</sup> De acuerdo: SALEM, Jorge, “Bienestar y Legitimidad”, *Doxa* N° 9 (1991) ps.143-155.

o interés general y tal labor de concreción resulta ser el fruto de una valoración cambiante según las circunstancias.

Tal mutación, inherente al cambio en las demandas de toda comunidad, debería llevarlo a realizar una actividad económica incluso en situación de competencia con los particulares (vg. por razones estratégicas), si así lo estimase conveniente. Ello es lo que ocurre, además, en casi todos los Estados Sociales europeos.

Ni hablar de la no intervención en el plano social, donde claramente la actividad privada no resolverá los problemas y demandas comunitarias, a no ser que se piense en el espejismo de la teoría del derrame que el pensamiento liberal atribuye como consecuencia virtuosa del afán de lucro y acumulación capitalista y que la realidad histórica se ha encargado de desmentir paladinamente.

#### **4.5. La materialidad del Estado de Derecho “ampliada”: el Estado Social y Constitucional de Derecho**

La denominada crisis del Estado de Bienestar, en realidad, supuso una modificación de estructuras y funciones estatales: la pretensión de universalidad de este modelo de estatalidad fue desplazada por una atención más focalizada, dando paso a la centralidad estratégica que han ido adquiriendo las políticas públicas.

Así, las formas de intervención social del Estado se han extendido desde una política centrada exclusivamente en la extensión de la protección pública, a través del empleo formal y de instituciones universales, como la salud y la educación, a otra cuyos ejes axiales pasan por la lucha contra el desempleo, el incremento de la pobreza y el aumento de las desigualdades, a través del despliegue de acciones compensatorias que tienden a establecer umbrales mínimos de integración para los sujetos que no logran insertarse en un mercado de trabajo, a menudo excluyente y expulsivo.

Pero a este cambio de modelo de estatalidad -más bien con acento en lo cualitativo-, cabe sumar el fenómeno operado a partir de la Segunda Posguerra en Occidente, llamado “neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo contemporáneo”, vertiente preocupada por sentar más principios -denominados “valores básicos o bienes

humanos básicos”<sup>21</sup>, “derechos fundamentales” o simplemente “derechos humanos”<sup>22</sup>-, que reglas y más ponderación que subsunción, lo que, como veremos, impacta en la labor de los jueces.

Se trata de un esquema “rematerializador” de los textos constitucionales al plasmar en ellos un catálogo de principios y derechos con fuerte carga axiológica que aparecen “irradiados” por las cláusulas constitucionales. Esta vertiente, que reconocía antecedentes<sup>23</sup>, marcó un punto de quiebre con las Constituciones de cuño liberal-racionalista, abocadas -prácticamente en su totalidad-, a tratar aspectos organizativos, competenciales y procedimentales, con el objeto de racionalizar el poder y regular los aspectos jurídicos,

Este constitucionalismo actual que Ferrajoli tilda de “fuerte”, se caracteriza, también, por: a) favorecer la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos; b) abogar por una fuerte presencia judicial; y c) ser más proclive a asegurar el pluralismo ideológico<sup>24</sup>.

Este paso de una concepción legalista del Estado de Derecho a otra constitucional, basada, sobre todo, en un control de la constitucionalidad de las normas en todas sus instancias de producción y aplicación, ha centrado el foco en la importancia de la justificación

---

<sup>21</sup> FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez, especialmente ps. 113-129.

<sup>22</sup> Cierta doctrina reserva el término “derechos humanos” a los positivados en el plano internacional y “derechos fundamentales” a los positivados en el plano estatal (Cfr. GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007, ps. 18-19). Por su parte, FERRAJOLI, Luigi, *Principia...ob. cit.*, ps. 696-699, los define como los derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos.

<sup>23</sup> Las constituciones: mexicana de Querétaro de 1917, alemana de Weimar de 1919 y española de 1931.

<sup>24</sup> Ampliar en: PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 101 y ss.; ALEXY, Robert, *El concepto y validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, ps. 159 y ss. y ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999, 3ª edición, traducción de Marina Gascón, ps.109 y ss.

material de la toma de decisiones en todos los órganos estatales y en reconocer mayores atribuciones al juez en su labor revisora<sup>25</sup>.

Esta tendencia se ha verificado acompañada -y reforzada-, por el fenómeno de la Globalización<sup>26</sup>, más exactamente por una de sus manifestaciones: la Globalización jurídica, la que se presentaría como un ámbito de cooperación sin soberanía.

No podemos extendernos para llevar a cabo una evaluación de las consecuencias de un proceso tan vasto, complejo -e inacabado-, como la Globalización, pero sí precisar que esta consecuente globalización jurídica no debe entenderse como circunscripta a las cuestiones económicas pues su proyección alcanza a los derechos humanos y fundamentales, a su reconocimiento, protección y realización ahora plasmados, no sólo en las constituciones de posguerra, sino también en los pactos internacionales<sup>27</sup>.

En efecto, el derrotero a seguir ha sido trazado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que considera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho. Luego tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, han venido, en cierto sentido, a regular los derechos de la Declaración y a consagrar los denominados “derechos de tercera generación”, a los que nos hemos referido.

---

<sup>25</sup> Se ha querido ver en esta corriente dominante en Occidente -que importa una superación del positivismo formalista- un *realismo pragmático* caracterizado por “...la indeterminación radical de la normatividad, el incremento de los márgenes para la discreción en la toma de decisiones bajo condiciones de alta complejidad e incluso el pluralismo radical de las sociedades actuales” (Ver y ampliar en ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Elementos de Teoría del Derecho. Materiales para su estudio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1° edición, 2013, ps 67-77).

<sup>26</sup> Se la ha definido como un proceso de desnacionalización de mercados, leyes y políticas, como producto de una estrecha interrelación de pueblos e individuos. Para BECK se trata de procesos en virtud de los cuales los Estados Nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Buenos Aires, 2004, traducción de Bernardo Moreno).

<sup>27</sup> Ampliar en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2° edición, 2004, ps. 19-64.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, resume en su Preámbulo las cuestiones tratadas en los precitados pactos y en su artículo 26 consagra la *progresividad* de los derechos económicos y sociales.

Esta enumeración breve revela la *virtualidad expansiva*<sup>28</sup> que poseen los derechos fundamentales. A merced de ella es que cada uno de los Estados miembros, deben acatarlos y evitar interpretaciones unilaterales que los conviertan en letra muerta.

La incorporación a nuestro derecho de los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional, operada mediante la reforma constitucional de 1994, art. 75, inc. 22<sup>29</sup> constituye una muestra acabada del compromiso asumido por nuestro país de operativizarlos, a tono con esta globalización de los derechos fundamentales.

El Estado de Derecho, entonces ya no es solamente “social”, sino también “constitucional” pues la atención de las necesidades básicas y la protección dispensada a los sectores más vulnerables, las efectúa en un marco de profundo respeto a los derechos humanos, ahora “constitucionalizados”. De este modo, se configura una pléyade de principios y normas que resultan aplicables directamente a toda relación intersubjetiva, sea de derecho público o privado<sup>30</sup>.

Así, este “Estado Social y Constitucional de Derecho”, tiene que hacer frente a nuevos retos: las transformaciones que él mismo ha provocado en las sociedades a través del reconocimiento y del consecuente

---

<sup>28</sup> MEILÁN GIL, José L., *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Sevilla, 1º edición, 2011 p. 43.

<sup>29</sup> El constituyente reformador de 1994, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las nuevas constituciones occidentales de posguerra, en vez de añadir los nuevos derechos fundamentales, prefirió incorporar directamente los tratados que se refieren a ellos, con jerarquía constitucional y carácter complementario de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional.

<sup>30</sup> Cabe precisar que, para asegurar la protección adecuada de los derechos humanos, y sólo en defecto de la actuación de los Estados, tanto en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos como en el de la Convención Americana de Derechos Humanos, se prevé la intervención *subsidiaria* de tribunales internacionales (Ver y ampliar en SANTIAGO, Alfonso, *Principio de Subsidiariedad y margen nacional de apreciación*, Astrea, Buenos Aires, 1º edición, 2020, ps. 90-111).

mandato a los poderes públicos de concretizar los derechos humanos y las cuestiones nuevas que suponen el desarrollo de las tecnologías, la robótica en particular, el hambre y la pobreza en los países más postergados, la superpoblación mundial, el respeto a las minorías, el cuidado del medio ambiente, etc.

Aunque ciertamente el mercado es necesario para el crecimiento económico, debe ser contextualizado por la acción positiva del Estado Social en las economías de países subdesarrollados y emergentes para evitar que produzca -o al menos atenuar-, las disfunciones que hasta hoy ha provocado. Esa demarcación debería producir un sistema económico, social y cultural muy diferente al que actualmente impera en esos países.

El Estado de Derecho deberá defender y realizar los valores que estuvieron en su origen y los que ha asumido para convertirse en Social y Constitucional: libertad, justicia, seguridad, democracia y respeto por los derechos básicos de las personas<sup>31</sup>. Se trata, en suma, de una acumulación aditiva de derechos.

#### **4.6. La crisis del Estado de Bienestar en nuestro país**

La Argentina no resultó ajena al fenómeno occidental del apogeo y crisis del Estado de Bienestar, especialmente a partir de la Gran Depresión del año 1929.

En la década de 1930, el Estado argentino tomó medidas de claro sesgo intervencionista en la regulación de la economía (creación de organismos reguladores, prórrogas de locaciones y congelamiento de alquileres, etc.).

---

<sup>31</sup> Como bien se ha señalado: “*los poderes públicos (las Administraciones públicas, entre ellos) deben asumir (o mantener, en aquellos países en los que el Estado social no ha sido desmantelado) la iniciativa en la adopción de medidas destinadas a lograr la igualdad real de los individuos, debe llevar a cabo políticas redistributivas que reduzcan las enormes desigualdades existentes en el mundo globalizado actual. Deben abanderar más la solidaridad y menos la competencia entre los individuos*” (MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 1ª edición, 2004, p. 220).



Luego, a partir de la década de 1950, participó activamente en los procesos de producción de bienes y servicios con la nacionalización y creación de empresas estatales. También se desarrollaron: el sistema de previsión social y los mecanismos de cobertura de salud a través de las obras sociales y se dispuso paliar el déficit habitacional a través de la construcción y flexibilización de las condiciones de acceso a la vivienda propia. Asimismo, la educación pública recibió un fuerte impulso.

El Neoliberalismo, a la luz de las premisas sentadas para los países latinoamericanos en el denominado “Consenso de Washington”<sup>32</sup> produjo en nuestro país -y en otros de la región-, un impacto y retroceso en el Estado de Bienestar<sup>33</sup>, a través de un colosal plan de reformas tendientes a desregular las variables económicas y liberalizar los mercados. En este contexto se encaró un vasto y ambicioso plan de privatización de empresas y sociedades del Estado y, en algunos casos, se flexibilizó el régimen aplicable al cumplimiento de determinadas actividades estatales, las que dejaron de ser llevadas bajo la técnica del servicio público y, en el mejor de los casos, pasaron a ser actividades de interés general.

Este paradigma neoliberal, que estuvo presente en la Argentina durante los años '90 resurgió, con ciertos atisbos, durante el período 2015-2019<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Bajo este término, el economista John WILLIAMSON describió, en 1989, una serie de medidas y reformas para los países en vías de desarrollo alcanzados por las crisis, formuladas por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. En líneas generales, las innovaciones propendían a la liberalización económica, a la reducción del Estado y a la expansión del mercado interno

<sup>33</sup> Ver el análisis de la crisis del Estado de Bienestar, con particular referencia a la Argentina en GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 11ª edición, t. I, Capítulo II (1ª edición del *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013), ps. II-12 a II-41 y t. I, Capítulo VIII, ps. 91-106.

<sup>34</sup> A diferencia de la anterior experiencia neoliberal, esta reedición se debió a la influencia de diversos factores de poder locales. Muestras acabadas de esta dirección fueron: a) la sanción de la Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada, la que dispuso la inaplicabilidad de la Ley de Expropiaciones N° 21.499, la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional N° 1023/01, produciendo una

Los resultados muestran una tendencia al desempleo en altas proporciones de la población económicamente activa o al subempleo, junto a una precarización laboral no sólo en el sector privado sino también en el público.

Por otra parte, se observa una marcada regresividad en la distribución del ingreso con bolsones de concentración de la riqueza y achicamiento de las clases medias.

Tampoco las concesiones de los servicios públicos han resultado ser la panacea pues, en muchos casos, los incumplimientos graves en los que incurrieron los concesionarios llevaron, a comienzos de este siglo, a la rescisión de los contratos y a la reasunción por parte del Estado de la gestión directa de las prestaciones.

De allí que, al igual que lo que acontece en otros países de Occidente, consideramos que debe volverse sobre el Estado Social y Constitucional para profundizarlo, protegiendo las instituciones estatales de toda cooptación y clientelismo, haciéndolas más eficientes para el reconocimiento de derechos.

No obstante, debemos advertir que el Estado Social inserto en sociedades de economías desarrolladas se desenvuelve de manera distinta que en aquellos países que, como el nuestro, no han alcanzado tales niveles económicos; las soluciones deben adaptarse y modularse teniendo en cuenta la idiosincrasia y matices que presentan las cuestiones sociales en esas naciones.

La catástrofe sanitaria, en todo caso, puso al desnudo las consecuencias que el desmantelamiento del Estado de Bienestar había producido en varios países occidentales en un área tan sensible como la salud, dejando nuevamente en evidencia la importancia de la acción del Estado, para satisfacer necesidades sociales básicas, cuya atención el mercado desoye o le presta escaso interés, focalizándose en actividades que maximicen el lucro.

---

ruptura del esquema de "doble derecho" de los regímenes continentales; b) el endeudamiento externo; c) la eliminación o recorte de planes sociales; y d) los reajustes tarifarios irrazonables y desproporcionados de tarifas de servicios de energía.

## 5. LA EMERGENCIA SANITARIA Y LOS DNU

Por cierto, las herramientas jurídicas que, para gestionar la pandemia, que integran el “plexo COVID-19”, han sido profusas, dispersas, fugaces y cambiantes pues el presupuesto fáctico que les ha brindado causa es, en sí mismo, variable pues oscila de acuerdo a la evolución de la pandemia.

Como todas se han dictado dentro de una emergencia sanitaria, resulta necesario efectuar una somera referencia al respecto.

Las situaciones de emergencia son acontecimientos fácticos que, de un modo u otro, perturban el orden constitucional y los derechos y garantías allí previstos. Para atenuar o remediar estas situaciones la Constitución contempla los denominados “institutos de emergencia”.

¿Cuáles son esas situaciones de emergencia?

Bidart Campos describe tres tipos: a) la guerra (el “ataque exterior”), b) la conmoción interna y c) las crisis económicas<sup>35</sup>.

En la constitución histórica de 1853/1860 existían dos institutos de emergencia: a) el estado de sitio, aplicable tanto a los supuestos de ataque exterior como de conmoción interior (art. 23); y b) la intervención federal a las provincias (art. 6) procedente para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, a requerimiento de las autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia,

Luego de la reforma de 1994 se han admitido dos tipos más de situaciones de emergencia: a) las que dan lugar a la delegación legislativa (art 76); y b) las que autorizan la emisión de decretos de necesidad y urgencia<sup>36</sup>. Debemos, sin embargo, efectuar la aclaración de que la emergencia no es el único supuesto habilitante de esta última competencia pues pueden darse otros como, p. ej., el cambio de signo monetario.

---

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1º edición, 1992, p. 196.

<sup>36</sup> GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p.390

Los institutos de emergencia tienen dos características: a) acrecientan ciertas competencias de los órganos estatales; y b) provocan una restricción de derechos y garantías fundamentales.

Pero, como bien ha señalado la CSJN, el poder de policía de emergencia no nace fuera de la CN, sino dentro de ella ("*Rinaldi*", 2007<sup>37</sup>) por lo que en estas situaciones es posible el ejercicio de ese poder de policía en forma más enérgica que lo admisible en períodos de sosiego y normalidad.

En la emergencia sanitaria del Covid 19, se ha acrecentado el poder del órgano ejecutivo y otros órganos administrativos a los que se les han delegado competencias y se han restringido derechos y garantías individuales (de propiedad, de comercio y trabajo, de tránsito, etc.), pero ello lo ha sido con la finalidad proteger la salud pública.

**Resulta oportuno recordar que, aun en tiempos de normalidad los derechos reconocidos por la constitución no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, siempre que esa reglamentación resulte razonable.**

En tal sentido se ha definido el poder de policía como la facultad del Estado de limitar el ejercicio de los derechos individuales en pos del aseguramiento de determinadas finalidades. Se ha distinguido el concepto europeo de *narrow* que comprende la seguridad, la salubridad y la moralidad del concepto *broad and plenary* del derecho norteamericano que agrega el bienestar general.

Desde sus inicios la Corte definió el poder de policía reconociéndolo a favor de las provincias como poder reservado para proveer lo conveniente en materia de seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, pudiendo lícitamente dictar leyes a tales fines, en el entendimiento de que el artículo 14 de la Constitución Nacional no ha garantizado a sus habitantes el derecho de ejercer su industria y profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio ("*Plaza de Toros*", 1869<sup>38</sup>).

En el mismo sentido, el Tribunal Címero convalidó la suspensión dispuesta por la legislatura de la Provincia de Buenos Aires de las faenas de los saladeros situados a la vera del Riachuelo por afectar a la salud

<sup>37</sup> *Fallos*, 330: 855.

<sup>38</sup> *Fallos*, 7: 150

pública, no pudiendo invocarse una violación al derecho de propiedad y el ejercicio de una industria lícita, por cuanto esos derechos estaban sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (*“Los Saladeristas Podestá y otros”, 1887*<sup>39</sup>).

Décadas después la Corte admitió el poder de policía de emergencia, considerando que, ante la existencia de una crisis o de un grave trastorno social, originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos, etc., la potestad reglamentaria del Congreso para afrontar los daños y riesgos se intensifica. Dijo el Tribunal: *“No se trata de que la emergencia cree un nuevo poder; simplemente autoriza a ejercer con mayor energía un poder ya existente. Acontecimientos extraordinarios demandan remedios también extraordinarios”* (*“Russo”, 1959*<sup>40</sup>).

Las pautas para el ejercicio de los poderes de emergencia fueron sentadas por la Corte en *“Avico”*<sup>41</sup> (1934) y reiteradas en pronunciamientos posteriores y son: a) la efectiva existencia de una situación de emergencia declarada por el órgano competente; b) cumplimiento de fines públicos; c) transitoriedad de la regulación excepcional; y d) razonabilidad del medio elegido.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia, como es sabido, se introdujeron en nuestra Constitución Nacional en 1994, para plasmar en el texto supremo una práctica constitucional que la realidad política y jurídica evidenciaban, con el propósito de reglamentarla y limitar el poder del órgano presidencial. De este modo quedó zanjado el debate sobre su constitucionalidad (los que la postulaban contaban con el apoyo de la jurisprudencia de la Corte Suprema; mientras que los que la cuestionaban consideraban que violaban el principio de separación de poderes).

De acuerdo al artículo 99, inc. 3° de la CN, el PEN no puede en ningún caso emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable. Sin embargo, lo autoriza a dictarlos cuando medien circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites previstos en la Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulan la materia penal, tributaria, electoral o del

---

<sup>39</sup> *Fallos*, 31: 273

<sup>40</sup> *Fallos*, 243: 467

<sup>41</sup> *Fallos*, 162:21

régimen de los partidos políticos. La referencia a “ningún caso”, como es obvio, alude a supuestos de normalidad, pues los DNU deben dictarse ante “circunstancias excepcionales” que hagan imposible seguir la tramitación constitucional establecida para la elaboración y sanción de las leyes, y consisten en las “razones de necesidad y urgencia”. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que la Corte Suprema ha interpretado en varios supuestos.

Por otra parte, la previsión contiene expresamente la referencia a materias que integran la zona de reserva legislativa que quedan excluidas de esta competencia excepcional del PEN.

En suma, los extremos que justifican el dictado de los DNU, deben coexistir y están dados por:

a) una imperiosa necesidad que ponga en peligro la subsistencia o continuidad del Estado o suponga un grave riesgo social y torne inevitable su dictado para evitar consecuencias ulteriores irreparables o de difícil reparación;

b) proporcionalidad entre las medidas que contempla el DNU y los fines perseguidos; y

c) la premura con la que deben dictarse las medidas para prevenir o evitar los daños en el tejido social.

La decisión debe adoptarse en acuerdo general de ministros, refrendado por todos ellos y por el Jefe de Gabinete y sometido a la Comisión Bicameral Permanente, por este último en el plazo de diez (10) días, para luego seguir el trámite previsto por la Ley N° 26.122.

Entendemos que los DNU dictados durante la pandemia cumplen con los extremos que la doctrina de nuestra Corte Suprema ha establecido en cuanto a su procedencia formal.

En efecto, si bien nuestro Alto Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de reglamentos de contenido materialmente legislativo, antes de la reforma de 1994, nos interesa destacar la adecuación de estos instrumentos normativos a dos fallos posteriores a ella.

Uno es el precedente “*Verrocchi*”<sup>42</sup> de 1999, en el cual dijo el tribunal que el Poder Ejecutivo no se encontraba facultado para dictar

---

<sup>42</sup> *Fallos*, 322: 1726

disposiciones de carácter legislativo, **salvo circunstancias excepcionales tales como que el Congreso no pudiera reunirse por razones de fuerza mayor o que la situación que requiriese solución fuera de tal urgencia** que no permitiera aguardar el dictado de una ley por parte del Congreso.

El otro es “*Consumidores Argentinos*”<sup>43</sup> de 2010, en el cual la Corte, reforzó la doctrina “Verrocchi” descartando “**criterios de mera conveniencia**” pues la **Constitución Nacional no habilita al Poder Ejecutivo a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto.**

Difícilmente podrían cuestionarse seriamente los DNU dictados durante la pandemia del COVID 19, so pretexto de su falta de adecuación a la doctrina cortesana. En verdad la propia dinámica de la crisis sanitaria obliga a dar respuestas casi inmediatas.

Por lo demás, dichos reglamentos están sujetos al control político del Congreso, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 26.122 y, por supuesto, al control judicial.

Aquí queremos detenernos para efectuar dos reflexiones adicionales.

### 5.1. Las falsas disyuntivas

Se han presentado en el debate político y jurídico así como en el análisis de ciertos medios de comunicación dilemas o disyuntivas falsas entre “salud vs libertad”, “salud vs educación”, “salud vs propiedad o vs libertad de trabajar, de comerciar de ejercer industria lícita”, etc.

¿Por qué entendemos que se trata de falsas disyuntivas?

Porque todos esos derechos fundamentales son, a la vez, principios. Una norma-principio tiene que ser cumplida “en la mayor medida de lo posible” y asume el carácter de “mandato de optimización”, dependiendo de las condiciones jurídicas y fácticas<sup>44</sup>. Las normas-principio

---

<sup>43</sup> *Fallos*, 333: 633

<sup>44</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª edición, 2008, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, ps. 137-138.

no pretenden establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación pues son abiertas y su aplicación variable, por cuanto poseen una dimensión de peso o importancia, ausente en las normas-regla<sup>45</sup>. Se trata, parafraseando a DWORKIN de “una cuestión de principios”<sup>46</sup>.

En cambio, una “norma-regla”, que constituye un “mandato definitivo” y se aplica mediante la subsunción debe ser cumplida o incumplida<sup>47</sup>; no resulta “optimizable”. Si dos o más reglas imputan a los mismos hechos consecuencias jurídicas distintas, la *antinomia* así generada, será resuelta mediante los criterios clásicos de jerarquía (la ley superior predomina sobre la inferior), cronológico (la ley posterior deroga a la anterior) y de especialidad (la ley especial prima, sobre la general).

Estos criterios no son útiles para resolver los conflictos entre principios, porque todos tienen la misma jerarquía, no existe prevalencia temporal entre ellos y la amplitud e indeterminación de sus contenidos impide hablar de especialidad.

En estos casos el método adecuado es el de la ponderación pues permite comparar los derechos fundamentales en conflicto y establecer pautas racionales que nos indiquen cuál de ellos debe prevalecer en un caso concreto por tener un “peso” mayor y cual otro deberá ser desplazado en esa ocasión por “pesar” menos.

El juicio de ponderación, también llamado máxima de proporcionalidad<sup>48</sup> está compuesto, a su vez por tres subprincipios o etapas: a) adecuación, b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto.

La adecuación supone evaluar si la medida dictada es apta para alcanzar el fin perseguido: supone un juicio de idoneidad o de eficacia.

La necesidad procura examinar si la medida adoptada es la menos restrictiva de los derechos del particular, entre todas las eficaces. Exige,

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, traducción de Marta Guastavino, p. 77.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI, 2014, 1ª edición, traducción española.

<sup>47</sup> ALEXÝ, Robert, *El concepto y validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, traducción de Jorge M. Seña, p. 75.

<sup>48</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo” en ORTEGA, Luis-DE LA SIERRA, Susana [Coords.], *Ponderación Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 71).



entonces, analizar si el medio escogido es el “menos gravoso” en relación al derecho afectado o bien verificar si la medida escogida se limita a restringir el derecho en lo necesario para el logro de la finalidad. Supone un juicio de eficiencia. En ese orden, la declaración de estado de sitio durante la pandemia, amén de no verificarse en supuesto de “conmoción interior”, hubiera resultado eficaz para evitar contagios, pero, sin lugar a dudas, ineficiente por excesivamente gravosa en términos de restricción de derechos básicos.

La proporcionalidad en sentido estricto supone “balancear” por un lado, los beneficios que representa para el interés público la medida adoptada y, por el otro, la restricción impuesta a los derechos por ella, de modo tal que los medios guarden una *relación razonable* con el fin buscado.

El pronunciamiento de la Corte ante la presentación de la CABA impugnando el DNU 241/21 por el que se dispuso la suspensión de las clases presenciales ante el dramático crecimiento de contagios y muertes, precisamente, y aunque no vamos a entrar a su análisis en detalle, incurre, a nuestro modo de ver, en este error de no efectuar la ponderación de los derechos fundamentales en juego (la salud y la educación), cuando ni siquiera se trataba en el caso más que de una restricción de esta última en cuanto a la presencialidad y de manera temporaria.

La Corte puso un innecesario acento en la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y expuso que el Estado Nacional “...*debió explicar, más que en cualquier otro acto dado el contenido concreto de su regulación, los antecedentes que la llevaron a ejercer la competencia invocada, explicitando además la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad*”.

La conclusión de que la medida es “desproporcionada” sin haber llevado a cabo la Corte el juicio de ponderación, aparece así y cuanto menos, como errónea e injustificada.

La medida resultaba proporcionada, por cuanto respetaba el test de ponderación en sus tres etapas: la adecuación o idoneidad frente al fin perseguido (preservar la salud disminuyendo la circulación y con ello la posibilidad de contagios); la necesidad (pues se optó por la medida menos restrictiva del derecho a la educación: el dictado de

clases remotas o virtuales) y la proporcionalidad en sentido estricto (ya que se preservaban el derecho a la salud -estrechamente conectado con el derecho a la vida- y el derecho a la educación restringido sólo en cuanto a la presencialidad). En otras palabras, las ventajas derivadas de la protección al derecho a la salud compensaban, con creces, la restricción causada por esa medida tuitiva. El Máximo Tribunal, en el mejor de los casos, ha efectuado un control de mera razonabilidad, desentendiéndose de las circunstancias fácticas que rodeaban al caso.

Y si bien la Corte Suprema no ha adoptado en su plenitud la doctrina de la ponderación, lo que resulta llamativo por la recepción plena que de ella ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos había elaborado una doctrina superadora del tradicional test de razonabilidad, que prescinde de las circunstancias fácticas del caso, a través de la exigencia del “interés estatal urgente” como pauta legitimadora de la restricción a un derecho fundamental (caso “*Repetto*”<sup>49</sup> de 1988).

O bien, pudo haber echado mano a la doctrina que sentara en los pronunciamientos dictados en “*Hoof*”<sup>50</sup>(2004), y en “*Gottschau*”<sup>51</sup> (2006) En ambos el máximo tribunal se abocó a analizar la razonabilidad de normas que exigían, en el primer caso, ser argentino nativo o hijo de argentino nativo para acceder al cargo de Juez de Cámara (Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y; en el segundo, la condición de argentino nativo o naturalizado como requisito para poder concursar al cargo de Secretario de Juzgado de 1° Instancia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En su discurrir, la Corte partió, invariablemente, de la circunstancia de hallarse ante normas con presunción de inconstitucionalidad, en las que no basta acudir al mero criterio de razonabilidad entendido como “adecuación de medios a fines”; se exige un plus: los fines deben ser *sustanciales* y no meramente *convenientes* y los medios deben, no sólo promoverlos efectivamente, sino que ha de indagarse si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la norma cuestionada.

---

<sup>49</sup> *Fallos*, 311: 2272.

<sup>50</sup> *Fallos*, 327:5118

<sup>51</sup> *Fallos*, 329:2986

En estos casos el tribunal declaró haber adoptado “...un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de impugnación de normativa que goza de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales que gozan de presunción inversa” (del “Considerando” N° 5 de “Gottschau”).

Acaso el respeto a la doctrina que surge de estos pronunciamientos hubiese conducido a la Corte a arribar a una solución distinta?

Es imposible saberlo.

Lo que sí consideramos es que, en los propios términos de la jurisprudencia del Alto Tribunal: a) mediaba un “interés estatal urgente”, b) los fines perseguidos (la protección del derecho a la salud) eran sustanciales; y c) no nos encontrábamos ante una “categoría sospechosa”.

## **5.2. Un Estado Social y Constitucional de Derecho atendiendo a una emergencia sanitaria no es lo mismo que un Estado Administrativo y Sanitario de Excepción**

Una consideración aparte nos merece la descalificante y peligrosa idea, lanzada desde la doctrina y medios de comunicación, de que estaríamos transitando un “Estado Sanitario y Administrativo de Excepción”.

Esta opinión, bastante generalizada, entendemos, está conectada con el escrito de Giorgio AGAMBEN publicado al inicio de la crisis sanitaria titulado “La invención de una epidemia”<sup>52</sup>, donde el filósofo italiano sostiene que la epidemia es una excusa de los Estados para declarar un estado de emergencia que les dé facultades extraordinarias para obtener más poder.

Se asevera así, que nos encontraríamos en un “Estado Sanitario” porque todas las decisiones, aun cuando no instrumenten medidas estrictamente sanitarias, pretenden justificarse en la protección a la salud pública. Y es al amparo de la salud pública que se pueden cometer violaciones a los derechos fundamentales de las personas. Por otra

---

<sup>52</sup> Incluido en la obra colectiva: *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*, disponible en <http://iips.usac.edu.gt>

parte se trataría de un “Estado-Administrativo” porque todo su peso descansa en el aparato administrativo, el que debe dar cumplimiento a las normas que él mismo dicta, autoatribuyéndose toda clase de facultades con altas dosis de discrecionalidad.

En nuestra opinión no hay tal Estado Sanitario y Administrativo<sup>53</sup>. En todo caso se trata de un Estado Social y Constitucional de Derecho, abocado a atender una emergencia sanitaria.

La discrecionalidad de la que, se acusa, gozaría la Administración de este tipo de Estado, no es distinta de la que se encuentra investida en tiempos de normalidad, dada la compleja y fluctuante atención de necesidades que debe atender el Estado Social, y proviene de normas programáticas o normas de fin, por las cuales el legislador deja “espacios abiertos” a la actuación del administrador para una más eficaz consecución de los fines públicos.

Por lo demás, toda esta actuación ha estado predeterminada por “juicios técnicos” (la mal llamada “discrecionalidad técnica”), proporcionados por la Medicina la que si bien no puede proveer al administrador de soluciones unívocas, menos ante una enfermedad nueva como el Covid 19, al menos le suministra alternativas probables o tolerables que acotan su margen de discrecionalidad y, a la vez, le brindan fundamento a lo decidido.

## 6. CONCLUSIÓN

Para finalizar, acudimos a una frase de Kant que extraemos de uno de sus relevantes ensayos que nos parece de suma elocuencia en relación al tema tratado:

---

<sup>53</sup> Coincidimos, en cambio, con la idea de que el paso al Estado Social y Democrático de Derecho supone un “Estado Administrativo”, es decir, esencialmente prestador porque debe ejecutar materialmente muchas acciones que permitan a los ciudadanos un estándar mínimo que asegure su dignidad y realización de su proyecto de vida o “procura existencial” (ver: ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, ps. 34-40).

*“El Derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de que esa libertad concuerde con la libertad de todos, en tanto esa concordancia es posible según una ley universal; y el Derecho Público es el conjunto de leyes externas que hacen posible tal concordancia universal”<sup>54</sup>.*

---

<sup>54</sup> KANT, Immanuel, *Teoría y Praxis*, Leviatán, Buenos Aires, 1º edición, 1984, traducción de Carlos Correas, p. 41.

---

# LAS MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE DERECHO

---

ELDA BEATRIZ SÁNCHEZ RAPELA<sup>1</sup>  
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 246-259  
Recibido: 30/8/2021 - Aceptado: 10/9/2021

**Resumen:** Este trabajo busca mostrar que la incorporación de medidas de discriminación positiva se relaciona en forma estrecha con el principio de igualdad.

Las medidas afirmativas tienen como finalidad brindar un trato preferencial a los integrantes de grupos que han sido objeto de un trato excluyente sistemático e histórico. En dichos supuestos, el principio de no discriminación, podría constituirse en un instrumento perpetuador y reforzador de situaciones de desigualdad estructural.

El Estado, en tanto organizador del consenso, construye solidaridades colectivas, que suelen velar las rasgaduras estructurales de la sociedad y sus sesgos. Para que las mediaciones entre Estado y sociedad no se limiten a un mero discurso deben encontrar sustento en una ideología de igualdad.

Únicamente el carácter instituyente de la política tiene la capacidad de lograr este objetivo. Es así, como las políticas públicas deben encontrarse encaminadas a implementar medidas de discriminación positiva que permitan la inclusión de la otredad.

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA), Cuadro de honor (1984). Licenciada en Ciencia Política (UBA), Diploma de honor (2017). Diplomatura en el Programa de Formación en Abogacía del Estado, con orientación en Asesoramiento Jurídico del Estado, (ECAE, 2020). Asesora legal y colaboradora en la elaboración de políticas públicas de Integridad en la Dirección de Transparencia Institucional del Ministerio de Defensa.



De esta forma se lograría avanzar en la materialización de una democracia en sentido material, donde la otredad ocupe un lugar de igual relevancia que la mismidad.

**Palabras clave:** Igualdad - medidas positivas - Estado - otredad

**Abstract:** This paper seeks to show that the incorporation of affirmative action measures is closely related to the principle of equality.

The purpose of affirmative measures is to provide preferential treatment to members of groups that have been subject to systematic and historical exclusionary treatment. In such cases, the principle of non-discrimination could become an instrument that perpetuates and reinforces situations of structural inequality.

The state, as an organizer of consensus, builds collective solidarities, which tend to veil the structural rifts of society and its biases. In order for mediations between state and society not to be limited to mere discourse, they must be underpinned by an ideology of equality.

Only the instituting character of politics has the capacity to achieve this goal. Thus, public policies must be aimed at implementing positive discrimination measures that allow for the inclusion of otherness.

In this way, progress could be made towards the materialization of a democracy in a material sense, where otherness occupies a place of equal relevance to sameness.

**Keywords:** Equality - positive measures - state - otherness

---

## INTRODUCCIÓN

La incorporación de medidas de discriminación positiva en las políticas públicas del Estado Nacional (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional) se relaciona en forma estrecha con el principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional).

Estas medidas, sin embargo, han sido severamente criticadas por un sector de la doctrina, por grupos de poder e incluso por gran parte de la sociedad, habiendo sido asociadas en forma peyorativa a los conceptos de: “clientelismo”, “favoritismo” o “populismo”, lo que exige primero definir el concepto, buscar su fundamento en el principio de igualdad, haciendo especial hincapié en la interpretación de dicho

principio conforme lo dispuesto en los artículos 16 y 75 inciso 23 de la Constitución Nacional; para luego analizar si las críticas efectuadas tienen validez jurídica.

A continuación, se analizará si existen en el plexo normativo herramientas legales que las hayan contemplado y por último se opinará sobre la concordancia de dichas medidas afirmativas con el principio de juridicidad.

## **LAS MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Saba define las medidas afirmativas como las regulaciones o políticas estatales que tienen como finalidad brindar un trato preferencial a una persona por ser ella parte integrante de un grupo de individuos que ha resultado – y sigue siendo – víctima de un trato excluyente, sistemático e histórico.<sup>2</sup> Como ejemplo, señala el trato recibido por los afrodescendientes en los Estados Unidos durante casi dos siglos desde la época en la que se permitía la esclavitud hasta la década de 1950, según el cual se los excluía de una enorme cantidad de ámbitos relevantes para desarrollar sus planes de vida, tales como la política, la educación, la salud, el transporte, etc.

En ese contexto aclara que las políticas de acción afirmativa tienen como objetivo dar a los integrantes de esos grupos un trato preferencial de modo de revertir la práctica de exclusión.<sup>3</sup>

Refiere el autor, que la noción de igualdad que manejan nuestras constituciones liberales es compleja ya que no se agota exclusiva y excluyentemente en la premisa de la no-arbitrariedad del trato desigual, sino que a dicha noción debe sumarse la de igualdad como no sometimiento, asociada esta última al imperativo moral que se opone a la esclavitud o a la instalación de un sistema de castas.

Cabe aclarar que, si bien las medidas de discriminación positiva pueden entrar en conflicto con la noción de igualdad como trato

---

<sup>2</sup> SABA, Roberto, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), Fundación Equitas, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013, pp. 85-125.

<sup>3</sup> SABA, ob. cit.



desigual, de manera alguna esto significa que ambas nociones resulten incompatibles.

El artículo 16 de la Constitución Nacional hace referencia a la idoneidad como condición exclusiva para acceder a los empleos, la que evoca el principio de igualdad como no discriminación. Esto ha llevado a gran parte de la doctrina y la jurisprudencia a entender las obligaciones estatales derivadas del derecho a la igualdad de trato ante la ley, como destinadas a evitar tratos desiguales arbitrarios. Si bien esta interpretación no es incorrecta, resulta incompleta, ya que presupone la inexistencia de grupos sojuzgados, excluidos o sometidos.<sup>4</sup>

En 1994, la incorporación del artículo 75 inciso 23 a la Constitución Nacional, que importa la facultad y obligación del Congreso de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos, volvió explícita la necesidad de combinar el principio de no discriminación con el de no sometimiento ante la exigencia de que en el supuesto de existir situaciones de exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, el Estado no pudiese actuar como si ellas no existieran.<sup>5</sup>

Esto significa que la razonabilidad de medio a fin, sólo debe aplicarse en condiciones de igualdad que no operan cuando un grupo es sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos como el mercado laboral, la política o la educación. En este supuesto, el Estado se encuentra obligado a tomar acciones positivas que tengan por objeto dismantelar los obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades en sentido real.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos diferencia entre “distinguir” y “discriminar” aclarando que el primer término se empleará para lo admisible en función de lo razonable, proporcional y objetivo mientras el segundo se utilizará para hacer referencia a toda exclusión restricción o privilegio que no sea objetivo o razonable. En consecuencia, no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de trato del estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y

---

<sup>4</sup> SABA, ob. cit.

<sup>5</sup> SABA, ob. cit.

expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas.<sup>6</sup>

Es por ello, que el principio de no discriminación, no refleja correctamente la aspiración igualitaria del artículo 16, vista desde la Constitución convencionalizada, ya que ateniéndonos únicamente a dicha noción, perdemos de vista la obligación estatal de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *real* igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. (Artículo 75 incisos 22 y 23 de la CN)

A lo dicho, cabe agregar, de que en el supuesto de que no se den las condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento, el principio de no discriminación podría constituirse incluso en un instrumento perpetuador y reforzador de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural.

Varios de los grupos sojuzgados han sido especialmente nombrados por la propia norma constitucional. Es así, como las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad deben ser objeto de dichas medidas de discriminación positiva. Pero no son los únicos, a ellos deben sumarse, a modo de ejemplo el colectivo LGTBQ<sup>7</sup> y los sectores vulnerables en situación de indigencia, entre otros.

Sostiene Alicia Ruiz, que el derecho constituye un discurso social y como tal dota de sentido a las conductas de los seres humanos, creando subjetividades y operando como legitimador del poder. Este discurso performativo, cada vez que consagra una acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y como éste se distribuye en la sociedad.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Opinión Consultiva OC -18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, puntos 82 al 96 en SABA, ob.cit.

<sup>7</sup> La sigla LGTBQ significa lesbiana, gay, bisexual, transgénero y queer (en proceso de averiguarlo).

<sup>8</sup> IGLESIASSKULJ, Agustina, *Género(s) y Derecho: Desafíos para les abogades del Estado*. Consultado el 28-11- 2020. Disponible en: <https://broquel.ptn.gov.ar/broquel/2020/11/13/generos-y-derecho-desafios-para-les-abogades-del-estado/>

También los multimedios transmiten y reproducen discursos, que crean subjetividades, que desde una perspectiva gramsciana, podrían ser interpretados como el medio a través del cual los grupos de poder instauran la hegemonía.

Esta situación, ha llevado a que parte de la sociedad, interprete que la incorporación de medidas positivas en las políticas públicas implica una acción de favoritismo hacia ciertos sectores, con el único objetivo de conseguir clientelismo político.

Lo expuesto precedentemente, se ve reforzado, en el caso de los sectores vulnerables, por un sentimiento de aporofobia, el rechazo al pobre<sup>9</sup>, también incentivado por los multimedios, en los que la pobreza es presentada como una elección y no como una situación de desigualdad estructural, producto de un sistema neoliberal a nivel global, que exige ser revertida a través de políticas públicas que tengan como objetivo primordial devolver a esos colectivos su dignidad.

Tal como explica Mouratian, el mundo unipolar, en el que la diversidad y la otredad tendían a ser negadas, empieza a revertirse en el siglo XXI, en el que grupos históricamente sojuzgados pretenden deconstruir el modo hegemónico de entender lo identitario. Y tal como ha señalado la feminista Nancy Fraser, estas luchas por el reconocimiento de la diferencia son indisolubles de la lucha por la igualdad y la redistribución económica.<sup>10</sup>

En consecuencia, entendemos que las políticas públicas deben encontrarse encaminadas al enorme desafío de implementar medidas que permitan la inclusión de la otredad.

La política es la actividad que tiene por principio la igualdad. La política sólo existe cuando dicha igualdad se torna efectiva ya que la igualdad es condición no-política de la política.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> CORTINA, Adela, *Aporofobia el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona: Paidós: Estado y Sociedad, 2017.

<sup>10</sup> MOURATIAN, Pedro, *La igualdad y la no discriminación en el quehacer del estado*. Disponible en: <https://broquel.ptn.gob.ar/broquel/2020/11/13/generos-y-derecho-desafios-para-les-abogades-del-estado/>

<sup>11</sup> KRONZONAS, David E., *La Política como manifestación de la parte de los sin parte. Reflexiones en torno a la propuesta de Jacques Ranciere*. Disponible

Es así, como la conquista de derechos por parte de las mujeres, los colectivos de la diversidad sexual, el afrodescendiente, el indígena y demás grupos históricamente negados dio paso a un nuevo paradigma que busca conciliar la reivindicación de la diferencia con la conquista de la igualdad.

Es a través de la existencia de esta parte de los sin parte, de esa nada que es todo, que la comunidad existe como comunidad política dividida por un litigio fundamental que refiere a la cuenta de sus partes, antes de referirse a sus derechos. Hay política cuando la lógica natural de la dominación es atravesada por el efecto de la igualdad, cuando la cuenta de las partes y facciones de la sociedad es perturbada por la inscripción de una parte de los sin parte.<sup>12</sup>

Esto tiene que ver no sólo con propiciar la igualdad discursiva y jurídica sino con propender a la conformación de un sistema socioeconómico que garantice el reconocimiento y acceso a derechos por parte de toda la comunidad en igualdad de condiciones, en el entendimiento de que resulta imposible que la diversidad se constituya efectivamente si no se compatibiliza con una igualdad real, en todas sus formas, jurídica y económica.<sup>13</sup>

Es en este contexto, que puede comprenderse la emergencia de los movimientos sociales que se plantean las temáticas de la igualdad desde la perspectiva de la diferencia, reivindicando y reclamando al Estado no sólo que garantice la igualdad en sentido formal sino que además reconozca la diferencia como aspecto estructurante de sus demandas<sup>14</sup>.

Es esta igualdad quien define y diseña una comunidad que deberá suponer su existencia real para explicar la desigualdad.<sup>15</sup>

De ahí, el carácter instituyente de la política, en tanto es quien incorpora en su agenda a sectores de la población antes excluidos.

---

en: <https://broquel.ptn.gob.ar/broquel/2020/10/31/revista-broquel-n7-recuperar-al-estado-para-engrandecer-la-patria/>

<sup>12</sup> KRONZONAS, ob. cit.

<sup>13</sup> MOURATIAN, ob.cit.

<sup>14</sup> MOURATIAN, ob.cit.

<sup>15</sup> KRONZONAS, ob.cit.

Atento lo expuesto, resulta imperioso como comunidad comprender que no habrá democracia donde todos seamos lo mismo sin que existamos con los otros.<sup>16</sup>

Constituyen un avance en tal sentido:

- Ley 25.689. Sistema de Protección Integral de Discapacidad. (B.O. 3-1-03)<sup>17</sup>

Esta ley fijó un cupo del 4% para las personas con discapacidad en todo el ámbito del Estado Nacional y estableció responsabilidades para los funcionarios en caso de incumplimiento.

Sin embargo, cabe acotar que dichos cupos no han sido respetados. Según:

“SinREDI - Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad Asociación Civil (...) ha operado un retroceso en el cumplimiento del cupo laboral para personas con discapacidad. Según esta organización, el Plan Nacional de Discapacidad brilla por su ausencia. El porcentaje de personas con discapacidad empleadas en el estado era de 0,91% en diciembre de 2017, mismo valor que hace dos años. Está muy lejos de la meta del 2% para 2019 fijada en el Plan Nacional de Discapacidad, y lejísimos del 4% del que exige la Ley N° 25.689. A su vez, la cantidad de Jurisdicciones Ministeriales, Organismos Descentralizados y Universidades Nacionales que informan sobre el Cupo laboral es cada vez menor desde que se inició el Plan Nacional de Discapacidad. Por su parte, la cantidad de personas con discapacidad certificada en empleos públicos se redujo en 454 personas entre diciembre de 2015 y diciembre de 2017”<sup>18</sup>

<sup>16</sup> KRONZONAS, David, *La Contingencia, ausencia de fundamento último y requisito para una comunidad de los otros*. Disponible en: <https://broquel.ptn.gob.ar/broquel/2020/11/13/la-contingencia>

<sup>17</sup> Ley 25.689. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81041/norma.htm>

<sup>18</sup> REDI - Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad Asociación Civil - I.G.J.N° 000754 Contacto de prensa: Tel. 011-4981-1428/ 15-5667-0788 [www.redi.org.ar](http://www.redi.org.ar) [rediderechos@yahoo.com.ar](mailto:rediderechos@yahoo.com.ar) *Retroceso en el cumplimiento del cupo laboral para personas con discapacidad El Plan Nacional de Discapacidad brilla por su ausencia*. Disponible en: <http://www.redi.org.ar/Que-hacemos/Derecho-al-trabajo/Retroceso-en-el-cumplimiento-del-cupo-laboral-para-personas-con-discapacidad.pdf>

• La Ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional, Ley 26.854 (B.O. 30-4-13)<sup>19</sup> acorde con lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye un recurso sencillo y rápido para la tutela de derechos con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo.<sup>20</sup> Esta norma procesal resulta la primera en reconocer en forma expresa la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, en lo que refiere a la cuestión bajo análisis, otorga especial y diferenciada protección a sectores socialmente vulnerables en el punto 2.2. De esta manera recoge los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos.<sup>21</sup> Es por ello, que dicha normativa merece ser aplaudida en tanto implica la alineación del ordenamiento interno a las exigencias impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos y la concretización del principio de igualdad en los términos que lo entiende la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la dispensa de un trato diferente a quienes se encuentran en situaciones distintas.<sup>22</sup>

Cabe aclarar, sin embargo, que esta ley ha recibido severas críticas de parte de la doctrina<sup>23</sup>, que incluso ha tachado de inconstitucional

<sup>19</sup> Ley 26.854. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=212680>

<sup>20</sup> LOPEZ, José Ignacio, *Medidas cautelares frente al Estado, Descripción y criterios jurisprudenciales sobre la ley nacional 26.854*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/jose-ignacio-lopez-medidas-cautelares-frente-al-estado-dacf160014-2015-11/123456789-0abc-defg4100-61fcanirtcod?q=%20tema%3Areforma%3Fjudicial%3F%3Freforma%3Fde%3Fla%3Fjusticia%3F&o=1&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%257>

<sup>21</sup> CABRAL, Pablo Octavio, *Las leyes de Responsabilidad del Estado y de medidas Cautelares contra el Estado frente al principio de progresividad de los derechos sociales*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/pablo-octavio-cabral-leyes-responsabilidad-estado-medidas-cautelares-contra-estado-frente-al-principio-progresividad-derechos-sociales-dacf160003-2015-11/123456789-0abc->

<sup>22</sup> CSJN, *Institutos Médicos Antártida s/ quiebras/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)*; CSJN, 26 -3-19 Id SAIJ: FA19000045. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-institutos-medicos-antartida-quiebras-inc-verificacion-raf-lrh-fa19000045-2019-03-26/123456789-540-0009-lots-eupmocsollaf; Fallos 342:93; 342:411>.

<sup>23</sup> ABALOS, María Gabriela, *El activismo Judicial y las medidas cautelares contra el Estado en clave convencional*. Disponible en: <https://www.ptn.gob.ar/images/files/Revista%20ECAE%20Diciembre%202017.pdf>

varios de sus artículos, por entender que al reconocer un trato desigual genera excepciones que no deberían ser tales, sino constituir una regla.<sup>24</sup>

Esta postura pone en evidencia la resistencia irreductible de ciertos sectores para comprender que “aceptar la diferencia” constituye una cuestión de trato igualitario.

- El decreto 721/2020 – DCTO-2020-721-APN-PTE- Cupo laboral (B.O. 4- 9.2020)<sup>25</sup>, que fija el cupo del 1% para el colectivo travesti\*trans en todo el sector público nacional en los términos del Artículo 8 de la Ley 24.156 implica un claro triunfo de la igualdad en la diferencia.

Cabe aclarar que las políticas afirmativas exigidas convencionalmente estarán lejos de materializarse, sin una firme voluntad política que disponga la concientización sobre su relevancia y el contralor real de su efectivo cumplimiento con aplicación efectiva de sanciones a funcionarios responsables de su violación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso FURLAN<sup>26</sup> (2012) sostuvo que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a eliminar dicha desigualdad.

## ALGUNAS CONCLUSIONES

En el Estado Formal y Democrático de Derecho, muchas de las herramientas con las que se cuenta, terminan convirtiéndose en meros paliativos formales, que tan solo buscan enmascarar la indiferencia de las clases dirigentes hacia las *poblaciones vulneradas*.

Es por ello que resulta imperiosa la consolidación del Estado Constitucional y Social de Derecho.

<sup>24</sup> ABALOS, ob. cit.

<sup>25</sup> Decreto 721/2020 – DCTO-2020-721-APN-PTE. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/234520/20200904>

<sup>26</sup> CORTE IDH, CASO FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA, SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2012 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)

“Transformada en un pellejo vacío (la expresión es de Horacio Gonzalez) la democracia y sus instituciones, termina por rendirles su tributo a los cultores de la horadación y a los animadores de un proyecto político atravesado por la ideología del “orden”, esa misma que desde tiempos inmemoriales es antagónica al ideal democrático que busca, con dificultades y contradicciones enhebrar libertad e igualdad”.<sup>27</sup>

Las políticas públicas son tomas de posición del estado respecto de cuestiones socialmente problematizadas<sup>28</sup> y forman parte de un proceso social, histórico.

El Estado es organización del consenso en tanto constituyente de solidaridades colectivas que suelen velar las rasgaduras estructurales de la sociedad y los sesgos sistemáticos del primero, legitimando de esta forma sus instituciones.

Esas mediaciones entre estado y sociedad devuelven a esta última su propia contradicción. En consecuencia, para que dichas mediaciones no constituyan un mero discurso deben sustentarse en una ideología de igualdad.

No hay necesidad metafísica de que el Estado medie, pero despojado de sus mediaciones, el Estado mutaría a autoritario, constituyendo la faz de coerción su fracaso como organización del consenso, como legitimación de sus instituciones y como contribución a la hegemonía.<sup>29</sup>

El poder es la condición misma de la emancipación, lo que no significa de manera alguna su erradicación.

Es por ello, que la incorporación de medidas de discriminación positiva en las políticas públicas del Estado Nacional (art. 75 inc. 23) constituye la materialización del principio de igualdad establecido en

<sup>27</sup> Forster, Ricardo, *El Litigio por la Democracia*. Disponible en: <http://cecy-maya.blogspot.com/2011/01/el-litigio-por-la-democracia-por.html>

<sup>28</sup> Oslak y O'Donnell, *Estado y políticas estatales en América Latina: Hacia una estrategia de investigación*, publicado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G. E CLACSO/Nº4, 1981.

<sup>29</sup> O'Donnell Guillermo, *Apuntes Para una Teoría del Estado*. Disponible en: <http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000000/O%20DONNELL%20Guillermo%20-%20Apuntes%20para%20una%20teoria%20del%20estado.pdf>



el artículo 16 de la Carta Magna y tratados internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional. (art. 75 inc. 22) y del principio de juridicidad.

De esta forma, la política abre la puerta “*a la parte de los que no tienen parte*”.

Resta concientizar a la comunidad, de que habrá democracia, únicamente cuando sus integrantes *aprendan a existir con los otros*.

## BIBLIOGRAFÍA

- SABA, Roberto, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, en Augusto Varas y Pamela Diaz-Romero (editores), Fundación Equitas, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013, pp. 85-125
- IGLESIAS SKULJ, Agustina, *Género (s) y Derecho: Desafíos para les abogades del Estado*. Disponible en: <https://broquel.ptn.gov.ar/broquel/2020/11/13/generos-y-derecho-desafios-para-les-abogades-del-estado/>
- CORTINA, Adela, *Aporofobia el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona: Paidós: Estado y Sociedad, 2017.
- MOURATIAN, Pedro, *La igualdad y la no discriminación en el quehacer del estado*. Disponible en: <https://broquel.ptn.gov.ar/broquel/2020/04/13/la-igualdad-y-la-no-discriminacion-en-el-quehacer-del-estado/>
- KRONZONAS, David E., *La Política como manifestación de la parte de los sin parte. Reflexiones en torno a la propuesta de Jacques Ranciere*. Disponible en: <https://broquel.ptn.gov.ar/broquel/2020/10/31/revista-broquel-n7-recuperar-al-estado-para-engrandecer-la-patria/>
- KRONZONAS, David, *La Contingencia, ausencia de fundamento último y requisito para una comunidad de los otros*. Disponible en: <https://broquel.ptn.gov.ar/broquel/2020/11/13/la-contingencia/>
- Ley 25.689. Disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81041/norma.htm>
- REDI - Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad Asociación Civil - I.G.J.N° 000754 Contacto de prensa: Tel. 011-4981-1428/ 15-5667-0788 [www.redi.org.ar](http://www.redi.org.ar) [rediderechos@yahoo.com](mailto:rediderechos@yahoo.com).

ar *Retroceso en el cumplimiento del cupo laboral para personas con discapacidad El Plan Nacional de Discapacidad brilla por su ausencia*. Disponible en: <http://www.redi.org.ar/Que-hacemos/Derecho-al-trabajo/Retroceso-en-el-cumplimiento-del-cupo-laboral-para-personas-con-discapacidad.pdf>

LOPEZ, José Ignacio, *Medidas cautelares frente al Estado, Descripción y criterios jurisprudenciales sobre la ley nacional 26.854*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/jose-ignacio-lopez-medidas-cautelares-frente-al-estado-dacf160014-2015-11/123456789-0abc-defg4100->

CABRAL, Pablo Octavio, *Las leyes de Responsabilidad del Estado y de medidas Cautelares contra el Estado frente al principio de progresividad de los derechos sociales*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/pablo-octavio-cabral-leyes-responsabilidad-estado-medidas-cautelares-contra-estado-frente-al-principio-progresividad-derechos-sociales-dacf160003-2015-11/123456789-0abc-defg3000-61fcanirtcod>

CSJN, *Institutos Médicos Antártida s/ quiebras/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)*; CSJN, 26 -3-19 Id SAIJ: FA19000045. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-institutos-medicos-antartida-quiebras-inc-verificacion-raf-lrh-fa19000045-2019-03-26-/123456789-540-0009-1ots-eupmocsollaf - Fallos 342:93; 342:411>.

ABALOS, María Gabriela, *El activismo Judicial y las medidas cautelares contra el Estado en clave convencional*. Disponible en: <https://www.ptn.gob.ar/images/files/Revista%20ECAE%20Diciembre%202017.pdf>

Ley 16.854. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=212680>

Decreto 721/2020 - DCTO-2020-721-APN-PTE. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/234520/20200904>

CORTE IDH, *CASO FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA, SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)

FORSTER, Ricardo, *El Litigio por la Democracia*. Disponible en: <http://cecymaya.blogspot.com/2011/01/el-litigio-por-la-democracia-por.html>

OSLAK y O'DONNELL, *Estado y políticas estatales en América Latina: Hacia una estrategia de investigación*, publicado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G. E CLACSO/Nº4, 1981.

O'DONNELL, Guillermo, *Apuntes Para una Teoría del Estado*. Disponible en: <http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000000/O%20DONNELL%20Guillermo%20-%20Apuntes%20para%20una%20teoria%20del%20estado.pdf>

---

# MODOS NORMALES Y ANORMALES DE FINALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS (DECRETO 1023/01)

---

MARTÍN CORMICK<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 260-272  
Recibido: 31/8/2021 - Aceptado: 7/9/2021

**Resumen:** El trabajo plantea las deficiencias normativas en materia de modos anormales de finalización de los contratos de bienes y servicios. Tanto en la norma general (Decreto Delegado 1023/01), como en su reglamento (Decreto 1030/16), los modos anormales se encuentran dispersos, poco reglamentados, entre otras cuestiones.

Es por eso que lo que se busca es sistematizar los diferentes procedimientos, incluyendo su reglamentación, jurisprudencia y doctrina. Se analizarán las consecuencias de cada procedimiento, y su razonabilidad y conveniencia.

**Palabras claves:** Contratos Administrativos. Finalización anormal.

**Abstract:** The work raises policy gaps in abnormal ways of ending contracts for goods and services. Both in the general rule (Delegated Decree 1023/01), and in its regulations (Decree 1030/16), abnormal modes are scattered, poorly regulated, among other issues.

That is why what is sought is to systematize the different procedures, including their regulation, jurisprudence and doctrine. The consequences of each procedure, and its reasonableness and convenience, will be analyzed.

**Keywords:** administrative contracts; abnormal ending.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de Contratos Administrativos (UNDAV) y ECAE. Juez Contencioso Administrativo Federal N° 11 Capital Federal.



## INTRODUCCIÓN

En materia de contratos de bienes y servicios, conforme normativa vigente<sup>2</sup>, el objetivo final de todo el procedimiento es contar con la entrega del bien buscado o el servicio prestado. Para ello, luego de determinar cuál es dicho bien o servicio-y demandado a eventuales proveedores en el mercado para que se presenten a un proceso licitatorio, ofrezcan dicho bien o servicio pujando entre sí, uno de ellos gane, se firme el contrato, y, finalmente, con el bien entregado o servicio prestado de conformidad, se facture y abone. Entonces, es claro que lo que la administración pretende es, al final del camino, satisfacer de esta manera el interés público, y, en consecuencia, finalizar el contrato pagando lo facturado.

Para ello, durante la ejecución e incluso posee prerrogativas para modificar el contrato<sup>3</sup>, para aceptar demoras -justificadas o no- de entrega, con sus respectivas sanciones<sup>4</sup>, entre otras. Empero, como dijimos, lo que siempre se pretende es concluir exitosamente el contrato. Así, recibidos los bienes o prestado el servicio, la Comisión de Recepción se constituye para cotejar la identidad entre lo oportunamente ofertado y lo entregado o prestado, y, prestando dicha conformidad, o haciéndolo tácitamente transcurridos diez días<sup>5</sup>, se procede a la facturación y al pago.

Al respecto, en lo que consideramos el modo normal de finalización de un contrato administrativo, se presenta la factura conforme artículo 90 del Decreto 1030/16, procediéndose al pago de la misma en los siguientes 30 días corridos, conforme artículo 91.

## MODOS ANORMALES DE FINALIZACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, no siempre los procedimientos concluyen de esta manera tan virtuosa. Tanto en el Decreto 1023/01 como en su reglamentación por medio del Decreto 1030/16 se establecen una serie de

---

<sup>2</sup> Decreto 1023/01, su reglamentario Decreto 1030/16 y otras normas reglamentarias.

<sup>3</sup> Art. 12 inciso a) Decreto 1023/01

<sup>4</sup> Art.93 del Decreto 1030/16.

<sup>5</sup> Artículo 89 del Decreto 1030/16.

posibles modos anormales de finalización del proceso. Al respecto, lo primero que debe observarse es la dispersión del tema en el articulado.

Lejos de estar en un solo capítulo o en artículos referidos al tema, los modos anormales de finalización del contrato administrativo tienen varios problemas:

a. La primera mención al respecto se efectúa en el artículo 11 del Decreto 1023/01, en tanto se exige el dictado de un acto administrativo para h) La revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación. i) La suspensión, resolución, rescisión, rescate o declaración de caducidad del contrato. En suma, esta enumeración de modos anormales debiera ser la pauta de un posterior desarrollo que, curiosamente, no existe.

b. Más adelante, en el artículo 12, el cual determina las facultades y obligaciones de la administración, establece en el inciso a) la prerrogativa de "...decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas." Posteriormente, en el inciso b) establece, sin haberlo mencionado antes, y más enfocado en los efectos que en la decisión en sí que "La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante." Posteriormente, en otro posible modo anormal de finalización del contrato, encontramos al inciso e), el cual establece que (la administración posee) "e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor."

c. Sin embargo, esta enumeración lejos está de repetirse en el Decreto 1030/16. El decreto que debiera reglamentar lo establecido en el Decreto Delegado 1023/01 -que en estos casos actúa como norma general a ser reglamentada-, omite directamente reglamentar la resolución, la caducidad y la ejecución directa. Por otra parte. En cuanto a la revocación, no aporta sino una repetición de lo ya dicho en el Decreto que debiera reglamentar. Y, posteriormente, desdobra en dos la rescisión: De común acuerdo (art. 97); por culpa del proveedor (art. 98).

d. Finalmente, y para ahondar la confusión, tanto el artículo 29 del Decreto 1023/01 como el 102 inciso d) del Decreto 1030/16 establecen a la rescisión con culpa como una penalidad. Por lo que la rescisión con culpa aparece, en el mismo texto normativo, como una circunstancia accidental conforme artículo 98<sup>6</sup>, y, casi con la misma redacción, como una penalidad en artículo 102, inciso d).

En definitiva, buscaremos clasificar y definir los distintos modos anormales de finalización de los contratos administrativos, intentando ordenar y clarificar lo que se encuentra disperso en la normativa nacional.

### **a. Revocación por razones de Interés Público**

Previo a desgranar cada modo anormal de finalización, debemos tener en claro que todas estas prerrogativas "...son irrenunciables por parte del Estado y ellas no son un privilegio de poder, entendido como resabio de regímenes absolutistas, sino que se trata de una potestad jurídica que tiene el Estado para cumplir con el fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del contrato administrativo de que se trate." (Cardaci Mendez, 2017, p. 146).

Así, la potestad de revocar el contrato -y todas las que veremos sucesivamente- sólo se explican en tanto el acto administrativo que manifieste dicha voluntad se base en razones de interés público que se han modificado respecto del fin perseguido originalmente, por lo que se debe, en consecuencia, modificar – o revocar como en el presente apartado- el contrato que se está ejecutando. Por lo tanto, serán los elementos de dicho acto administrativo -el que resuelve revocar el contrato- el que nos permitan cotejar que el interés público otrora perseguido ya no se advierte, y que, entonces, tampoco es valioso mantener vigente el contrato administrativo.

Debe recordarse que, en una situación similar, aún con el procedimiento adjudicado, pero con el contrato sin firmar, el

---

<sup>6</sup> Así el nombre del Capítulo IV del Título IV (Ejecución y Extinción del Contrato), del Decreto 1030/2016.

procedimiento también puede ser revocado previo al perfeccionamiento del contrato, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 1023/01.

Retomando, estando el contrato en ejecución, y verificándose que se ha modificado el interés público, la administración debe revocar el contrato existente y no destinar un peso más en un fin público que ya no se satisface con dicho contrato. Así, el Dictamen ONC N° IF-2016-04539091-APN-ONC#MM (14-12-16), establece que “II) La cancelación anticipada de la prestación del servicio brindada por el proveedor se encuentra dentro de las prerrogativas de la Administración, en virtud de la cual la autoridad administrativa puede revocar un contrato fundando el ejercicio de dicha potestad en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público. III) Ninguna duda cabe respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público y, valga recordar que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables.”

Al respecto, el artículo 95 establece claramente el alcance de la indemnización, en tanto “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado.” Es lógico y razonable que la administración no continúe con un contrato en donde ya no se persigue el interés público y no indemnice más allá de los daños y gastos acreditados. De otra manera, si tuviera que soportar la totalidad del monto del contrato, ¿cuál sería el sentido de revocar un contrato previamente? Pensándolo desde otra mirada, ¿por qué los contribuyentes debiéramos soportar el cumplimiento -o aun revocado, el pago total- de un contrato que no satisface interés público alguno?



Recordemos que en caso de no haberse suscripto el contrato, la regla es que la administración, conforme artículo 20 del Decreto 1023/01, no eroga monto alguno de indemnización. En sus palabras, “Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes.” Previo a la existencia del Decreto delegado, el Fallo Chillar (Corte Suprema, 1994) entendía que en caso del desistimiento ser intempestivo, y acreditarse gastos concretos, estos podían ser indemnizados. Entendemos y parte de la doctrina también lo hace (Alonso Regueira, 2017, p. 140), que, de reiterarse los presupuestos del citado fallo de la Corte, la responsabilidad precontractual con el límite del daño emergente procedería aún con la redacción del artículo 20.

En definitiva, lo que busca la norma es que la administración no prosiga con un contrato cuya ejecución no le reporta interés público alguno.

## **b. Caducidad**

Al respecto, la caducidad de un contrato administrativo, salvo en la breve mención del artículo 12, “...decretar su caducidad...”, es uno de los modos anormales no reglamentados en el Decreto 1030/16. Sólo se enumera la caducidad del contrato en el artículo 9° que establece las autoridades para dictar los actos administrativos respectivos, y en el 47, que establece la difusión requerida.

Pero, en toda cuestión de fondo, no hay reglamentación alguna sobre caducidad del contrato administrativa. Doctrinariamente, se entiende que la caducidad del contrato administrativo opera en tanto, existiendo obligaciones por parte del contratista, son incumplidas, operando como sanción por esos incumplimientos.

Así, “...la caducidad aparece configurada como la forma de extinción unilateral frente al incumplimiento del concesionario o licenciatario de alguna obligación especial.” (Cassagne, 199, p. 102) Se podría asemejar, en algún aspecto, a la rescisión por culpa del proveedor. No obstante, en algunos contratos específicos se establecen puntualmente presupuestos de caducidad. Así, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (N° 26.522), establece como una de las extinciones de la

licencia la declaración de caducidad<sup>7</sup>, la cual está basada en diversos incumplimientos del licenciatario. Opera, asimismo, como sanción a ser considerada por faltas graves cometidas.

Por su parte, en el Modelo de Licencia de Distribución de Gas aprobado por Decreto 2255/92 se establece en el apartado 10.6 las causales de caducidad de la licencia, las cuales, presentan como procedimiento previo necesario, la intimación a subsanar las deficiencias o incumplimientos. Entendemos que esta es la nota típica del modo anormal de finalización del contrato, en tanto, detectado el incumplimiento, se busca mantener la continuidad contractual. Así, un ya antiguo fallo de la Corte establecía que “la caducidad pone fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, es decir, privando al contratista del ejercicio de los derechos que le habían sido conferidos por el contrato”<sup>8</sup> Se asemeja, en dicho sentido, a lo establecido en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que, en su artículo 21, establecer una intimación previa obligatoria antes de decretar la caducidad de un acto administrativo.

### **c. Resolución**

Otra de las prerrogativas que posee la administración, conforme artículo 12 inciso a) del Decreto 1023/01 es la de dictar la Resolución del contrato. Nuevamente, la resolución no se encuentra reglamentada posteriormente en el Decreto 1030/16. Como ocurre con la caducidad, existen sólo referencias a la Resolución para determinar las autoridades competentes para dictarla como para definir sus modalidades de difusión (arts. 9 y 47 del Decreto 1030/16). En materia de contratos civiles, la resolución, de conformidad con los artículos 1077 y siguientes del Código Civil y Comercial implica necesariamente el incumplimiento de una de las partes, produciendo efectos retroactivos entre las partes, de conformidad con el artículo 1079, inciso b). Dicho incumplimiento, de conformidad con el artículo 1084, debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato.

---

<sup>7</sup> Art. 50, inciso f) Ley 26.522

<sup>8</sup> CSJN, 18/08/1924 “Canal y Puerto del Oeste SA c /Gobierno nacional s/cobro del importe de obras, tierras y mejoras”, Fallos 141:190

Dicho todo esto, lo cierto es que si quien incumple es la administración -esto es, no paga-, el contrato incluso no puede suspenderse, en tanto existe un interés público superior. Esto último, criticado por varios autores (entre otros, García Sanz: 2004, p. 173), y más tolerado por otros (Diana, 2008, p. 2). Así, el artículo 13 del Decreto 1023/01, el contratista tiene “c) la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato.” Por lo tanto, lo primero que debe hacerse para dejar de prestar el servicio es acreditar que la gravedad de los incumplimientos es tal que impiden seguir prestando el contrato. Lo cierto es que, si el incumplidor flagrante es el proveedor, el contrato en cuestión deberá ser rescindido con culpa. Y si es la administración, su principal incumplimiento puede ser monetario, pero dicho incumplimiento jamás tendrá, como en derecho civil, efectos retroactivos para las partes.

#### **d. Rescisión de común acuerdo**

Así como existen algunos términos que están desarrollados en el Decreto 1023-01 pero luego no reglamentados, podemos decir que la Rescisión, conforme el Decreto 1030/16, presenta dos apartados bien diferenciados.

Así, el artículo 97 establece que “La jurisdicción o entidad contratante podrá rescindir el contrato de común acuerdo con el proveedor cuando el interés público comprometido al momento de realizar la contratación hubiese variado y el cocontratante prestare su conformidad. Estos casos no darán derecho a indemnización alguna para las partes, sin perjuicio de los efectos cumplidos hasta la extinción del vínculo contractual.”

Así, pareciera que en estos casos también se ha producido una modificación del interés público que tornan innecesario continuar con el contrato, pero la gran diferencia que se advierte respecto de la revocación, es que aquí debe acreditarse la conformidad del proveedor. Es decir, así como la revocación es un acto unilateral de la administración

que le es notificada al proveedor una vez suscripta, este procedimiento se concluye con un previo acuerdo de ambas partes.

¿Cuáles podrían ser las ventajas de utilizar este procedimiento? En principio, contar con el acuerdo del proveedor presume una mejor relación a futuro que permita contar -eventualmente- con él en otro procedimiento. Por su parte, si bien el proveedor no tiene derecho a indemnización alguna, quedando incluso en desventaja respecto de la revocación, la frase "...sin perjuicio de los efectos cumplidos hasta la extinción del vínculo contractual." permiten vislumbrar algún tipo de acuerdo entre las partes sobre montos adeudados. De no ser así, claro está, ningún proveedor prestaría acuerdo para la rescisión.

### **e. Rescisión con culpa del proveedor**

Sin dudas, es el procedimiento más detallado. Claramente, lo que busca es penalizar a aquel proveedor que, en tanto cometió una conducta disvaliosa, desnaturalizó el contrato, impidiendo su continuidad. Como veremos, entendemos que existe una errónea inclusión de la rescisión con culpa como penalidad. La penalidad, entendemos, será la pérdida de garantía de cumplimiento. E, incuso, puede existir una sanción de suspensión. Pero la rescisión será la consecuencia del accionar disvalioso, que impedirá concluir exitosamente el contrato.

Al respecto, el artículo 98 del Decreto 1030/16 establece una serie de causales para declarar rescindido con culpa el contrato:

- a. Si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes del plazo fijado para su cumplimiento.
- b. Si vencido el plazo de cumplimiento original del contrato, de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que hubiera realizado la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes hubiesen sido entregados o prestados los servicios de conformidad.
- c. Si el cocontratante no integrara la garantía de cumplimiento del contrato en el plazo fijado en el artículo 77 del presente reglamento.

A estas variantes desarrolladas en el artículo 98 que dan lugar a la rescisión con culpa podemos agregar la incorporada en el artículo 101,

en tanto sostiene que “Queda prohibida la subcontratación o cesión del contrato, en ambos casos, sin la previa autorización fundada de la misma autoridad que dispuso su adjudicación. El cocontratante cedente continuará obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato. Se deberá verificar que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria a ese momento, como al momento de la cesión. En caso de cederse sin mediar dicha autorización, la jurisdicción o entidad contratante podrá rescindir de pleno derecho el contrato por culpa del cocontratante con pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato.”

Posteriormente, y como si nada se hubiera escrito párrafos arriba, a la hora de establecer las penalidades se establece en el artículo 102.d (rescisión por su culpa) las mismas situaciones previamente descritas en los artículos 98 y 101. (desistimiento del contrato, incumplimiento contractual, no integración de garantía de cumplimiento contractual, cesión sin autorización). Entendemos, en concordancia con autores que han tratado el tema (Dubinsky, 2017, p. 191) que existe un claro error en el cuerpo normativo de entender a la rescisión con culpa como una penalidad cuando es una consecuencia disvaliosa para el proveedor más allá de la efectiva penalidad, que es la pérdida de garantía de cumplimiento del contrato, y una posible suspensión de hasta un año<sup>9</sup>.

En conclusión, entendemos que el articulado confunde una consecuencia de una acción disvaliosa del proveedor con las efectivas penalidades y sanciones. Empero, no debemos dejar de destacar que la rescisión con culpa es el modo anormal más desarrollado. Entendemos, finalmente, que los artículos 98 y 101 no son taxativos, y los pliegos podrían incorporar otras causales de rescisión con culpa específicas de cada contrato.

---

<sup>9</sup> Decreto 1030/16. Art. 106, inc. b) Suspensión: 1.- Se aplicará una suspensión para contratar por un plazo de hasta UN (1) año: 1.1.- Al adjudicatario al que se le hubiere revocado la adjudicación por causas que le fueren imputables. 1.2.- Al oferente, adjudicatario o cocontratante que, intimado para que deposite en la cuenta de la jurisdicción o entidad contratante el valor de la penalidad aplicada, no hubiese efectuado el pago en el plazo fijado al efecto. 1.3.- Al proveedor a quien le fuere rescindido parcial o totalmente un contrato por causas que le fueren imputables.

## f. Rescate / Ejecución Directa

El último modo anormal de finalización del contrato es el rescate<sup>10</sup> o la ejecución directa del contrato por parte de la administración. Sin reglamentación alguna en el Decreto 1030/16, entendemos que únicamente procede la ejecución directa en aquellos servicios que, por su relevancia, no pueden ser suspendidos mientras se procede a un nuevo procedimiento de selección del contratista estatal. Cardaci Méndez entiende que “En general este tipo de medidas, que implican que la Administración ejecute directamente la prestación, solo son aplicables a los contratos de colaboración, es decir, en aquellos contratos en los cuales la prestación principal está a cargo del contratista y no, en razón de sus características, al contrato de suministro.” (Cardaci Méndez, 2017, p. 174). Continúa el autor entendiendo que “Esta prerrogativa sólo puede ser ejercida por la Administración en aquellos casos en que medie un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista y el interés público exija el imperioso restablecimiento de las prestaciones.”

Como fue dicho previamente, el contratista sólo puede dejar de prestar el servicio ante circunstancias de máxima gravedad. De así producirse, y, como es imprescindible la continuidad, la administración asume de inmediato el contrato y lo presta por sí. Así, el inciso e) del artículo 12 establece que la administración puede “...disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor.”

Si bien la idea de que el rescate y la ejecución directa comporten el mismo modo anormal es propia, la idea de rescate tiene que ver con el mismo concepto. Así, Marienhoff define al rescate como “...la decisión unilateral del Estado, en cuyo mérito éste, por razones de interés público o general, pone final al contrato antes de la fecha fijada para ello, asumiendo entonces en forma directa la ejecución o cumplimiento del objeto de ese contrato.” (Marienhoff, 1992, p. 575) La gran diferencia del rescate con los procedimientos anteriores es que el servicio debe continuar y no puede discontinuarse ningún día. Por

---

<sup>10</sup> En cuanto al rescate, sólo hay una mención en el artículo 11 inciso i) del Decreto 1023/01, en donde se exige el dictado de un acto administrativo para el rescate de un contrato administrativo.

lo tanto, como bien sostiene Aguilar Valdez, "...no supone la extinción de la prestación del servicio (...) sino la reasunción de su gestión o explotación por el propio estado. (Aguilar Valdez, 2006, p. 212) En el Decreto 2255/92, ya citado, el rescate está expresamente prohibido<sup>11</sup>. Es decir, deberá advertirse en cada contrato si el rescate es posible. En ese sentido, Aguilar Valdez entiende que sólo es posible el rescate en los casos previstos por ley. (Aguilar Valdez, 2006, p. 214). Cabe preguntarse si dicho requisito no está ya cumplido en tanto el Decreto 1023/01 establece al rescate como opción. En su caso, cada contrato debería detallar cómo se plasma este procedimiento.

Es evidente que para poder continuar con la prestación del servicio deben poder utilizarse las máquinas etc. del proveedor, porque sino no habrá forma de reemplazarlas. Como bien sostiene Cardaci, "...las partes deberán ponerse de acuerdo en el valor de los bienes, pero el RCAN nada dice al respecto. Este silencio debe ser entendido en el sentido de que, previo a disponer de los bienes del contratista, la Administración debe proceder, mínimamente, a inventariar y valorar los bienes del contratista esenciales para la continuación de la obra." (Cardaci Mendez, 2017, p. 175). Entendemos, no obstante, y de conformidad con el análisis armonioso de las normas sobre contrataciones, que el límite también se configurará en el daño emergente, nunca más allá.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos visto, los modos anormales de finalización contractual presentan reglamentaciones dispares, por no decir en algunos casos ausentes. No obstante, y, sólo buceando en los conceptos doctrinarios, con la poca jurisprudencia en la materia, y reordenando un poco el texto existente, pudimos organizar las distintas opciones.

Sólo así, entendemos, tendremos un punto de partida para su posible y adecuada utilización.

---

<sup>11</sup> 11.5. Rescate: El Otorgante no tendrá la facultad de rescatar la Licencia antes de su vencimiento, o el de su prórroga si ella correspondiere, sin perjuicio de la hipótesis de caducidad prevista en el capítulo X.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Aguilar Valdez, Oscar, “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho, Buenos Aires, 2006.
- Alonso Regueira, Enrique, , en “Contratos de la Administración: teoría y práctica / Enrique M. Alonso Regueira ... [et al.]. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Patricia Raquel Yamella, 2017, Capítulo III.
- Cardaci Méndez, Ariel, en “Contratos de la Administración: teoría y práctica / Enrique M. Alonso Regueira ... [et al.]. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Patricia Raquel Yamella, 2017, Capítulo IV.
- Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- Diana, Nicolás, “La excepción de incumplimiento en la concesión de servicios públicos”, Publicado en: LA LEY 01/07/2008, 01/07/2008, 1 - LA LEY2008-D, 856.
- Dubinsky, Guido, en “Contratos de la Administración: teoría y práctica / Enrique M. Alonso Regueira ... [et al.]. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Patricia Raquel Yamella, 2017, Capítulo V.
- García Sanz, Agustín, “La exceptio non adimpleti contractus en la emergencia económica: ¿es la propiedad un bien jurídicamente protegido en la Argentina?” Suplemento .Especial “El Contrato Administrativo en la Actualidad” , La Ley, 2004 (mayo) , página 170 y siguientes.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, La Ley, 1992.



---

# LA VISTA DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

---

ALFONSO BUTELER<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 | Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 273-287  
Recibido: 1/9/2021 - Aceptado: 16/9/2021

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto analizar el derecho de acceso a los expedientes administrativos a través de la vista, tanto en formato papel como digital.

**Palabras claves:** información - derechos fundamentales - Administración Pública

**Abstract:** The present work aims to analyze the right of access to administrative files, both in paper and digital format.

**Keywords:** information - fundamental rights - Public Administration

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el sujeto que es parte es un procedimiento administrativo, su apoderado o su letrado patrocinante pueden acceder al

---

<sup>1</sup> Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios, Magíster Derecho Administrativo (Universidad Austral) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNC). Secretario de Investigaciones de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Director de la Sala de Derecho Administrativo de Colegio de Abogados de Córdoba. Autor de libros y de numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas sobre la materia.



expediente –en formato papel o digital– y a toda la documentación que le da base, pudiendo extraer las copias que sean necesarias.<sup>2</sup>

En virtud de ello, la vista es el acceso a las actuaciones administrativas por parte del interesado.

A partir de tal plataforma conceptual analizaremos seguidamente los alcances de tal derecho, su anclaje constitucional, sus particularidades y aspectos que han de revisarse.

## 2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La facultad que poseen los sujetos legitimados al efecto por el ordenamiento jurídico aplicable a la especie para acceder al contenido del expediente administrativo tiene anclaje en diversas cláusulas constitucionales.

En primer término, el derecho a tomar vista de las actuaciones administrativas viene impuesto por el principio de la publicidad de los actos de gobierno que, como se sabe, encuentra sustento en el sistema republicano de gobierno que estipula la Carta Magna federal (art. 1). Pues, el expediente administrativo es el producto de la actividad de la administración pública y no puede concebirse que porción alguna de la función estatal quede exenta del conocimiento de la comunidad o de los involucrados en ella.

Segundo, la posibilidad que tiene el administrado, sea persona física o jurídica, se fundamenta en el ejercicio del derecho constitucional de defensa habida cuenta que nadie puede defenderse de lo que no conoce. Por tal motivo, el pleno y acabado acceso al expediente administrativo resulta necesario para garantizar el derecho de defensa que garantiza la Constitución Nacional (art. 18).

En tal sentido, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Brewer Carías vs. Venezuela”, que la imposibilidad de la víctima de acceder al expediente en su totalidad y sacar

---

<sup>2</sup> BUTELER, Alfonso, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Erreius, 2019, p. 129

fotocopias, configura la violación al derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa.<sup>3</sup>

Tercero, la vista de las actuaciones queda incluida en la garantía a la tutela administrativa efectiva que, como se sabe, implica extrapolar la noción de defensa en juicio al ámbito del procedimiento administrativo<sup>4</sup>.

Pues, la tutela administrativa efectiva es superadora de la idea de debido proceso, propia del Estado Liberal y de una mirada defensiva o estática de los derechos fundamentales. Ya no basta con que la administración pública asegure el cumplimiento del debido procedimiento previo para adoptar una decisión o que resguarde el derecho de defensa del administrado sino que la dimensión protectoria de los derechos fundamentales obliga al Estado a garantizar que la tutela en sede administrativa sea realmente efectiva.

Este principio ha sido reconocido por la Corte Suprema en la causa "Astorga Bracht"<sup>5</sup> al declarar la inconstitucionalidad de una norma que prohibía participar como oferente a una empresa que tenía pendientes reclamos o pleitos con la administración pública.

Debe tenerse presente que la vista también es una forma que tiene el administrado para ir tomando conocimiento del desarrollo y evolución del trámite administrativo, con lo cual también tiene estrecha relación con el derecho al debido procedimiento previo.

### 3. CARACTERÍSTICAS

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante reparar en que para que la vista sea adecuada a los parámetros constitucionales descriptos anteriormente debe ser: a) Completa; b) Oportuna; c) Informal; d) Ilimitada y e) Gratuita.

---

<sup>3</sup> Caso "Brewer Carías Vs. Venezuela", Sentencia de 26/05/2014.

<sup>4</sup> GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A., "Tutela y prevención administrativas", en AA.VV. Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Buenos Aires, RAP, 2009, 1ª Ed. p. 377/8.

<sup>5</sup> Fallos, 327:4185, "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986" (2004)

### 3.1. Completa

La administración pública, y todo sujeto que ejerce función administrativa, debe respetar el principio de completitud permitiendo el acceso del ciudadano que es parte del procedimiento administrativo a todo el expediente, sea en soporte papel o en formato digital y a la documentación que le de respaldo.

A ello, se agrega la facultad de sacar las copias pertinentes, sea de manera total o parcial. Pueden requerirse copias simples o certificadas por la autoridad pública interviniente. En todos los casos las copias son a cargo del requirente y, por imposición del principio de gratuidad, no puede imponerse el pago de tasas.

Este principio puede quedar desplazado y permitirse la vista parcial si existe alguna porción cuyo conocimiento se encuentre vedado por razones de secreto o intimidad, inteligencia, etc., tal como analizaremos luego. Estas restricciones son siempre de interpretación restrictiva y tener respaldo normativo.

### 3.2. Oportuna

Para que la vista resulte eficaz a los efectos del adecuado ejercicio del derecho de defensa del ciudadano el órgano competente debe permitir el acceso al expediente en cualquier instancia del trámite, salvo que por el estado de las actuaciones ello resulte imposible, como cuando, por ejemplo, un sumario se encuentre en etapa investigativa.<sup>6</sup>

En tal sentido, el Reglamento de procedimientos administrativos federal (Decreto 1759/1972) dice que “La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente durante todo su trámite”.<sup>7</sup>

### 3.3. Informal

No es posible que la administración exija el cumplimiento de formalidad alguna para la formulación del pedido de vista por parte del interesado y a los efectos de concretar el acceso al expediente.

---

<sup>6</sup> REPETTO, Alfredo, Procedimiento administrativo disciplinario, Buenos Aires, Cathedra, 3ra ed, ampliada y act. p. 71.

<sup>7</sup> Art. 38.

Tal circunstancia es un correlato, obviamente, del principio de informalismo que rige en materia de procedimiento administrativo.<sup>8</sup> De esta manera, dicho principio no se traduce en la inexigibilidad de las formas “sino en relativización de ellas en beneficio inmediato de los administrados, siempre que no sean esenciales”<sup>9</sup>

En virtud de ello, el requerimiento puede ser efectuado tanto de manera verbal como escrita y debe concederse sin que sea dispuesto mediante un acto administrativo o decisión de mero trámite. Con tal orientación el Reglamento de procedimientos administrativos federal dispone que la vista “se dará, sin necesidad de resolución expresa al efecto”<sup>10</sup>

Es importante señalar que al concretarse el acceso al expediente administrativo y en el caso de extracción de copias certificadas se deje constancia por parte del órgano interviniente, indicándose la fecha en que la vista ha tenido lugar. Ello es relevante a los efectos del cómputo de los plazos del procedimiento administrativo.

### **3.4. Ilimitada**

La posibilidad del interesado de acceder a las actuaciones administrativas para tomar vista puede reiterarse muchas veces sin que pueda limitarse su repetición. Quedan exceptuados los supuestos en que el pedido de vista aparezca como una manera de dilatar el trámite o sea realizado de mala fe. Pues, el principio de buena fe rige por igual en el campo del derecho privado y en el del derecho público.<sup>11</sup>

### **3.5. Gratuidad**

Como se dijo, el derecho a la vista trae aparejada la atribución de extraer copias del expediente, sea de manera total o parcial. Pueden

---

<sup>8</sup> CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo*, 2ª ed., Astrea RAP, Buenos Aires, 2014, p. 334.

<sup>9</sup> COMADIRA Julio R., *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 25.

<sup>10</sup> Art. 38.

<sup>11</sup> Fallos, 311:2305 “Almacenaje del Plata S.A.” (1988)

requerirse copias simples o certificadas por la autoridad pública interviniente. En todos los casos las copias son a cargo del requirente y, por imposición del principio de gratuidad, no puede exigirse el pago de tasas o contribuciones.

#### 4. AMBITO ESPACIAL DE LA VISTA

El acceso a las actuaciones administrativas por parte del sujeto legitimado requirente puede concretarse en la repartición pública en donde el expediente se encuentre, en la mesa de entradas o en el lugar en donde la administración pública lo disponga.

Con relación a ello, el Reglamento de procedimientos administrativos federal establece que la vista se dará en “la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la Mesa de Entradas o Receptoría.”<sup>12</sup>

Consideramos que la autoridad pública, al decidir el lugar en donde se otorgará la vista, debe tomar en consideración la ubicación del solicitante. Pensemos en el supuesto en que una persona residente en Jujuy solicita la vista a un expediente que se encuentra en la sede de un ministerio nacional cuya sede se encuentra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si el acceso a las actuaciones se dispone en la sede ministerial es probable que, por la distancia, el interesado no pueda concretarla. En tales casos, por imposición del principio de la buena administración<sup>13</sup>, la autoridad pública puede disponer que la vista se disponga en la delegación ministerial que se encuentre a menor distancia de la residencia del interesado o remitir por correo electrónico el expediente digitalizado.

Estas dificultades materiales desaparecen si el expediente es digital, facilitando la vista de las actuaciones.

---

<sup>12</sup> Art. 38.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea*”, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 1, n° 2, julio/diciembre, 2014, p. 1 y ss. Señala dicho autor que “el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración ha de ser accesible a todos los ciudadanos, que pueden conocer la información generada por las administraciones públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general”.

## 5. PLAZO PARA RESOLVER EL PEDIDO DE VISTA

El pedido de vista formulado por la persona interesada debe ser resuelto por la administración pública en el plazo fijado para ello por el ordenamiento específico. Caso contrario, pueden articularse los sistemas previstos para los supuestos de silencio, tales como el pronto despacho o la acción de amparo por mora.

En el caso del procedimiento federal debe tenerse presente que los arts. 38 y 76 del Reglamento que regulan el instituto de la vista no prevén un término para que la administración pública se expida sobre el pedido de acceso a las actuaciones. En virtud de ello, a nuestro entender, resulta de aplicación el plazo residual de diez días estipulado por el art. 1 inciso e apartado 4 de la Ley 19.549.

## 6. LEGITIMACIÓN

El acceso al expediente administrativo para tomar vista de las actuaciones puede ser realizado por quien es parte o se encuentre legitimado en el procedimiento administrativo, sus representantes, el letrado patrocinante y por el interesado.

Para determinar sin quien solicita la vista, de manera oral o escrita, se encuentra legitimado a tal efecto hay que estar a las reglas generales sobre la calidad de parte en el procedimiento administrativo.<sup>14</sup>

En virtud de ello, se encuentran legitimados para acceder al expediente el titular de un derecho subjetivo, interés legítimo, los que ostentan un derecho de los denominados colectivos (afectado, Defensor del Pueblo de la Nación y asociaciones legitimadas por el art. 43 de la CN) y el interesado.

También, puede acceder al expediente cualquier ciudadano invocando el derecho de acceso a la información pública, aunque mediante la aplicación de las reglas que rigen ese procedimiento administrativo y con las limitaciones que ese derecho presupone.

---

<sup>14</sup> Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, Derecho administrativo argentino, Buenos Aires, 2016, T. III, p. 1 y ss

Asimismo, se encuentran legitimados para acceder a los obrados aquellos que invoquen la representación de un sujeto legitimado y siempre y cuando acrediten debidamente la personería.

Por último, los letrados patrocinantes quedan alcanzados por la posibilidad de tomar vista de las actuaciones.

## **7. PLAZO DE VISTA**

El término durante el cual puede el interesado puede tomar vista de las actuaciones administrativas debe ser fijado de manera razonable por la autoridad pública. A tales efectos, debe tenerse especial consideración sobre la cantidad de fojas que contienen las actuaciones, su extensión, complejidad, etc.

Luego debe ser comunicado al interesado para que haga ejercicio de tal derecho, indicando fecha, horario y lugar.

Con relación a ello, el Reglamento de procedimiento administrativo federal indica que “El día de vista se considera que abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en la que se encuentre el expediente.”<sup>15</sup>

Tratándose de expedientes que han sido digitalizados dicha barrera temporal desaparece resultando posible el acceso durante las veinticuatro horas del día.

## **8. LA VISTA DEL EXPEDIENTE DIGITAL**

En el supuesto en que estemos en presencia de un expediente administrativo electrónico o digital existen recaudos propios que deben tenerse en cuenta a la hora de tomar vista de las actuaciones.

No puede pasarse por alto que la digitalización del expediente administrativo facilita el ejercicio del derecho a la vista al permitir el acceso a través del uso de la tecnología. De este modo, no es necesario que la vista se desarrolle de modo presencial pudiendo realizarse de manera remota.

---

<sup>15</sup> Art. 38.



En el supuesto en que el requirente de la vista no cuenta con el equipamiento necesario para tomar vista digital, la administración debe proveerla. De lo contrario, el formato escogido por el Estado se presenta como una barrera (brecha digital<sup>16</sup>) que impide la concreción de tales derechos constitucionales, presentándose como un modo de exclusión.

Recientemente el Reglamento federal al disponer la digitalización del expediente administrativo ha venido a regular de manera detallada el modo en que se concreta la vista de las actuaciones en formato electrónico.

A tales efectos, la normativa dispone que el pedido de vista puede realizarse de dos maneras y con efectos jurídicos diferenciados.

En primer lugar, la solicitud de vista se concreta sin pedido de suspensión de los plazos del procedimiento administrativo. Esa variante de consulta por medio electrónicos se realiza en la plataforma TAD y es automático. De esta manera, el usuario o su apoderado están facultados para acceder al contenido de los expedientes que haya iniciado a través de dicha plataforma. En tal supuesto, el “usuario podrá consultar la última fecha de modificación, el estado del expediente y su ubicación actual; también tendrá acceso a los documentos que se hayan vinculado. Si el trámite está en curso, mediante el documento Constancia de Toma de Vista, queda registro de la consulta dentro del expediente electrónico, sin suspensión de plazo.”<sup>17</sup>

En el segundo caso, se realiza mediante la paralización de los términos que estuvieren corriendo. En este supuesto, en cambio, si es necesario el pedido de vista se efectúe de manera escrita.

En la vista electrónica también pueden requerirse copias en soporte papel de los documentos electrónicos.

---

<sup>16</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano y vaquer caballería, Marcos, “Contribuciones del Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo”, en AA.VV. Estudios sobre el procedimiento administrativo. I Derecho comparado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, (Luciano Parejo Alfonso y Marcos Vaquer Caballería, directores) p. 20.

<sup>17</sup> Art. 38.

## 9. LÍMITES

Como hemos dicho, la posibilidad de que el administrado pueda tomar vista de las actuaciones es ilimitada y completa salvo que se verifique un supuesto de excepción, cuya procedencia, en virtud del principio constitucional de la publicidad de los actos de gobierno y el debido procedimiento previo, es de interpretación restrictiva.<sup>18</sup>

Ello acontece cuando, por ejemplo, se han declarado reservadas las actuaciones administrativas. También, se ha dicho que en la etapa investigativa puede negarse la vista.<sup>19</sup>

A tales fines, de mediar la existencia de un acto administrativo previo emanado de la autoridad competente que declare la reserva o secreto las actuaciones administrativas. Dicha decisión, asimismo, debe estar precedida de un dictamen jurídico. Como no puede ser de otra manera, esa decisión debe sustentarse en una causal prevista por ley.

En tal orden de ideas, el Reglamento de procedimientos federal dispone expresamente que quedan exceptuadas de la vista las “actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate.”<sup>20</sup>

Asimismo, dicho cuerpo normativo establece claramente que se considera expedientes electrónicos reservados o secretos.

En tal sentido, se indica que “La autoridad administrativa podrá solicitar al administrador del sistema de gestión documental electrónica la habilitación de documentos de carácter reservado mediante acto administrativo fundado en la normativa que establece su confidencialidad y que “La autoridad administrativa podrá solicitar al administrador

---

<sup>18</sup> MONTI, Laura, “Limitaciones a la vista de las actuaciones administrativas” en AA.VV., Cuestiones de procedimiento administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 145.

<sup>19</sup> CREO BAY, Horacio, “La vista de las actuaciones ante el Defensor del Pueblo”, La Ley 1996-D, 75.

<sup>20</sup> Art. 38.

del sistema de gestión documental electrónica la habilitación de carátulas para expedientes reservados, mediante acto administrativo fundado en la normativa que establece la confidencialidad del trámite.”<sup>21</sup>

Asimismo, se prescribe que “La autoridad administrativa podrá solicitar al administrador del sistema de gestión documental electrónica la habilitación de documentos de carácter secreto mediante acto administrativo fundado en la normativa que establece tal condición.”<sup>22</sup>

Con relación a ello, la Corte Suprema dejó sin efecto una sentencia que, aplicando el decreto que establecía la exigencia de contar con un informe favorable de los organismos de seguridad de carácter secreto, rechazó el recurso contencioso administrativo tendiente a obtener la nulidad de los actos por los que se excluyó a un docente del ofrecimiento de vacantes para el cargo que había obtenido por concurso. Ello así, pues consideró que si bien en la esfera de la seguridad parece propio que prime el secreto y el sigilo, en la del natural proceder administrativo es principio esencial e insoslayable, de nuestro sistema republicano el de la publicidad de los actos, así como lo es la improcedencia e intranscendencia del levantamiento de cargos que afecten a la persona del empleado público sin un sumario administrativo previo reglado y la imposibilidad de privar al imputado del derecho de defensa.<sup>23</sup>

## 10. EFECTOS

Es importante tener en cuenta los efectos que produce la vista de las actuaciones administrativas. Es que la solicitud puede resultar suspensiva o no de los plazos que estén corriendo en el expediente administrativo, tanto en sede administrativa como en la vía judicial.

En el primer caso, el pedido de vista paraliza los términos desde el día en que es solicitada pero los ya han transcurridos cuentan y renacen una vez que se toma la vista completa.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Art. 11.

<sup>22</sup> Art. 12.

<sup>23</sup> Fallos, 306:3070, “Oxley, César Oscar c/ Provincia de Santa Fe” (1984)

<sup>24</sup> CANOSA, Armando N., “La vista en el procedimiento administrativo”, E.D., 134:899.

Este modelo es que adopta el Reglamento federal de procedimientos. En tal orden de ideas, se dispone que “Si a los efectos de articular un recurso administrativo la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto, en base a lo dispuesto por el artículo 1, inciso e, apartados 4 y 5, de la ley de procedimientos administrativos. La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista. En igual forma a lo estipulado en el párrafo anterior se suspenderán los plazos previstos en el artículo 25 de la ley de procedimientos administrativos.”<sup>25</sup>

En tal sentido, remarcando el efectos suspensivo de la vista se pronunció la Corte Suprema en la causa “Ramos Martínez”<sup>26</sup> al señalar que “la decisión de la cámara de omitir examinar, a los efectos de determinar la tempestividad del recurso, la solicitud de vista de las actuaciones formulada por el recurrente en la instancia administrativa, e invocada oportunamente por aquel al momento de interponer el recurso, aparece como desprovista de fundamento en el texto legal que rige el caso.”

Es importante remarcar que estamos en presencia de un término que es renunciabile por la persona que solicita la vista del expediente administrativo.<sup>27</sup>

En el modelo no suspensivo, en cambio, el pedido de vista no tiene incidencia sobre los plazos dado que éstos siguen transcurriendo.

Desde nuestra perspectiva, teniendo en cuenta que, como hemos dicho, la vista tiene como sustrato la publicidad de los actos de gobierno, el ejercicio del derecho de defensa y la garantía de tutela administrativa efectiva, como regla, la vista tiene siempre efecto suspensivo.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Art. 76.

<sup>26</sup> CSJN, 24/05/2016, “Ramos Martínez, Gustavo Antonio c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ recurso directo Ley de Educación Superior Ley 24.521”, FCB 017962/2013/CS001, Fallos: 339:680.

<sup>27</sup> DOCOBO, Jorge, “Efectos de la vista sobre los términos en el procedimiento administrativo”, JA, 1977-705.

<sup>28</sup> BALBÍN, Carlos F., Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2008, T. II, p. 646.

No es posible un ejercicio adecuado y acabado del derecho de defensa si la vista no suspende los plazos para interponer los recursos administrativos o la acción judicial. En virtud de ello, las normas que prevean lo contrario deben ser reputadas inconstitucionales.

## 11. EL RECHAZO DE LA VISTA

La denegación del pedido de la vista por parte de la administración pública debe considerarse como un acto asimilable a definitivo y, por ende, es recurrible tanto en sede administrativa como judicial.<sup>29</sup> Ello acontece cuando el acto si bien no resuelve sobre el fondo del asunto, impide la tramitación de la petición formulada o causa un gravamen irreparable. En la vía jurisdiccional, teniendo en cuenta los derechos constitucionales comprometidos en tal requisitoria, la acción de amparo, como proceso de tutela urgente<sup>30</sup>, se muestra como el cauce apropiado para atacar la negativa a la vista.

En tal orden de ideas, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en “Carbone”<sup>31</sup> hizo lugar a una acción de amparo declarando la ilegitimidad manifiesta, por la violación en sus formas esenciales, de la resolución a través de la cual, se había denegado el recurso jerárquico interpuesto por la actora pues, el acto se había emitido violando el derecho de defensa del administrado en cuanto, no se le había permitido tomar vista de las actuaciones a los fines de mejorar los fundamentos del recurso interpuesto.

En el misma línea, la Corte Suprema ha considerado que la denegación del pedido de vista constituye un acto ilegítimo y, por lo tanto, es susceptible de ser controlado judicialmente. En virtud de ello, consideró que correspondía hacer lugar a la acción de amparo deducida contra una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria y

---

<sup>29</sup> Art. 23 inciso b LNPA.

<sup>30</sup> SAMMARTINO, Patricio M.E., Principios Constitucionales del amparo administrativo, El contencioso constitucional administrativo urgente, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003, p. 50.

<sup>31</sup> CNac.Contadm.Fed., Sala III, 14/11/89, “Carbone, Edgardo Guillermo, c/ C.O.N.E.T. s/ amparo”.

condenarla a que otorgue vista a la actora de la oferta presentada por quien resultó contratante en la licitación.<sup>32</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- BALBIN, Carlos F., Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BUTELER, Alfonso, Derecho administrativo argentino, Buenos Aires, 2016, T. III
- BUTELER, Alfonso, Procedimiento administrativo, Buenos Aires, Erreius, 2019.
- CANOSA, Armando N., “La vista en el procedimiento administrativo”, E.D., 134:899.
- CANOSA, Armando N., Procedimiento administrativo, 2ª ed., Astrea RAP, Buenos Aires, 2014.
- C.Nac.Contadm.Fed., Sala III, 14/11/89, “Carbone, Edgardo Guillermo, c/ C.O.N.E.T. s/ amparo”.
- COMADIRA Julio R., La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones), Buenos Aires, Depalma, 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “Brewer Carías Vs. Venezuela”, Sentencia de 26/05/2014.
- CREO BAY, Horacio, “La vista de las actuaciones ante el Defensor del Pueblo”, La Ley 1996-D.
- DOCOBO, Jorge, “Efectos de la vista sobre los términos en el procedimiento administrativo”, JA, 1977-705.
- Fallos, 306:3070, “Oxley, César Oscar c/ Provincia de Santa Fe” (1984)
- Fallos, 311:2305 “Almacenaje del Plata S.A.” (1988)
- Fallos, 327:4185, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986” (2004)
- Fallos: 339:680. “Ramos Martínez, Gustavo Antonio c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ recurso directo Ley de Educación Superior Ley 24.521”, FCB 017962/2013/CS001 (2016)

---

<sup>32</sup> Fallos, 311:750, “La Buenos Aires Compañía Argentina de Seguros S.A.”(1988)

- GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A., “Tutela y prevención administrativas”, en AA.VV. Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Buenos Aires, RAP, 2009, 1ª Ed.
- MONTI, Laura, “Limitaciones a la vista de las actuaciones administrativas” en AA.VV., Cuestiones de procedimiento administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006
- PAREJO ALFONSO, Luciano y VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Contribuciones del Derecho comparado a la comprensión y mejora del procedimiento administrativo”, en AA.VV. Estudios sobre el procedimiento administrativo. I Derecho comparado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, (Luciano Parejo Alfonso y Marcos Vaquer Caballería, directores)
- REPETTO, Alfredo, Procedimiento administrativo disciplinario, Buenos Aires, Cathedra, 3ra ed, ampliada y act.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea”, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 1, n° 2, julio/diciembre, 2014.
- SAMMARTINO, Patricio M.E., Principios Constitucionales del amparo administrativo, El contencioso constitucional administrativo urgente, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2003.

---

# DEMOCRACIA, IGUALDAD Y FEDERALISMO, LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LA DEFENSA DE LOS INTERESES PÚBLICOS

---

GUIDO LEONARDO CROXATTO<sup>1</sup>  
NATASHA SUÑÉ<sup>2</sup>  
ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 288-318  
Recibido: 1/9/2021 - Aceptado: 16/9/2021

**Resumen:** La función pública, específicamente aquella con vocación de defender los intereses del Estado, ha sido constantemente objeto de estudio en los distintos sistemas jurídicos y ha respondido a las necesidades o intereses estratégicos de un determinado momento histórico, respetando las tradiciones jurídicas y la adaptación a los nuevos tiempos. Plantear las necesidades de la formación de los abogados del Estado es estratégico y debe orientarse a una política pública para la mejor defensa del Estado<sup>3</sup>. En una primera parte, se abordarán

---

<sup>1</sup> Director de la Escuela de Abogados del Estado (ECAE).

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad Nacional de La Plata, máster en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires (UBA)

<sup>3</sup> José Calvo Sotelo, Abogado del Estado y exministro de Hacienda, en el libro del cincuentenario del cuerpo de Abogados del Estado de España, escribió que [...]”el Abogado del Estado, en sacerdocio laico y fraterno, siente sin desmayos la augusta función de centinela avizor de los intereses del Estado, menor siempre en tutela, tercero siempre perseguido, personificación del común que aun siendo de todos parece de nadie, por lo que su defensa nos obliga a mayores sacrificios”, citado Gayarre Conde, Iván, La oposición al cuerpo de Abogados del Estado en el proceso de Repensar la Selección del Empleo





cuestiones generales del funcionariado, las burocracias y las necesidades constantes de transformación; se analizará, en segundo lugar, el debate que se lleva actualmente en Francia de lograr mayor inclusión, diversidad y democratización en la formación y acceso a la función pública; sin ánimo de buscar una visión eurocentrista, y menos aún neocolonial, pero sí conscientes y receptivos de un debate que también nos debemos como sociedad. En una tercera parte, se analizarán cuáles serían las demandas de nuestra realidad nacional; y finalmente, nos proponemos una cuarta parte de reflexiones que deberían al menos enriquecer el debate en estas latitudes para dar respuesta a reclamos autóctonos.

**Palabras Clave:** Función pública, igualdad, democratización, federalismo, intereses públicos

**Abstract:** The public function, specifically that with a aptitude to defend the interests of the State, has been constantly studied in the different legal systems and has responded to the needs or strategic interests of a certain historical moment, respecting legal traditions and adaptation to the new times. Raising the needs for the training of State lawyers is strategic and should be oriented towards a public policy for the best defense of the State. This article will address, in a first part, general issues of the civil service, bureaucracies and the constant needs for transformation; Second, it will analyze the debate that is currently taking place in France to achieve greater inclusion, diversity and democratization in training and access to public service; without the intention of seeking a Eurocentric vision, and even less neocolonial, nonetheless conscious and receptive to a debate that we also owe ourselves as a society. In a third part, the demands of our national reality will be examined; and finally, we suggest a quarter of proposals that should at least improve the debate in these latitudes to respond to autochthonous claims.

**Key Words:** Public function, equality, democratization, federalism, public interests

---

Público, Revista de la Asociación Abogados del Estado, Número 54, Tercera etapa, Mayo 2021, disponible en: <https://www.asoc-abogadosdeleestado.es/files/uploads/file/462035d3-3ac7-46f2-88f4-65bc0c08ac72/abogados-54.pdf#page=12>

## INTRODUCCIÓN

El eminente Pierre Bourdieu, en su texto *La Nobleza del Estado, educación de élite y espíritu de cuerpo*<sup>4</sup>, somete a una crítica consistente los modelos educativos estatales elitistas concentrados sobre un determinado grupo de gente, que suele reproducir una lógica de poder socio-económico y cultural. La crítica de Bourdieu es un claro ejemplo de cómo un discurso progresista en Francia puede ser conservador en su recepción latinoamericana. De hecho, gran parte del discurso neo-conservador de América Latina repite y recorta esas ideas: la idea de que el “poder” (el único “poder...”) es el Poder del Estado, cuando en nuestros países, tan concentrados y desiguales, los Estados, por el contrario, están bien lejos de representar ninguna “nobleza”: el empleo público está precarizado y devaluado. El verdadero “poder” es otro, pero nunca aparece nominado como tal. Se invisibiliza y naturaliza (orden dado, orden “libre”) y no se reconoce su artificialidad política: no se discute. Solo por eso se puede cuestionar el “autoritarismo” de países y Estados en extremo débiles y precarizados (como cuando Gran Bretaña, que militariza el Atlántico Sur desoyendo a la ONU, cuestiona a Argentina como estado “colonizador”) cuando intentan, paradójicamente, tomar alguna medida tenue para defender nuestra soberanía y nuestros recursos extranjerizados (y en manos del verdadero poder financiero invisible, orden que no entra en discusión, asumiendo que el único “poder” es el Estado, cuando el “poder” del Estado es bastante menos “poderoso” que el poder financiero, económico, que lo condiciona y desde los grandes centros financieros diagrama políticas que nuestros Estados débiles no siempre pueden, desde la periferia, contradecir ni poner en entredicho<sup>5</sup>). Decimos esto para remarcar,

---

<sup>4</sup> Boudieu, P. *La Nobleza del Estado, educación de élite y espíritu de cuerpo*.

<sup>5</sup> Lo cual, diría el escritor portugués José Saramago, hace tambalear el sentido incluso de lo que entendemos por democracia. Hay un “poder” que nadie elige. Que no vemos. Frente al mismo, el Estado (debilitado en nuestros países) parece más una oportunidad que una “amenaza”. En el mismo sentido se expresa Owen Fiss, en materia de libertad de expresión. Para el liberalismo político clásico el Estado era percibido ante todo como amenaza. Así nace la legalidad. Pero en el siglo XXI, el Estado, por el contrario, aparece como el último y único “garante” de que algunas voces silenciadas por el mercado

como pide Roberto Schwarz, con su célebre texto *Las ideas fuera de lugar*<sup>6</sup>, que lo que puede parecer o ser o sonar muy “progresista” en Europa, (Boudieu, Wacquant, su discípulo, vino a estudiar las cárceles directamente en Argentina para evitar este error) puede no serlo en América Latina, donde la realidad es tan disímil. Entre nosotros, a la inversa, el Estado no representa ni encarna ninguna “nobleza”. Frente a la concentración económica y la extranjerización de tierras, la fuga de capitales, el Estado representa, para las inmensas mayorías desclasadas, la única “posibilidad” real de sobrevivir con algo de dignidad. Porque el mercado no “derrama” nada sobre las mayorías. La única chance de no ser arrastrados a la miseria. De recuperar algo de dignidad frente a un “mercado libre” que los precariza a diario y fuerza a vivir en la informalidad, a tal punto de que en muchos países ya no basta con tener un trabajo en “blanco” (“formal”) para no ser pobre. Hemos retrocedido tanto que tener “trabajo” ya no es sinónimo en Argentina de “vida digna”. Al contrario. Mucha gente tiene un trabajo “formal” y aun así es pobre. No evita la pobreza. La precarización ha avanzado sobre el empleo público y privado, masivamente. Es el mercado que nos dice que el “derecho” al trabajo, que el fuero laboral, es una “mafia”. Un “costo”. Una “industria”. Que hay que terminar con la “indemnización” por despidos. Que no hay que subir el “costo” del

---

“libre” (tan concentrado en muy pocas manos, manos que luego son candidatos políticos, cuando no presidentes) puedan ser escuchadas. Puedan ser oídas. Fiss entiende que el Estado puede nivelar el mercado de comunicación, permitiendo que algunos discursos minoritarios y sin poder (para financiar una campaña) se escuchen en los medios, participando así –y dando forma a un debate realmente “democrático” y participativo. En caso contrario, la democracia “deliberativa” se convierte en una ficción de la Academia liberal. Solo debaten los que tienen plata y poder para hacerlo, en un círculo donde las voces y los recursos se concentran cada vez más. Y donde la sociedad es cada vez menos democrática. Y donde los “representantes” tienen muy poco que ver con los “representados”.

<sup>6</sup> Schwarz, R. *Las ideas fuera de lugar*. Aparecido primero como “*Dépendance nationale, déplacement d'idéologies, littérature*” en *L'Homme et la Société* 26 (París, 1972). Luego como “*As idéias fora do lugar*” en *Estudos CEBRAP* 3 (San Pablo, ene. 1973) y, bajo el mismo título, como primer capítulo del volumen *Ao vencedor as batatas*. Forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro (San Pablo, 1977).

trabajo. El costo de los derechos...<sup>7</sup> Frente a ese mercado “libre” (poder financiero económico que termina teniendo mucho más poder real que nuestros Estados pobres, falsamente caratulados por el conservadorismo financiero que arrasa con todo, como “el” poder) el Estado no representa ninguna “nobleza”. Al contrario. (y sin embargo cierto periodismo conservador repite esta idea: que el único “poder” es el “poder del Estado” pobre, esto se hace para que ese Estado no tome ninguna medida de defensa de lo nacional, afectando al extranjerización y robo de recursos de las colonias agrarias, como Argentina, un país enorme, rico, poco habitado y en donde sin embargo hay hambre, para que el Estado no “estorbe” ningún “negocio”...). Representa un intento por frenar el avance del hambre, la injusticia, la desigualdad disfrazados de “libertad” privada: la exclusión de las mayorías. Decimos esto porque es muy común retomar en Bolivia, Perú, Argentina, las líneas argumentales del progresismo europeo (Foucault, Bourdieu, Deleuze), pero los contextos económicos, comerciales, son muy diferentes. De hecho, nuestros países fueron víctimas de la historia colonial que las grandes potencias europeas (Francia una de ellas, pensemos en la batalla de Obligado) han llevado adelante. Con lo cual es entendible la crítica al Estado colonizador, cómplice de los grandes intereses comerciales geoestratégicos (en sociedad “pública privada”) de parte de sociólogos progresistas como Bourdieu. Es correcta. Pero nuestros países, al contrario y para defenderse de esa misma expoliación de recursos (Bolivia, cuyo litio es materia de intereses globales, Elon Musk dijo sin decoro que “tomaremos lo que necesitamos de Bolivia, y nadie nos lo va a impedir”, Argentina, Perú) necesitan, a la inversa, de Estados fuertes. No de estados debilitados, “neoliberales”. Necesitamos sí un cuerpo de abogados que, a diferencia de lo que sostiene Bourdieu en su libro (la nobleza es una idea colonial), tenga y funcione con verdadero “espíritu de cuerpo”. Formar un sólido cuerpo de abogados del Estado –misión de la ECAE- no es participar de ninguna mirada “elitista”. Al contrario: es combatir la desigualdad y el

---

<sup>7</sup> Algo semejante puede sostenerse respecto de la usual crítica al “populismo”, tan común en (las democracias de) Europa, mirada que luego se traslada acriticamente a América Latina, cuando en rigor lo que en ambas latitudes se entiende por “populismo” es muy diferente, por no decir antagónico.

hambre de las mayorías, defendiendo los recursos nacionales de la extranjerización y el vaciamiento (que promueven los Estados fuertes europeos, el club de París...). Es defender nuestra soberanía. (otra ideas que la teoría política francesa cuestiona: en Francia se habla, a instancia de la crítica de Levinas a Heidegger, retomada por Blanchot, de soberanía “impolítica”, otra idea que tampoco defendemos, para Argentina sí importa defender –y entender- su soberanía). En la teoría política francesa, precisamente, no se defiende sino que se ataca el concepto de “soberanía”, algo que retoman nuestros historiadores conservadores, que piden incluso dejar de celebrar el día de la soberanía (20 de noviembre, en homenaje a la batalla de Vuelta de obligado). Para nuestros Estados latinoamericanos, que a duras penas pueden resguardar sus territorios, no tiene ningún sentido replicar un discurso pensado para desarmarnos y permitir que el robo y la “deuda” se sigan perpetrando de modo “natural” a costa del hambre de nuestros hijos. Tiene razón Schwarz, cultor, junto a Fernando Henrique Cardoso, de la teoría de la dependencia en Brasil. Lo que suena o parece “progre” en Europa puede no serlo entre nosotros. Puede ser un discurso “funcional”. Y nosotros no necesitamos, como abogados del Estado, ser “funcionales” a ningún vaciamiento del Estado precarizado, no podemos ser, por ignorancia o poca prevención analítica, funcionales “progres” (elegantes) al hambre de nuestro pueblo. Necesitamos dejar de ser “funcionales” cómodos a eso para defender verdaderamente el interés nacional. La soberanía argentina. Los recursos de todos los argentinos. Defender en serio el interés nacional no es fácil. No es gratis tampoco. Casi todos los que se han comprometido en ese camino (de Moreno, Belgrano y San Martín en adelante, modelos que inspiran) han pagado precios personales muy caros. Pero han trabajado con dignidad por su país. En América Latina pues, el Estado no encarna ni representa ninguna “nobleza”. Esta precarizado y su trabajo digno se hace más por vocación que por intereses o “prestigio”, que tampoco existe, ya que es denostado, precisamente para desarmar la moral del abogado del Estado, para que éste deje de confiar en la importancia de su trabajo. Es una estrategia para luego arrasarlo con el país. Sin un cuerpo de abogados del Estado debidamente preparado, consciente de su misión, el Estado se debilita. No tiene defensa. El país queda desarmado. Es la trampa de la mirada neoliberal que los países

poderosos y los Estados fuertes pregonan sólo a las (desprevenidas) colonias de la periferia: estados débiles para tomar más fácilmente posesión de los recursos locales<sup>8</sup>. Sólo así se explica el hecho criminal de que haya hambre en la Argentina, país que produce y exporta alimentos. Necesitamos un cuerpo de abogados consciente de la relevancia de su tarea. Por eso repetimos, desde la ECAE, la importancia de la jerarquización de la abogacía pública. La importancia de volver a entender la abogacía del Estado como una vocación. Esa es la primera enseñanza. Y no se encuentra en los libros. Se percibe y retransmite con el ejemplo. Con el compromiso con el trabajo en el Estado. Con el trabajo *público*. El empleo público no puede ser una mala palabra.

Pasemos pues al tema de nuestro trabajo. Preguntémosnos ¿Cuáles serán los debates “pospandemia”?, ¿habrá “pospandemia” o viviremos en continua pandemia?, ¿nos dejará un mundo aún más desigual como se vaticina, sobre todo en América Latina?;<sup>9</sup> en fin, ¿el mundo

---

<sup>8</sup> Deberíamos buscarle un nombre a la paradoja siguiente: quienes defienden el interés nacional, históricamente, desde San Martín en adelante (que fue acusado por Rivadavia de haberse robado un ejército... el ejército del Norte) son acusados de “corruptos” y “ladrones” (“se robaron un PBI...”), y quienes, a la inversa, fugan recursos fuera del país, y son cómplices de la entrega y el vaciamiento constante, el sobreendeudamiento inescrupuloso, especulativo, financiero, son, paradójicamente, presentados (con la anuencia de los beneficiarios internacionales de tal robo, por supuesto, como delegados coloniales locales, a quienes se concede una “participación” en tal mecánica de expoliación financiera, la “deuda”, ya cuestionada por Atilio Alterini) como muy “republicanos”, como muy “institucionales”, porque sitúan a nuestro país “en el mundo”. Por supuesto, nada de esto es casual. El desafío es aprender a verlo. Solo así se entiende que los cómplices de la extranjerización y el vaciamiento de la industria, hagan campaña con un slogan como “recuperemos el país para nuestros hijos”, como si el país estuviese siendo “robado” por los únicos que verdaderamente lo defienden de los verdaderos “ladrones”, que fugan sus recursos financieros muy lejos de nuestro país, en “paraísos” fiscales. Hay que encontrarle un nombre a esta paradoja, que no es nueva pero recorre gran parte –por no decir toda– nuestra historia política. Hay que terminar con esta inversión.

<sup>9</sup> “América Latina y el Caribe es la región más impactada por el COVID-19 del mundo en desarrollo”, además: “América Latina y el Caribe debería contar con políticas de recuperación en un contexto que desafía la ortodoxia. ¿Por qué nuestros gobiernos siguen en la ortodoxia cuando el mundo se está moviendo hacia la heterodoxia? Tenemos que fortalecer el rol del Estado y de la política pública, sostener políticas fiscales y monetarias expansivas, no solo a través

y la realidad que conocimos volverán a ser los mismos?. Y más allá de eso, ¿estamos dispuestos a que vuelva la vieja realidad o una versión empeorada de la misma?, ¿Cuáles serán las necesidades de las nuevas generaciones, y de las administraciones públicas?, ¿Qué intereses deberemos, como abogadas del Estado, o como abogados en derechos humanos, defender?, ¿Los intereses de la Nación pueden ser defendidos con las viejas estructuras administrativas?, ¿es necesario adquirir nuevos conocimientos o formación académica para enfrentar la nueva realidad?

Si algo debe quedar de esta pandemia es el *indispensable* rol del Estado en la defensa de los intereses públicos por sobre los intereses privados<sup>10</sup>. En materia de salud pública, esto ha sido evidente en todo el mundo: no hubo un solo sistema de salud privado “eficiente” a la hora de salvar vidas. Todos dependieron de la ayuda estatal, única capaz de coordinar (en parámetros de no rentabilidad, sino para proteger la vida) una política *pública*.

Entonces, ¿por qué no repensar la soberanía, la igualdad, el federalismo, la democracia, tan relegados en nuestra cultura y tan necesarios como ha quedado expuesto con la pandemia? Si no hay Estado, ¿quién y cómo se defienden los intereses públicos?

---

de transferencias, sino que potenciar la inversión. Avanzar hacia la recaudación progresiva, robustecer los sistemas de protección social, reestructurar los sistemas de educación y salud e impulsar políticas transversales, industriales sectoriales y de género para un nuevo modelo de desarrollo”. Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, disponible en: <https://www.cepal.org/es/noticias/alicia-barcena-insta-la-construccion-nuevos-pactos-politicos-sociales-que-promuevan-la>. Además, la desigualdad será aún más profunda en cuestión de género: ver [https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/9/feature-covid-19-economic-impacts-on-women?gclid=CjwKCAjwsNiIBhBdEiwAJK4khsIPYKlsoN03mWgFl5ZwYv\\_X8luJUOoTTCRglmDy5L6kpjVCQR-PKXBoCXpsQAvD\\_BwE](https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/9/feature-covid-19-economic-impacts-on-women?gclid=CjwKCAjwsNiIBhBdEiwAJK4khsIPYKlsoN03mWgFl5ZwYv_X8luJUOoTTCRglmDy5L6kpjVCQR-PKXBoCXpsQAvD_BwE)

<sup>10</sup> Investigación publicada por el grupo France Médias Monde sobre el informe periodístico coordinado por *The Bureau of Investigative Journalism* en Londres y *Ojo Público* en Perú, reveló que Pfizer abusó de su poder de negociación para vender su vacuna a los países sudamericanos, bajo exigencias extremas, disponible en: <https://www.rfi.fr/es/programas/vida-en-el-planeta/20210226-pfizer-exige-condiciones-abusivas-a-pa%C3%ADses-sudamericanos-para-vender-vacunas>

Quizá éstas sean algunas de las tantas preguntas que todos nos hacemos. Sin embargo, hay una sola certeza: los momentos de crisis traen aparejadas rupturas, cambios, transformaciones, y, posiblemente, sea el momento oportuno para pensar cómo nos enfrentaremos como abogados del Estado al mundo que viene y cuáles serán los principales desafíos que encontraremos.<sup>11</sup>

## I. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, SUS FUNCIONARIOS Y LOS MODELOS ANACRÓNICOS

Los retos que nos encontramos cuando hablamos en forma genérica de funcionarios públicos no son exclusivos de este tiempo, sino que son continuos, dinámicos, y que van adaptándose a distintas realidades. Se ha dicho que ningún otro derecho es tan dinámico como el derecho administrativo, que su interés consiste en las grandes transformaciones (Ospina Garzón, 2014), y que por ello:

[...] el Derecho administrativo se adapta a modelos políticos distintos, se modula por la economía, se convierte en instrumento de la democracia o en su enemigo, responde a las necesidades actuales de la sociedad, como la rapidez y la facilidad de la información, el medio ambiente y la mundialización<sup>12</sup> [...]

Estas afirmaciones recobran importancia si consideramos que el derecho constitucional argentino, que condiciona al derecho administrativo, reconoce un modelo liberal de Constitución, que en cierta forma se ha (mal) interpretado que da preminencia a la *libertad* por

<sup>11</sup> [...] "Porque si la gestión pública no mira al futuro, mal puede mirar al pasado. Porque sin planificación no hay control de gestión para evaluar si se alcanzaron o no las metas. Por lo tanto, reconciliar los tres tiempos –futuro, presente y pasado– de la gestión pública será otra prioridad de la cargada agenda de largo plazo que nos dejará la pandemia, más allá de la inevitable atención de la coyuntura". En: Oszlak, Oscar, El Estado después de la pandemia COVID-19, CUI NAP 11, Cuadernos del INAP, Argentina Año 1, 2020, p. 15-16, disponible en; [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinaap\\_11\\_2020.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinaap_11_2020.pdf)

<sup>12</sup> Devolvé, Pierre, *Le droit administratif*, 3 edición, Dalloz, Paris, 2002, p.1, citado en Ospina Garzón, Andrés Fernando y Montaña Plata Alberto, (editores) *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p.11.



sobre la *igualdad*. Entre los falsos dilemas que encuadran aquellas viejas discusiones de si el derecho administrativo responde al modelo continental francés, que daba preminencia a la igualdad por sobre la libertad, o al modelo inglés que privilegiaba la libertad por sobre la igualdad (Cassese, 2014), como construcciones teóricas, responden a modelos puros y no reales. El derecho administrativo argentino ha sido el resultado de una construcción jurisprudencial de fuentes jurídicas diversas<sup>13</sup>, que debe, como todo derecho, acompañar las transformaciones sociales sin darle la espalda a la sociedad<sup>14</sup>.

Es natural que en el transcurso de una crisis sanitaria mundial haya quedado en evidencia el rol central del Estado en la defensa de los intereses públicos y la capacidad de adaptación de la administración pública<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Mientras el derecho constitucional argentino tiene como fuente directa la constitución de Estados Unidos, el derecho administrativo tiene como fuente al derecho francés, por lo tanto la importante labor de la jurisprudencia argentina ha armonizado estos orígenes y tuvo como consecuencia la elaboración de un derecho administrativo con matices propios. Las peculiaridades del derecho administrativo argentino consisten en que: a) los conflictos de los particulares con la administración son juzgados por tribunales judiciales (jueces ordinarios), como en el sistema norteamericano, y b) mantiene un régimen de *dualidad de normas*, con ciertos principios surgidos del derecho administrativo francés. En síntesis, el derecho administrativo argentino es un *sistema de unidad de jurisdicción y dualidad de normas*. En: MAIRAL, Héctor A. "Algunas Reflexiones sobre la utilización del Derecho Extranjero en el Derecho Público argentino", AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo II, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 48 a 53; MARCER, Ernesto A. *Demandas contra el Estado*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 21 a 25; MAIRAL, Héctor A., *El Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 17 y 18.

<sup>14</sup> [...] debe acompañar las transformaciones sociales que se reflejan en el Derecho, en el rol del Estado frente a la sociedad, en lo que se espera del Estado y en lo que se espera de la administración; en fin, el rol del ciudadano frente al poder público y viceversa. Cuando de espaldas a la sociedad el derecho administrativo se resiste al cambio, se muestra anacrónico, obsoleto e incluso irritante." En: Devolvé, Pierre, *Le droit administratif*, 3 edición, Dalloz, Paris, 2002, p.1, citado en Ospina Garzón, Andrés Fernando y Montaña Plata Alberto, (editores) *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p.11.

<sup>15</sup> Recopilación de datos relativos a las actuaciones de las administraciones públicas con relación a la Pandemia, realizado por el Centro Latinoamericano

a las nuevas necesidades<sup>16</sup>. También lo es que resurjan ejes de discusión en torno a las realidades y necesidades de la democracia, la función pública, las libertades individuales y la igualdad<sup>17</sup>, entre tantos puntos de inflexión<sup>18</sup>, como el que nos compete en este artículo: la formación de quienes defiendan los intereses de la Nación.

Si bien es cierto que dar respuesta a estas necesidades conlleva una política a largo plazo<sup>19</sup>, es importante garantizar una continua y permanente capacitación a quienes representen los intereses del Estado, para la inclusión de nuevos paradigmas que acompañen y apoyen las

---

de Administración para el Desarrollo, CLAD, disponible en: <https://clad.org/2020/04/21/noticias/recopilacion-de-datos-relativos-a-las-actuaciones-de-las-administraciones-publicas-con-relacion-a-la-pandemia/>

<sup>16</sup> Ibarra Vilma, *Gestión Jurídica de la pandemia: la estrategia para la mejor*, Escuela de Abogados del Estado, 27 de julio de 2021, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XR83jKYIZAE>. “Cómo se vivió, qué se pensó, qué desafíos nos encontramos, cuáles fueron las problemáticas complejas a las cuales nos enfrentó la situación de la pandemia. Porque ninguna actividad jurídica, ninguna actividad en general, pero la jurídica en particular no se puede llevar adelante sin contexto, sin entender el contexto. Pensar en la pandemia nos obliga a pensar, adaptar, el modo de tomar decisiones, modos de trabajar en equipo [...]”

<sup>17</sup> Muy presente también esta discusión en Francia respecto de la decisión del gobierno de Macron de exigir la cartilla de vacunación para poder ejercer libertad de circulación, y la obligatoriedad de la vacuna a ciertos sectores.

<sup>18</sup> [...] “Si el Estado no está capacitado para comprender los riesgos que trae aparejado el desarrollo e implantación de ciertas innovaciones tecnológicas, así como de regular sus consecuencias negativas, la sociedad puede verse expuesta a la voracidad de empresas y emprendedores para los cuales las consideraciones éticas o morales no cuentan, primando solo los criterios puramente mercantiles que inspiran la producción de los bienes o servicios que vuelcan al mercado”. En: Oszlak, Oscar, *El Estado después de la pandemia COVID-19*, CUI NAP 11, Cuadernos del INAP, Argentina Año 1, 2020, p. 20, disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap\\_11\\_2020.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cuinap_11_2020.pdf)

<sup>19</sup> [...] “Es cierto que toda forma social y estatal tuvo sus problemas de funcionarios, un modo propio de plantearlo y resolverlo, un sistema de selección, un tipo de funcionario a educar [...] Pero si es verdad que toda forma social y estatal nueva tuvo necesidad de un nuevo tipo de funcionario, es verdad, también, que los nuevos grupos dirigentes nunca pudieron prescindir, al menos por un cierto tiempo, de la tradición y de los intereses constituidos antes de su advenimiento.” En: GRAMSCI, Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Ediciones Nueva visión, Madrid, 1980, p. 90.

transformaciones sociales, sin perder el eje que es –siempre, para una Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado- el interés público.

En ese sentido, distintos enfoques sobre las burocracias y los funcionarios de carrera fueron discutidos en la literatura jurídica, entre otros, Max Weber, enfrentó la idea de “repartición de cargos” que se hizo en los partidos tradicionales o en algunos Estados con bipartidismo, con su opuesta, tendiente al desarrollo de los funcionarios modernos, como fuerza profesional de intelectuales altamente especializados, a través de un largo período de preparación, de un honor de status muy refinado y de una conciencia de la integridad (Weber, 2010).

Max Weber, casi un cultor de la idea de burocracia, determinó la tradicional división entre “funcionarios políticos” y “funcionarios profesionales”. Mientras los primeros pueden ser trasladados o destituidos a voluntad y en cualquier momento, los segundos gozan, en contraste, de independencia y estabilidad. Entre los funcionarios políticos, decía, se incluye la tarea de mantener “la ley y el orden” o sea las relaciones de dominio existentes (Weber, 2010). En cambio, el verdadero funcionario según su auténtica vocación, no debe hacer política, sino administrar imparcialmente (Weber, 2010). Para el autor el tipo de funcionario “legal-racional” se capacita, ingresa por concurso, examen o título, y se perfecciona constantemente.

Las críticas al modelo puro weberiano giraron en torno a la rigidez y consecuente poca flexibilidad de los “especialistas”, incluso de las estructuras organizativas centralizadas (Oszlak, 2003). En contraste, surgió la corriente de la *nueva gestión pública*, basada en la flexibilidad, y en una visión neoliberal, al menos en la variante aplicada en América Latina, con hincapié en el rol de los costos de transacción y los incentivos para los empleados y las agencias públicas, a partir del establecimiento de metas de desempeño, rendición de cuentas, y gestión por resultados (Oszlak, 2003).

Las burocracias han provocado interesantes debates en relación a los funcionarios de carrera, los funcionarios políticos, la profesionalización, la selección, ingreso y permanencia, etc<sup>20</sup>. Estas discusiones

---

<sup>20</sup> [...] “Sobre la burocracia, 1) El hecho de que el desarrollo histórico de las formas políticas y económicas se fuera formando un tipo de funcionario “de carrera”, técnicamente adiestrado en el trabajo burocrático (civil y militar...),

maniqueas entre modelos puros y opuestos, y que llevaron a una dicotomía entre las democracias y las burocracias (entre la idea de gobierno político y la idea neoliberal de “gobernanza”, continuadora de la tecnocracia)<sup>21</sup>, condujeron a Norberto Bobbio, acaso el mayor politólogo del siglo pasado, a sostener que estos conceptos históricamente estaban mucho más vinculados de lo que su contraposición podía hacer pensar, y que, en ese sentido:

Todos los Estados que se han vuelto más democráticos a su vez se vuelven más burocráticos, porque el proceso de burocratización ha sido en gran parte una consecuencia del proceso de democratización. La prueba está en que hoy el desmantelamiento del Estado benefactor, que ha necesitado un aparato burocrático que nunca antes había conocido, esconde el propósito, no digo de desmantelarlo, sino de reducir, bajo límites bien precisos, el poder democrático (Bobbio, 2014).

Estos debates conllevan visiones del Estado muy dispares, que versan sobre el rol del Estado (en cuanto a su tamaño, a cómo se gestiona, la pertinencia o no de trazar un paralelo con la gestión empresarial, si se privilegia la política, la visión estratégica del Estado, el gobierno de los Ceos, entre tantas aristas sobre el mismo debate que podríamos desarrollar<sup>22</sup>). Sin embargo, la cuestión respecto de la

---

tiene una importancia primordial en la ciencia política y en la historia de las formas estatales”. En: Gramsci, Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Ediciones Bnueva visión, Madrid, 1980, p. 90.

<sup>21</sup> Consideraba Bobbio que si “en la sociedad democrática el poder fluye de la base al vértice; en la sociedad burocrática, por el contrario se mueve del vértice a la base”. Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, FCE, México, 2014, p. 42.

<sup>22</sup> En los 90, luego de la caída del Muro de Berlín, se traslada al sector público un concepto que nace en el sector privado, más propiamente en la Administración de Empresas: se instala la (nueva) “gobernanza” frente a la idea (vieja, y demasiado “política”) de “gobierno”. Se asume que la historia (política) toca a su fin (se pasa de la mirada dura de la filosofía política, de la “ontología”, a la premisa del pensamiento “débil”, la ética “indolora”, asistimos al crepúsculo del deber social, el hiperindividualismo de mercado donde lo único que importa es lo “privado”, ya no se habla de “deberes”, dirá John Finnis, solo de “derechos”), que ya no deberían existir tantos “conflictos” y que por ende la idea de gobierno cede su lugar a la técnica de gestión empresarial del Estado (“gerenciado”) y “apolítico”. Eficaz.

democratización es un tema pendiente, y no sólo “en la gran empresa y en administración pública” como afirmaba Bobbio<sup>23</sup>.

He aquí uno de los grandes debates de nuestro tiempo: el proceso de democratización de la sociedad. Para ser más específicos al tema de este artículo, no podemos negar la necesidad de burocracias profesionalizadas, en continua formación y actualización, pero tampoco caer en la trampa de la exaltación de la desfigurada “meritocracia” que poco tiene que ver con el “mérito” sino con los déficits sociales en materia de igualdad<sup>24</sup>.

## II. ¿BUROCRACIAS DE LAS ÉLITES O PARA LAS ÉLITES?

La gran nobleza de escuela es una gran nobleza de Estado. Está consustanciada con el Estado a cuyos “intereses superiores” sirve, en nombre de la idea de dedicación de “servicio público” -en la medida en que, haciéndolo- sirve a sus propios intereses” (Bourdieu, 2013)

Sabino Cassese, para describir cómo funcionaba el anclaje de la Administración Pública en el Ejecutivo en Francia a lo largo de la historia, representaba tres modelos: 1.- el del Siglo XIX, denominado *deputé-fonctionnaire*, bajo Louis Philippe, según el cual el 62% de los empleados del Parlamento eran funcionarios públicos, por lo que el gobierno debía su supervivencia al modo en que lograba gobernar la carrera de sus empleados<sup>25</sup>. 2.- el modelo de la tercera y cuarta República,

<sup>23</sup> [...] De cualquier manera, una cosa es cierta: los dos grandes bloques de poder descendente y jerárquico en toda sociedad compleja, la gran empresa y la administración pública, hasta ahora no han sido afectadas por el proceso de democratización; y hasta que estos dos bloques resistan las presiones de las fuerzas que vienen de abajo, no se puede decir que la transformación democrática de la sociedad se haya realizado Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, FCE, México, 2014, p. 66.

<sup>24</sup> El mérito no tiene que ver, con la mirada neoliberal asume e impone como natural, con los logros individuales, sino sociales. Nadie logra nada “solo” sino siempre en relaciones simétricas o asimétricas con otros. La corrección de las asimétricas es lo que termina con la desigualdad “elitista” que está en el trasfondo del “mérito” educativo. Para el empleo público, nuestra constitución no habla de mérito, habla de idoneidad. Alberdi en este punto se distancia de su fuente norteamericana.

<sup>25</sup> Cassese, Sabino, *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2014, p-71.

en la cual gobernaba la alta Administración y ella constituía un paliativo a la inestabilidad del gobierno. 3.- el tercer y actual modelo, continuamente sometido a discusión, de la compenetración de las élites política y administrativa<sup>26</sup>.

Este último es el de la función pública mediante la elección relacionada al “mérito” para ocupar los cargos más altos de la Administración, que se formarán, según varios autores clásicos: *con los mismos principios y una configuración unitaria e interdependiente*<sup>27</sup>, y que en cuanto a la política, esta organización de la función pública introduce un *personal adiestrado, bien seleccionado, relativamente homogéneo y capaz de gestionar al Estado*<sup>28</sup>. Este es el caso de la Escuela Nacional de Administración de Francia.

## II.i. Escuela Nacional de Administración (ENA)

La ENA fue creada por ordenanza del 9 de octubre de 1945, luego de la segunda guerra mundial, con la finalidad de organizar al funcionario público<sup>29</sup> y lograr estabilidad administrativa y política. Para ello se creó una Comisión de Reforma de la Administración Pública<sup>30</sup>, durante la presidencia del general Charles de Gaulle<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid

<sup>28</sup> D. Chagnollaud, *La haute administration au pouvoir? Les “grands commis” de la IV République*, en *Pouvoir*, n.76, 1996, p.107 ss, citado en: Cassese, Sabino, *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2014, p. 71.

<sup>29</sup> Página oficial de L'École Nationale d'Administration, disponible en: <https://www.ena.fr/Ecole/Qui-sommes-nous/Histoire>

<sup>30</sup> Entre los antecedentes de la decisión de crear una carrera de formación y “transformar la estructura de la Administración Pública” francesa se encuentran enunciados conceptos democratización e igualdad de oportunidades. La misión provisional de reforma de la administración fue encargada al Jefe de Gobierno y dirigida por Maurice Thorez, Vicepresidente del Consejo y Secretario General del Partido Comunista.

<sup>31</sup> De la ENA han salido varios presidentes de la República, como Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac, François Hollande y Emmanuel Macron.

En una comparación rápida (ENA-ECAE), digamos que la ENA funciona para formar y seleccionar a toda la Administración Pública (de Francia); la ECAE, por contraste, tiene por función seleccionar y formar solamente al cuerpo de abogados del Estado Argentino. No a toda la Administración pública.

Con los años, la ENA se fue tornando cada vez más competitiva, los exámenes de ingreso se caracterizaron por la rigurosidad, sólo el 10% de los aspirantes logran ingresar, lo que favoreció, con los años, a una determinada clase social, que reuniese ciertas condiciones específicas en la exclusividad de su ingreso<sup>32</sup>. Una vez ingresados reciben un salario en calidad de funcionarios, y tienen la obligación de trabajar para el Estado, al menos, durante una década. El primer año consta de un curso de preparación y otro de prácticas. Los estudiantes reciben clases de profesores invitados que son por lo general funcionarios superiores de la administración. Tras la graduación, se ofrece al estudiante un empleo en la administración pública, y los estudiantes que hayan obtenido los mejores resultados académicos tienen la posibilidad de escoger entre las vacantes disponibles.<sup>33</sup> Estas prácticas, “de determinismo y corporativismo”, duramente criticadas por Macron, exegresado de la ENA, son, a primera vista, anacrónicas.

Tanto los informes realizados en los años 1969, 2003 y 2020, como las críticas de estudios sociológicos sobre la composición de quienes conforman la ENA, coincidieron en que los estudiantes provienen de sectores sociales medio-altos, principalmente de hijos de ejecutivos del sector privado, de varias generaciones de profesionales, altos funcionarios de la administración pública, también egresados de las grandes

---

<sup>32</sup> Esta es la base de la crítica de Pierre Boudieu a la ENA. Quienes llegan a los altos cargos de Francia: todos son de París, casi nadie del interior, casi todos son hijos o sobrinos de familias profesionales, vinculadas a la universidad y la “alta” cultura, con acceso a formación que luego es evaluada en los cursos de ingreso. Esto genera endogamia (la “nobleza”) en el Estado. Esta crítica ha sido dirigida en nuestro país contra el ISEN, de la Cancillería. Ningún “mérito” se construye solo. Por eso impugnamos la idea demasiado genérica y potencial de igualdad de “oportunidades”, considerando más atinado y oportuno el concepto “igualdad de derechos”.

<sup>33</sup> Página oficial disponible en: <https://www.ena.fr/Ecole/Qui-sommes-nous/Histoire>.

escuelas de formación; que la mayoría están radicados en París, asistieron a educación privada, consumen los mismos contenidos culturales, se informan por los mismos periódicos (Bourdieu, 2013), es decir que pertenecen al mismo estrato social o “casta privilegiada” (Informe Yves-Thibault de Silguy, 2003; Informe Thiriez 2020).

Más allá de los propósitos de su creación, mediante la ordenanza de 1945, de democratizar la función pública, es actualmente acusada de privilegiar y reproducir una élite política<sup>34</sup>, económica y social<sup>35</sup>. Si bien no fue uno de los reclamos explícitos de los descontentos sociales manifestados por los chalecos amarillos en las protestas de 2018, se enmarca en la reforma del Estado planteada por el gobierno francés para dar respuesta a una situación de privilegio que produce cada vez más rechazo<sup>36</sup>.

Macron requirió a uno de sus asesores, Frédéric Thiriez, también exenarca, la elaboración de un informe sobre la situación de la alta función pública. El informe conocido como *Rapport Thiriez*<sup>37</sup> realiza una serie de propuestas, entre las que se anuncia que la ENA será reemplazada por una nueva institución más accesible para los estudiantes de orígenes modestos, y con mayor representación geográfica, ambas realidades que habían sido advertidas en los informes realizados en 1969 y 2003<sup>38</sup>. El diagnóstico del informe evidenció la falta o insuficiencia

---

<sup>34</sup> Disponible en: <https://revue-pouvoirs.fr/La-haute-administration-au-pouvoir.html>

“Por tanto, tienen que elegir entre la transgresión o el respeto de un patrón weberiano que definitivamente fija su lugar en la organización jerárquica. Sin ninguna otra racionalidad que el que les confiere su condición o las exigencias de su función, no tener otra estrategia que la defensa de un interés “general” o el de una “casta burocrática”.

<sup>35</sup> La edad de los alumnos oscila entre los 20 y los 30 años y tan solo una tercera parte son mujeres, provienen en un 70% de clases adineradas, en un 76% provienen de Sciences Po y las mejores calificaciones acceden a los cargos más relevantes del Estado o el Tribunal de Cuentas.

<sup>36</sup> Disponible en: [https://www.lemonde.fr/education/article/2021/03/29/l-ena-ecole-aussi-convoitee-que-mal-aimee\\_6074789\\_1473685.html](https://www.lemonde.fr/education/article/2021/03/29/l-ena-ecole-aussi-convoitee-que-mal-aimee_6074789_1473685.html)

<sup>37</sup> Informe Thiriez para la actual reforma de la ENA (2020). Disponible en: [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport\\_de\\_m\\_frederic\\_thiriez\\_-\\_mission\\_haute\\_fonction\\_publique\\_-\\_18.02.2020.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport_de_m_frederic_thiriez_-_mission_haute_fonction_publique_-_18.02.2020.pdf)

<sup>38</sup> Los informes anteriores más destacados fueron: el *Rapport de la commission d'études des problèmes de l'École nationale d'administration*, de 1969, cuya comisión presidida por François Bloch-Lainé sugería el cierre de la ENA, entre



de diversidad, con una alarmante sobrerrepresentación de clases altas (70%), una distribución profundamente desequilibrada en relación al género (30% de mujeres), y un monopolio cuasi-parisino en las competencias y en los ingresos; entre otras falencias identificadas<sup>39</sup>. En consecuencia, la tradicional ENA será reemplazada por el Instituto de Servicio Público, a partir del 1 de enero de 2022.<sup>40</sup> Lo que está claro es que se mantendrán los tres principios: 1.- *Excelencia* en el ingreso, 2.- *Ingreso por concurso*, 3.- *Sólida formación inicial de los candidatos admitidos*, sin perjuicio de su formación continua.<sup>41</sup>

Entre sus objetivos, el informe *Thiriez*, centra tres ejes de propuestas: 1.- *Abrir la alta función pública*, implica que todos los candidatos a la alta función pública, tras superar un concurso, deberán seguir un período de seis meses de formación común, para luego prestar servicios, al menos por un año, en la administración descentralizada o donde se requiera, en conformidad con las prioridades del Estado. Se suprimirán los altos cuerpos del Estado transformándolos en empleos funcionales (con matices en los cuerpos con funciones también judiciales: Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, por ejemplo). La ENA sólo se mantendrá como “marca internacional”.<sup>42</sup> 2.- *Diversificar el ingreso*, implica

---

otros motivos por la falta de democratización en el ingreso, la falta de representación e igualdad republicanas; y el Informe *Moderniser l'Etat: le cas de l'ENA*, 2003, presidido por Yves-Thibault de Silguy, enuncia como su antecesor los déficits democráticos y de igualdad, disponible en <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000172.pdf>

<sup>39</sup> Informe Thiriez para la actual reforma de la ENA (2020), p.4, traducción libre. Disponible en: [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport\\_de\\_m\\_frederic\\_thiriez\\_-\\_mission\\_haute\\_fonction\\_publique\\_-\\_18.02.2020.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport_de_m_frederic_thiriez_-_mission_haute_fonction_publique_-_18.02.2020.pdf)

<sup>40</sup> Noticia disponible en: [https://www.lemonde.fr/politique/article/2021/04/08/emmanuel-macron-annonce-la-suppression-de-l-ena\\_6075996\\_823448.html](https://www.lemonde.fr/politique/article/2021/04/08/emmanuel-macron-annonce-la-suppression-de-l-ena_6075996_823448.html)

<sup>41</sup> Informe Thiriez para la actual reforma de la ENA (2020), p.3, traducción libre. Disponible en: [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport\\_de\\_m\\_frederic\\_thiriez\\_-\\_mission\\_haute\\_fonction\\_publique\\_-\\_18.02.2020.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport_de_m_frederic_thiriez_-_mission_haute_fonction_publique_-_18.02.2020.pdf)

<sup>42</sup> Informe Thiriez para la actual reforma de la ENA (2020), p.4-5, traducción libre. Disponible en: [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport\\_de\\_m\\_frederic\\_thiriez\\_-\\_mission\\_haute\\_fonction\\_publique\\_-\\_18.02.2020.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/02/rapport_de_m_frederic_thiriez_-_mission_haute_fonction_publique_-_18.02.2020.pdf)

generar pruebas de acceso menos académicas, menos discriminatorias socialmente y más operativas, se realizarán pruebas psicotécnicas no puntuadas, se descentralizará en todo el territorio y en el exterior las “clases de preparación” para el ingreso. Se fomentará un concurso especial destinado a hacer efectiva la igualdad de oportunidades (criterios académicos combinados con criterios sociales, y se brindará apoyo social para la preparación de los exámenes), además en los criterios para la distribución de funcionarios mediante licitaciones, y se podrá requerir un 50% de representación de mujeres para los altos cargos decisivos. Quizá uno de los puntos más discutidos, es que junto a la vía de acceso ordinaria (por concurso) se establecerá una vía de acceso profesional (con modulaciones en sus exigencias y en su duración, que podrá estar reservada al 50 por ciento de las vacantes). 3.- *Dinamizar las carreras*, significa la revisión de las competencias de los altos funcionarios dando un espacio mayor a la innovación, comunicación, cultura de resultados y gestión (liderazgo) de equipos. Los cuadros superiores serán evaluados en sus resultados de gestión, en base al mérito, formación continua, y se fortalecerá el atractivo de la carrera pública, pero también, se facilitará la movilidad interprofesional con el sector privado. Es decir, propone que el funcionario público pueda retornar del sector privado, con un máximo de cinco años, a las vacantes del sector público, mediante un seguimiento personalizado. Además, mantiene la contratación de personas del sector privado, sin concurso, y prevé la actualización de salarios para ser más competitivos con cargos similares en el sector privado, y el anuncio del seguimiento de ciertas recomendaciones de la OCDE. Este último punto, bastante llamativo, por cierto.

En respuesta a la política anunciada por Macron, la *Conférence des Présidents d'Université*, CPU, que representa a los rectores de las universidades, acogió con agrado el objetivo de estrechar las relaciones entre los altos cargos de la administración pública y las casas de altos estudios, sin embargo manifestó que si se pretende una verdadera reforma esta no podría significar únicamente un cambio de nombre, o simples modificaciones a lo existente, sino que enumeró las condiciones necesarias para que la reforma sea en profundidad.<sup>43</sup> Para

---

<sup>43</sup> Ver el comunicado de CPU: <http://www.cpu.fr/actualite/creation-de-linstitut-du-service-public-la-cpu-salue-la-volonte-de-rapprochement-entre-la-haute-fonction-publique-et-luniversite/>

ello, la CPU, sostuvo que era necesario: 1.- Combinar la formación de altos funcionarios del Estado con la investigación universitaria, especialmente en ciencias humanas y sociales, para comprender las complejidades y necesidades de la sociedad. 2.- Organizar programas de formación de los estudiantes en las diversas regiones del país, y no solo en el área donde fueron asignados. 3- Lograr el ingreso a puestos de alto nivel de la función pública a una diversidad social y cultural más amplia. 4.-Introducir o aumentar la oferta de formación continua durante toda la vida.<sup>44</sup>

El anuncio causó adhesiones y desconcierto por las reformas relacionadas a la “democratización” del ingreso y, quizá, no tuvieron repercusiones semejantes las referentes a la “agilización” de la administración pública.<sup>45</sup> ¿Por qué no tuvo el mismo eco el plan de renovación de la administración pública que toma más conceptos provenientes del sector privado que del sector público?, ¿se parecen estos conceptos a los de la *nueva gestión* pública del gobierno de los Ceos?, ¿hay un doble estándar en anunciar la democratización e igualar el empleo público con el empleo privado?, ¿quién podría estar en contra de “agilizar” la administración pública?, sin embargo, ¿a qué se refieren con agilizar?

La ordenanza 702 de junio de 2021<sup>46</sup> creó el ISP. Sin embargo, las cuestiones relacionadas a la forma en que se realizarán los traspasos de la gestión privada a la alta función pública serán regulados -en cuanto al tipo de contratación, remuneración, situación laboral, entre otras especificaciones- en reglamentaciones posteriores, a la par que dejó vigente el art. 59 de la ley de transformación pública de 2019, que permite la contratación de ejecutivos del sector privado en cargos de la alta administración pública.

Más allá de que estos interrogantes que iremos descifrando con el correr de los meses, el gran anuncio realizado por el gobierno francés

<sup>44</sup> Ver el comunicado de CPU: <http://www.cpu.fr/actualite/creation-de-linstitut-du-service-public-la-cpu-salue-la-volonte-de-rapprochement-entre-la-haute-fonction-publique-et-luniversite/> y comunicado sobre la visita al presidente Macron <http://www.cpu.fr/actualite/la-cpu-recue-par-le-president-de-la-republique/>

<sup>45</sup> Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, página oficial. Noticia disponible en: <https://clad.org/2021/04/20/noticias/supresion-de-la-ena-francesa/>

<sup>46</sup> Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043590607>

vuelve a colocar en el debate temas de trascendental importancia como la función pública y la formación de quienes representen a los intereses de la Nación. Debates que nos debemos también por estas latitudes.

## **II.ii. Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado - ECAE**

El Cuerpo de Abogados del Estado, creado mediante la Ley 12.954 de 1947, en el marco del plan quinquenal del Gobierno del General Perón, es el órgano encargado del asesoramiento jurídico y de la defensa del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la Administración Pública Nacional.

El ingreso y promoción en el Cuerpo de Abogados del Estado requiere de una serie de requisitos señalados en los artículos 14 y 15 de la Ley N° 12.954 y la capacitación de los abogados del Estado compete a una unidad académica, creada en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, mediante el Decreto N° 754/94: la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (Goett, 2020).

La Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado se compone de tres áreas: de formación, investigación y pedagógica. La ECAE fue planificada para que los egresados obtuvieran una capacitación académica pero con un enfoque en la práctica del abogado del Estado, tanto en el asesoramiento jurídico, su defensa en juicio, como en las demás tareas propias del abogado del Estado. Además de los programas de formación, diplomaturas, maestrías, en conjunto con universidades nacionales, con las que mantiene un fuerte vínculo académico y de práctica profesional, las actividades desarrolladas desde la ECAE han respondido a problemáticas sociales que adquirirían un protagonismo esencial en las políticas públicas (Goett, 2020). En ese sentido, la formación de los “abogados de trincherá”, desde la ECAE, es irremplazable y estratégica para los intereses del Estado, que son, en fin, los intereses de los ciudadanos.

## **II.iii. Profesionalización e Idoneidad**

Desde la ECAE apostamos a la excelencia en materia de formación académica, mediante la oferta de cursos con alto contenido teórico-académico y con la dotación de habilidades profesionales adquiridas en la práctica en la defensa de los intereses del Estado. Estamos convencidos

de que la defensa del Estado debe estar en manos de los profesionales más aptos y mejor formados, porque son ellos, en definitiva, quienes defienden los intereses de todos sus habitantes.

De las experiencias en Argentina, quizá la más significativa, en materia de reclutamiento de funcionarios públicos en base al mérito, es la del Instituto del Servicio Exterior de la Nación<sup>47</sup>, fundado en 1963 por iniciativa del Canciller Carlos Muñiz<sup>48</sup>, durante la presidencia de José María Guido<sup>49</sup>. Desde el momento de su creación ha desarrollado una labor continua de formación de profesionales diplomáticos.

Durante la presidencia de Alfonsín, tomando la experiencia del modelo francés, se creó el Cuerpo de Administradores Gubernamentales, que si bien no replicaba integralmente a la ENA, introducía como práctica la selección objetiva, la formación intensiva y el progreso de carrera pautado y competitivo (Dalbosco, 2015). Sin embargo, no tuvo continuidad, como ocurre con muchas políticas públicas<sup>50</sup>. A pesar de

---

<sup>47</sup> “La carrera diplomática estuvo reglamentada desde los primeros años de la vida constitucional, pero hasta la segunda mitad del siglo XX el ingreso a ella se hacía generalmente por cooptación y se restringía a un perfil de funcionario que, aunque no se pudiera asimilar completamente a la tradición aristocrática, poseyera un nivel de ilustración de medio a alto, y dominase un idioma extranjero como condición primordial” En: DALBOSCO, Hugo, *Lecciones de la carrera diplomática para la formación de la burocracia argentina*. Revista Cultura Económica, Año XXXIII, N° 90, 2015, p. 36. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2079/1/lecciones-carrera-diplomatica-formacion.pdf>

<sup>48</sup> El 10 de abril de 1963 mediante el Decreto-Ley N° 2707, a raíz de una iniciativa de Carlos Muñiz, Canciller del Presidente José María Guido. En 1975 la Ley del Servicio Exterior de la Nación N° 20.957 reconoció al ISEN como organismo único de selección, formación e incorporación del personal para el cuerpo permanente activo del Servicio Exterior de la Nación, cuya misión fundamental es “afirmar y desarrollar la vocación profesional, los principios éticos y morales y la convicción patriótica que informan la conducta de los aspirantes a la carrera diplomática.” DALBOSCO, Hugo, *Lecciones de la carrera diplomática para la formación de la burocracia argentina*. Revista Cultura Económica, Año XXXIII, N° 90, 2015, p. 36. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2079/1/lecciones-carrera-diplomatica-formacion.pdf>

<sup>49</sup> ISEN, página oficial, disponible en: <https://isen.cancilleria.gob.ar/inicio>

<sup>50</sup> En los años ‘90, el ministro Cavallo también intentó la organización de un cuerpo de élite, pero enfocado en el área económica. El Instituto Superior de

que existieron experiencias de profesionalización de las burocracias a lo largo de la historia argentina, ninguna otra reunió las características típicas de los ideales weberianos (selección y carrera por mérito, aptitud técnica, prestigio social<sup>51</sup>). Quizá entre los debates actuales debamos definir lo que entendemos por “mérito”, ya que:

La diversidad de métodos de contratación y de los concursos en sí difiere entre países y se relaciona con diferentes concepciones del concepto “mérito”. A diferencia de Alemania y Reino Unido y, en menor medida, en Italia, la noción de mérito en Francia está mucho más centrada en las habilidades académicas que en el desempeño profesional y el potencial humano (Yves-Thibault de Silguy, 2003)<sup>52</sup>

Uno de los conceptos a dilucidar, entonces, es el de entender el mérito. Cuando se piensa en la formación del abogado del Estado se incluyen contenidos académicos, brindados por profesores de Universidades y el conocimiento práctico de los funcionarios del Estado.

---

Economistas de Gobierno (ISEG) fue creado en el ámbito del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Decreto N° 1921/94). Los candidatos seleccionados, graduados en disciplinas afines, luego de completar el programa obtenían, además de un cargo en el área económica, un título de postgrado (Magister en Economía de Gobierno). El ISEG fue discontinuado por la vía presupuestaria, primero y suprimido finalmente en 2000. (...) Por una iniciativa del INAP en 2007 se creó el Programa de Formación para las Carreras de Estado, integrado inicialmente por una Especialización en Dirección Pública y un Posgrado en Gestión de Organizaciones Públicas. El universo de referencia eran los directivos y los profesionales de la administración y se buscaba homogeneizar e integrar la formación del segmento superior de la administración. Aunque el Programa fue lanzado oficialmente, no se llegó a organizar en su formato original y, en su lugar sólo pudieron lanzarse formatos especializados relacionados con otros centros de capacitación de la administración pública como la Escuela de Abogados del Estado. En: DALBOSCO, Hugo, *Lecciones de la carrera diplomática para la formación de la burocracia argentina*. Revista Cultura Económica, Año XXXIII, N° 90, 2015, p. 40. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2079/1/lecciones-carrera-diplomatica-formacion.pdf>

<sup>51</sup> Ibid. Falta un escalafón propio para los y las abogadas del Estado. Su creación es parte de la jerarquización profesional.

<sup>52</sup> Informe *Moderniser l'Etat: le cas de l'ENA*, 2003, presidido por Yves-Thibault de Silguy, página 27, disponible en <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000172.pdf>

He aquí un dato importante, la OCDE al analizar los programas de formación de las escuelas de gobierno diferencia aquellas que tienen como finalidad una capacitación al estilo universidad de aquellas de formación técnica del funcionariado<sup>53</sup>. En el caso de la ECAE, el abogado del Estado debe completar su formación con una conjunción de saberes teóricos y prácticos. La formación teórica es fundamental para “pensar” la abogacía pública, y la formación práctica para desarrollar habilidades y talento en campo.

Podemos contrastar entonces el *mérito*, como un logro del individualismo, vinculado a falsa comprensión de que el esfuerzo personal lo hace merecedor del logro obtenido en una competición. En ese sentido, pertenecer a una clase de privilegio no es mérito personal. Sólo puede existir mérito si fueron garantizadas mínimamente las condiciones de partida. La *idoneidad*, que introdujo como novedad Alberdi, en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional, es un concepto más amplio vinculado a la aptitud (Marienhoff, 1998), esto significa conocimientos académicos, prácticos, habilidades técnicas, de talento humano, y de compromiso con la cosa pública, en palabras de Jèze (Schreginge, 2019).

La meritocracia, sin condiciones reales de igualdad de oportunidades/derechos, finalmente, reproduce a los sectores privilegiados que tienen una única finalidad: mantener el *statu quo*. Justamente, es el rol opuesto al de defender en la trinchera el interés de todas y todos.

Esto no excluye el carácter –pro interés público– de exigencia creciente de los programas y capacitaciones que se imparten desde la ECAE. Esa exigencia es imperiosa para que los abogados del Estado, mejor preparados, no pierdan juicios que le salen muy caro al Estado. Y también para que los abogados del Estado no tengan, por deficiencias en la formación pública, en la formación que imparte el Estado, que ir a buscar en espacios privados herramientas para hacer mejor su trabajo público. Queremos terminar con esta contradicción. Así como el ISEN capacita con rigor al servicio diplomático, la ECAE forma al servicio

---

<sup>53</sup> OCDE, (2017), “Innovating in schools of government programmes” in National Schools of Government: Building Civil Service Capacity, OECD Publishing, Paris. Disponible en: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/national-schools-of-government/innovating-in-schools-of-government-programmes\\_9789264268906-6-en#page11](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/national-schools-of-government/innovating-in-schools-of-government-programmes_9789264268906-6-en#page11)

jurídico de la Nación con criterios de exigencia y solidez académica, para que puedan representar mejor el interés público argentino. Esta exigencia es en beneficio de la sociedad en su conjunto. Este “mérito” (seleccionar a las mejores cabezas, tanto en el ISEN como en la ECAE) no es en provecho individual, sino colectivo. Allí entendemos que el “Mérito” si se justifica, porque cobra otra dimensión: que es poner el Estado en las mejores manos. Que el talento quede del lado público. No privado. La ECAE comparte la crítica al mérito en una mirada individualista. Pero sí apuesta por la construcción colectiva (del “mérito”<sup>54</sup>): de allí la importancia del carácter de “cuerpo” del cuerpo de Abogados del Estado.

### III. DEMOCRACIA, IGUALDAD Y FEDERALISMO

Las piezas sobre derechos fundamentales pueden ser simplificadas o quedar resumidas en la majestuosa invención de 1789: libertad, igualdad, fraternidad, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (Ferreyra, 2020) [...] Sin embargo, no alcanza por ser tratados por el orden jurídico de un modo igualitario, con abierto y fundamental respeto a nuestras diferencias, aún con el escrutinio más riguroso [...] La desigualdad social es una deuda pendiente que martiriza el presente y configura un futuro lleno de desventajas para la mayoría de sus habitantes (Ferreyra, 2020)

Igualdad ante la ley ha representado un fundamento del Estado liberal, la igualdad de oportunidades representa un fundamento del Estado de democracia social<sup>55</sup>. Este principio apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales (Bobbio, 1993).

<sup>54</sup> Ingenieros, José. *El hombre mediocre*. Ed. Losada. Buenos Aires. 1989.

<sup>55</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*. Como dijimos antes, nosotros creemos en la igualdad material de derechos más que en la igualdad formal de oportunidades. Es la única forma de construir una democracia sustantiva y no una “cáscara” democrática en un mar de desigualdad y privaciones. Una sociedad pobre no puede llamarse “democrática”. Ha dejado de serlo. La desigualdad interpela a la democracia, que se sostiene sobre la participación civil en condiciones de “autonomía”.



El principio de no-discriminación encierra una concepción muy limitada de igualdad que no contempla la realidad social de grupos sistemáticamente sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos dentro de una estructura social medianamente cristalizada (Sabba, 2007)

La introducción del artículo 75, inciso 23 y su reconocimiento implícito de la igualdad como no sometimiento, deben guiar nuestra más moderna interpretación del principio de igualdad ante la ley del artículo 16 de nuestra Constitución Nacional (Sabba, 2007)

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones, una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados [...] <sup>56</sup>. En ese sentido ha dicho:

[...] los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. <sup>57</sup>

Por lo tanto, el Estado argentino, en virtud del art. 75 inc. 23 puede implementar acciones positivas para generar situaciones de igualdad real. Asimismo, en virtud de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, Argentina está internacionalmente obligada a hacerlo.

#### IV. VISIÓN NACIONAL, FEDERAL Y LATINOAMERICANA

Entre los objetivos de formación de las escuelas de administración pública que dependen del Estado existen diversas visiones en razón de

<sup>56</sup> Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246

<sup>57</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18

los intereses específicos del Estado al que pertenecen<sup>58</sup>. En ese sentido, no puede perderse de vista que Argentina es un país federal, con una inmensa diversidad geográfica, cultural y social, inserto en el continente más desigual del mundo, situación que será aún más agravada por la pandemia.

La política pública debe orientarse a atenuar las desigualdades estructurales y una de las formas de hacerlo ha sido a través de las políticas de cuotas o acciones positivas<sup>59</sup>. Persisten barreras estructurales y una cultura basada en modelos patriarcales que se expresa<sup>60</sup>, entre muchas otras manifestaciones, en el acceso desigual a la administración pública, como ha expresado el gobierno argentino mediante el decreto 720/2020<sup>61</sup>.

El objetivo debe ir orientado a la profesionalización y formación de excelencia en quienes tengan vocación de defender los intereses del Estado, cuya única condición indispensable para la admisión sea la idoneidad, garantizando la igualdad y la democratización para lograr una verdadera representación federal, diversa, heterogénea e inclusiva.

Las políticas públicas nacionales son soberanas, responden a las necesidades de los pueblos, y muchas veces fracasan porque provienen de otras latitudes, de debates ajenos. No podemos implantar modelos sino crear propios. No hay marcos teóricos separados de intereses concretos. Y los intereses no están desconectados entre sí. Cuando los

---

<sup>58</sup> OCDE, (2017), "Innovating in schools of government programmes" in National Schools of Government: Building Civil Service Capacity, OECD Publishing, Paris. Disponible en: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/national-schools-of-government\\_9789264268906-en#page45](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/national-schools-of-government_9789264268906-en#page45)

<sup>59</sup> Entre las políticas implementadas para democratizar el acceso, se destaca la Ley de Cuotas Sociales sancionada en Brasil. Esta Ley establece la reserva de un mínimo del 50% de las plazas en las universidades e institutos federales para estudiantes de escuelas públicas. En ese porcentaje, hay una distribución para negros, mulatos e indígenas, proporcional a la composición de la población en cada estado del país. IPPDDH MERCOSUR. Disponible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/brasil-aprobo-la-ley-de-igualdad-de-acceso-a-la-educacion/>

<sup>60</sup> En el ámbito regional se ha planteado, principalmente, el aumento del número de mujeres en los cuerpos legislativos. Ver estudio de la CEPAL. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-cuotas>

<sup>61</sup> Muy importante que el gobierno nacional haya establecido por decreto No 721/2020 el Cupo Laboral Trans en el Sector Público Nacional, de ingreso de LGTBY al empleo público. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primer/234520/20200904>

países de América Latina reproducen o replican modelos extranjeros (la dogmática penal es un claro ejemplo, reproduciendo en Argentina o Perú el funcionalismo pensado para Alemania), no solo importan ideas que pueden no servir, sino que pueden ser abiertamente contraproducentes porque fueron pensadas para favorecer intereses que no son los propios. Necesitamos desarrollar un marco teórico adecuado a la tarea de un cuerpo de abogados de un Estado latinoamericano, con su particular realidad social e histórica. No hay conceptos neutrales. Menos en términos de soberanía de los Estados. Necesitamos construir aun un lenguaje propio para (defender) nuestro Estado argentino, acorde a los requerimientos de nuestro interés público. Argentina no es Francia y no es Dinamarca. Argentina es parte de una región lastimada que aun está reconstruyendo su historia y que debe lidiar con indicadores criminales de marginalidad y pobreza infantil. Esto no es algo ajeno a la “teoría” del Estado. Tampoco es algo ajeno al mundo del “comercio” global. Es parte de cómo nos posicionamos y nos defendemos jurídicamente. Replicar teorías (incluso progresistas) de otros continentes, puede no redundar en ningún resultado efectivo. Nuestra dura realidad social así lo demuestra. Falta pensamiento nacional, local, regional. Faltan voces propias. Falta una parte de nuestra historia.

La defensa del Estado debe ser prestigiada, honrada, socialmente reconocida. Para ello la ECAE busca jerarquizar el rol del Abogado del Estado. Ello sólo se logra mejorando sus condiciones de trabajo, su formación, su salario, su motivación y perspectiva para atraer a los mejores talentos a la defensa de los intereses de todos. Queremos que conceptos como “soberanía”; “interés público”, “espíritu de cuerpo” (algo denostado por Bourdieu) dejen de ser consignas o eslóganes vacíos, para ser principios para la acción<sup>62</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La verdadera “modernización del Estado” no es tornar al Estado en un ente de gestión costo-beneficio al estilo propio del mercado, sino

---

<sup>62</sup> La mejor defensa de los intereses que son de todos (interés público) se logra incorporando a los mejores talentos y garantizando que la formación continua acompañe las necesidades del Estado argentino.

en una administración que de valor al “interés público” por sobre el (no en contra, pero sí por encima del) “interés privado”, que satisfaga las necesidades de la sociedad y se transforme con ella, invitando a la inclusión social, a la movilidad social ascendente, a la distribución más equitativa de la renta, en vistas a garantizar el derecho humano al desarrollo progresivo. Modernizar al Estado no es convertir al Estado en una empresa más. Es, por el contrario, dotarlo de un marco teórico adecuado a su historia y funciones, que es de lo que hoy mayormente carece, porque la filosofía política y el derecho “político” han resignado, con la teoría constitucional, buena parte de ese debate. Esa carencia se nota luego en la falta de argumentación de los abogados del Estado, que no encuentran los argumentos para defender y justificar su tarea en forma sólida y firme. Para defender mejor al Estado, necesitamos abogados que comprendan históricamente el significado de su tarea. El alcance conceptual de lo que están haciendo. Privarlos de ese “marco” no ha sido inocente ni casual. Fue la primera y más disimulada forma de “desarmar” al Estado: privar a sus abogados de un marco teórico preciso. De un lenguaje claro. De conceptos.

Macron decidió que la ENA representa un modelo anacrónico que se debe transformar con valores democráticos, de inclusión social, de diversificación social y geográfica, entre otros criterios que compartimos. No obstante, las visiones y el diagnóstico que realizaron lo hicieron sobre la realidad francesa y sobre las necesidades del Estado francés, que son no son los nuestro pero que podemos tomar para enriquecer nuestro debate.

Entre los aspectos no discutidos y que no generaron polémica de esta transformación de la administración pública en el país galo se incluyen concepciones más cercanas a las de la administración privada y a la visión empresarial para gestionar agencias estatales y ejercer altas funciones del Estado, cuando esas políticas han generado conflictos de intereses en estas tierras y cuando la pandemia ha demostrado la necesaria e indispensable visión de los abogados publicistas en defensa del interés público por sobre el interés privado.

La desconfianza en las instituciones públicas equivale al descreimiento en la posibilidad de una coexistencia mínimamente razonable y respetuosa de la dignidad, la diversidad, y la riqueza que ello trae aparejado. Por ello, la administración pública debe transformarse como la sociedad misma, representando al conjunto.

Es misión de la ECAE transmitir conocimiento y valores para la mejor defensa de los intereses públicos, que en definitiva son los intereses de la sociedad. En nuestro continente aprendimos que importar figuras jurídicas o debates ajenos no ha sido siempre lo mejor. Pensar enriquece. Hacer uso del beneficio de inventario en estos debates es inteligente. Contemplemos cómo una sociedad como la francesa busca incluir, igualar, diversificar, democratizar, sin perder la excelencia en la formación profesional de quienes defienden los intereses más preciados, los públicos, los de todos. Ese debate se lo debe también el derecho administrativo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la Democracia*, FCE, México, 2014.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, México, 1993.
- BOURDIEU, Pierre, *La Nobleza de Estado, educación de élite y espíritu de cuerpo*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013.
- CASSESE, Sabino, *Derecho Administrativo: Historia y Futuro*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2014.
- DALBOSCO, Hugo, *Lecciones de la carrera diplomática para la formación de la burocracia argentina*. Revista Cultura Económica, Año XXXIII, N° 90, 2015.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, *Malestar en el Estado*, Ediar, Buenos Aires, 2020.
- GAYARRE CONDE, Iván, La oposición al cuerpo de Abogados del Estado en el proceso de Repensar la Selección del Empleo Público, Revista de la Asociación Abogados del Estado, Número 54, Tercera etapa, Mayo 2021.
- GOETT, Horacio, El Cuerpo de Abogados del Estado y su Escuela Apuntes Históricos, Conceptuales y Normativos sobre sus Orígenes, la necesidad de la capacitación que brinda y su futuro, Revista de la ECAE N° 4, octubre de 2020.
- GRAMSCI, Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Ediciones Bnueva visión, Madrid, 1980
- IBARRA, Vilma, *Gestión Jurídica de la pandemia: la estrategia para la mejor*, Escuela de Abogados del Estado, 27 de julio de 2021.

- INGENIEROS, José. *El hombre mediocre*. Ed. Losada. Buenos Aires. 1989.
- KRUGER, Viviana, Hacia la Unidad de Criterio de los Servicios Jurídicos del Estado. La Discusión de 1946 en torno a la creación del Cuerpo de Abogados del Estado, Revista de la ECAE N° 4, octubre de 2020.
- MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III-B, AbeledoPerrot 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1998.
- MAIRAL, Héctor A. "Algunas Reflexiones sobre la utilización del Derecho Extranjero en el Derecho Público argentino", AA.VV., Estudios de Derecho Administrativo II, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.
- MAIRAL, Héctor A., *El Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- MARCER, Ernesto A. *Demandas contra el Estado*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 21 a 25.
- OCDE, "Innovating in schools of government programmes" in National Schools of Government: Building Civil Service Capacity, OECD Publishing, Paris, 2017.
- OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando y Montaña Plata Alberto, (editores) *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- OSZLAK, Oscar, El Estado después de la pandemia COVID-19, CUI-NAP 11, Cuadernos del INAP, Argentina Año 1, 2020.
- SABA, Roberto (Des)igualdad estructural, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007
- SCHREGINGE, Marcelo José, *La idoneidad como condición estructural del sistema republicano constitucionalizado y la legitimación para su exigibilidad*, Revista Derechos en Acción, Año 4/N°, 2019.
- SCHWARZ, R. Las ideas fuera de lugar. Aparecido primero como "Dépendance nationale, déplacement d'idéologies, littérature" en *L'Homme et la Société* 26 (París, 1972).

---

# HOSPITALIDAD Y CONVERSACIÓN

## UN PODER JUDICIAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS. EXPERIENCIA DE LITIGIO ESTRUCTURAL

---

JOSÉ MARÍA MARTOCCI<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 319-338

Recibido: 1/9/2021 - Aceptado: 17/9/2021

**Resumen:** Nos preguntamos en este trabajo si los derechos humanos tienen algo para decir y hacer en un mundo que repele los valores de dignidad e igualdad humanas; si pueden superar su naturaleza enunciativa y anidar en su campo semántico y político la potencia de vidas postergadas o excluidas, que encuentren allí letra propia para inocular la experiencia sufriente de sus vidas y redimirlas, hacerlas habitables frente a un sistema económico que asfixia y expulsa. Creemos que es posible mediante la *praxis* insistente e intentaremos mostrarlo a través de la experiencia de litigio colectivo y estratégico que incluye el reclamo de un poder judicial hospitalario, amable, que mire de frente el rostro del dolor social, lo aloje y remedie.

**Palabras clave:** Derechos humanos - litigio estructural - proceso judicial - políticas públicas

**Abstract:** I ask myself, in this work, if human rights have something to say and make in a world that repels the values of human dignity and equality; if they can overcome their enunciative nature and nest, in their semantic and political field, the power of postponed or excluded lives;

---

<sup>1</sup> Director de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad de la FCJS-UNLP. Director del Seminario Intensivo en Derechos Humanos (FCJS-UNLP).



and also, if they can help to find there their own language to inoculate the suffering experience of the lives to redeem them and make them habitable in the face of an economic system that suffocates and expels them. I think that it is possible, through insistent praxis and I will try to show it through the experience of collective and strategic litigation that includes the claim of a hospitable, friendly judiciary that looks straight at the face of social pain, accommodates it and remedies it.

**Keywords:** human rights - structural litigation - judicial process - public policy

---

*“¿Qué hacer con los semejantes desemejantes? ¿Qué hacer con un desamparo recubierto de palabras? ¿Cómo descubrir lo intolerable de una catástrofe, de una destrucción continuada?” (Badiou, 2009).*

Este trabajo está dedicado a Juan José Martiarena, Carlos Vallefín y Eduardo Eskenazi, corazones justos y hospitalarios

## INTRODUCCIÓN

1. El paradigma de derechos humanos adoptado por nuestro país en el año 1994 implicó, bajo su aliento, una transformación profunda del derecho nacional, al consagrar la protección de la dignidad de toda vida como valor eminente del sistema constitucional, tanto como el deber del Estado de hacerla efectiva, verificable en la existencia real, cotidiana, de toda persona.

No obstante, nada dijo –ni dice– sobre cómo llegar a una vida materialmente digna para todas las personas.

De manera que el paradigma de derechos humanos puede convivir, y en los hechos lo hace, con sistemas económicos y sociales que producen, como una máquina defectuosa, vidas descartables (Agamben, 2017; Lazzarato, 2019).

Es por esto que el discurso emancipador de los derechos humanos choca con los efectos de sistemas económicos que producen ruina ambiental, miseria social y exclusión sistémica, bajo el embrujo de un



sujeto exaltado en su condición individual de prosperidad y consumo en el marco del imaginario dominante del capitalismo global (Alemán, 2012; Lopez Petit, 2009; Lordon, 2015).

La modernidad dio lugar protagónico a la idea de individuo, de vida autónoma, de contrato, de empresa, de riesgo.

Esto se pone en escena, tempranamente, en el “Mercader de Venecia”, obra de fines del siglo XVI donde la ciudad es un *topos* mercantil y donde prevalece el intercambio de intereses y bienes entre sus protagonistas y el conflicto en torno a la interpretación de un contrato de préstamo de dinero y la penalidad por su incumplimiento (Ost, 2016; Rinesi, 2009). O bien en “Robinson Crusoe”, novela publicada en el año 1719 consagrada a exaltar al sujeto masculino, europeo, aventurero y comerciante capaz de sobrevivir por sí mismo –un *sí mismo* soberano- en condiciones adversas, al tiempo que nombra y naturaliza una alteridad devaluada –*lo otro* subordinado-. Hay una gradación de humanidades (Carman, 2011).

Sucede que en su origen contractual *lockeano* los derechos humanos fueron, también, hijos dilectos de la modernidad; y en su reivindicación del individuo y sus derechos frente al Estado y a las otras personas, acompañó el desarrollo del capitalismo hasta hoy; junto con lo cual legitimó, o al menos toleró, sus efectos económicos, sociales y ambientales desbastadores.

El paradigma de la dignidad abierto en el año 1948 a través de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* se mira en el espejo de un individualismo radical, un darwinismo social (Supiot, 2007). Y creemos que enfrenta el proyecto histórico del capital, que conlleva el gobierno de los dueños y de las cosas (Segato, 2018).

Los modelos alternativos –si es que lo fueron- originados en las revoluciones sociales ensayados en el siglo XX fracasaron frente a la fuerza de ese sistema de ocupación del mundo y de modelación de una subjetividad acorde.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Decimos que los modelos abiertos principalmente luego de la revolución de octubre de 1917 no escaparon, en su filiación profunda, a la condición tecnológica moderna y al modelo de acumulación productivista.

2. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada en el seno de Naciones Unidas en el año 1948, obra como disparador de su *corpus iuris*, dando inicio a una producción normativa que ya lleva más de siete décadas y que actúa como síntesis de todos los derechos de la persona en torno a la idea de dignidad humana y no discriminación.

Espejo invertido del mundo, funda un imaginario en torno a lo sagrado de toda vida, que debe ser protegida en sus condiciones materiales de existencia y en su dignidad. Y ya no solo como anhelo humanista o mandato moral propio de la tradición cristiana, sino como derecho exigible a cada Estado.

En nuestro país, este compromiso vertebra el contrato constitucional y no hay norma ni práctica de autoridad pública –cualquiera sea su rango- que pueda escapar de este imperativo, aunque no lo advierta, lo olvide o desacate.

A menudo perdemos de vista que los derechos humanos intentan responder la misma pregunta que la política interroga acerca de cómo vivir juntos, y lo hacen instaurando la sacralidad de toda persona como eje organizador de lo común.

Por tanto, mientras los sistemas sociales y económicos expulsan a vastos colectivos de una vida digna, y producen, como lo caracteriza De Sousa Santos, una “*ontología degradada*”, una política de la exclusión (López Petit, 2009), el paradigma de derechos humanos los reconoce como personas, quiere traerlos al pacto constitucional y remediar su ocultamiento y desigualdad estructural (De Sousa Santos, 2014).

En esta tensión se juega el derecho como práctica social compleja, en tanto el discurso de derechos humanos puede ser reapropiado por quienes fueron excluidos en su origen y lo siguen siendo ahora. Y la lengua de los derechos puede ser, también y sobre todo, fuerza comunitaria, lazo social, vida digna irrenunciable y en construcción.

Caracterizar a los derechos humanos como posibilidad –vale decir, que puedan ser o no en el mundo- significa que su realización depende de la voluntad humana, no de otra fuerza.

Bajo estas ideas proponemos pensar con cautela crítica el rol del poder judicial y de sus operadores en esta tarea de hacer efectivos los derechos fundamentales que nuestra Constitución proclama en su letra abierta y anhelante.

## UNO. ¿IGUALES?

1. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del año 1789, es un texto fundamental de la modernidad. Su artículo 1° proclama que: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*”

Ni bien se despeja el aura de este pronunciamiento icónico podemos ver que se trata de un texto problemático.

¿Por qué?

Porque si su formulación es *descriptiva*, vale decir, si intenta dar cuenta de una realidad empírica, vemos sin esfuerzo que el enunciado es falso y que la verdad es su opuesto: nacemos desiguales y el goce de los derechos dependerá del azar existencial, del lugar, el tiempo y la condición en que aparecemos en el mundo.<sup>3</sup>

Por su lado, si se trata de un enunciado *proyectivo*, que exhibe el anhelo de que esa igualdad suceda -o bien plasma cierta confianza o creencia en que eso sucederá- también es falso, pues desde aquella enunciación de fines del siglo XVIII hasta hoy ninguna igualdad relevante ha sucedido. Los colectivos históricamente postergados lo siguen estando, siendo que es nota común la postergación de mujeres, personas con discapacidad, sexualidades diversas, credos minoritarios, comunidades migrantes, pueblos originarios o, directamente, quienes habitan la vasta pobreza extrema y la servidumbre laboral, dentro de quienes niños y niñas hacen mayoría.

Por último, si lo leemos como un mandato vinculante hacia el Estado, es decir, si le asignamos un *deber ser normativo* que se expresa en

---

<sup>3</sup> Recordemos que la revuelta de negros esclavos haitianos sucedida pocos años después de la *Declaración* fue sofocada salvajemente por la misma Francia, mientras que Olympia de Gouges sigue esperando la aprobación de la *Declaración de los Derechos de las Mujeres y Ciudadanas* que presentó a la Asamblea constituyente de París, por traer sólo dos ejemplos de los límites, en su tiempo, de la igualdad declamada. De igual modo, la declaración de Filadelfia convivió con 600.000 esclavos en actividad. Y en un arco del tiempo hasta el presente inmediato -noviembre 2020- los ocupantes del predio de Guernica en el conurbano bonaerense, indigentes estructurales buscando un espacio donde vivir son repelidos por el poder judicial del Estado con argumentos de propiedad que desplazan derechos de mayor rango como lo es el derecho a un nivel de vida adecuado frente a colectivos vulnerados.

obligaciones concretas dirigidas a lograr una igualdad efectiva entre las personas, entonces es también evidente que ese mandato permanece en gran parte incumplido, que los derechos humanos no nutren las políticas públicas sino que denuncian su ausencia o bien, dicho de otro modo, que los derechos humanos de los colectivos vulnerados nunca llegan a sus vidas, siendo que el eje organizador de nuestra convivencia sigue regido por modelos económicos de mercado que entronizan al *homo economicus* y que suponen una falsa igualdad de competencia que produce lo contrario. Y hace parecer que la vida se juega –se consume- en esta pugna de individuos por prevalecer o sobrevivir.

**2.** En rigor, aquél célebre enunciado estuvo dirigido contra una sociedad de estamentos y privilegios propios de la nobleza, de la iglesia y del Estado monárquico -mundo que efectivamente la revolución francesa comenzó a derrumbar-.

Sin embargo, su afirmación universal hizo creer que se dirigía a toda persona sin distinción alguna; creencia desmentida por el propio mundo social, económico y cultural de ese tiempo, sobre lo que dan cuenta multitud de obras literarias particularmente durante el siglo posterior a la famosa *Declaración*.

Marshall Berman (2011) en su texto clásico, repasa los artistas y las obras que denunciaron los efectos del sistema económico imperante, la explotación, servidumbre y pobreza extrema de amplias mayorías, arrojadas a un nuevo estado de naturaleza (De Sousa Santos, 2014).

Es necesario, pues, interrogar el rol de estos nuevos derechos en su juego con la materialidad de la existencia social, económica y cultural degradadas.

¿Cómo nombrar esta tensión entre lo que el derecho proclama y el mundo desmiente?

## **DOS. HECHIZO DEL DERECHO**

**1.** Vemos por tanto una tensión estructural –una distancia sistémica- entre el campo normativo de los derechos humanos y la ontología ruinosa que construye el modelo económico y social dominante; agravada por el hecho, velado, de que el carácter enunciativo de los

derechos fundamentales, aún en su cotidiana inconcreción, generan la creencia en su futuro acontecimiento desligado de la acción.

Aún frente a toda la evidencia de incumplimiento y postergación, su enunciado con máximo rango crea la ilusión de que sucederán por su peso normativo, por razones de justicia y de tiempo oportuno.

De este modo, la efectividad de los derechos siempre habita el futuro como fe(tiche) en su realización inexorable, y se desliga de la acción política, de la intervención pública, de la recusación del modo en que se distribuyen los bienes comunes y la riqueza producida por una comunidad en un tiempo y espacio dados. También se desliga del trato que recibe la población sobrante del orden económico vigente, y tanto menos se interroga sobre las causas de esa exclusión.

Tampoco indaga en la prevalencia de ciertos derechos sobre otros. Por caso, en los desalojos forzosos de tierras que familias desesperadas ocupan -por poner un caso de nuestro presente- los argumentos preminentes que circulan tienen que ver con la propiedad usurpada como máximo valor a custodiar y no con la vitalidad elemental vulnerada, sitiada por múltiples violencias y por las omisiones del Estado en su protección.

Es claro que la propiedad hace hegemonía de sentido por sobre el derecho a una vida digna.

Esta producción de sentido común es constante y habilita la tutela preminente de la propiedad y de lxs propietarixs por sobre el derecho a la vivienda en casos concretos ante los tribunales, como se observa en una causa impulsada por la Clínica Jurídica en Derechos Humanos (FCJS-UNLP) donde las tres instancias judiciales convalidaron la ejecución y subasta de una propiedad, lanzando a la calle a una familia completa, desprotegiendo a personas ancianas, con discapacidad, niños y niñas, a favor del argumento patrimonial prevalente.

Al final del día un bien inmueble -una cosa- tuvo para los tribunales más valor que la dignidad vital de ciertas personas. El proyecto histórico de los vínculos -la “razón vincular”, como la nombra Rita Segato- vencido por el gobierno de los dueños y de sus bienes, el proyecto histórico del capital (Segato, 2018). Hay un detrás de las normas y cuando se desmonta la maraña de discursos que sostienen este orden, queda desnuda esa realidad, la preeminencia de las cosas.

En el caso que citamos, ningún juez o jueza fue capaz de asumir y actuar su obligación constitucional de ser garantía de protección de las personas.<sup>4</sup>

2. Bajo el embrujo de su realización futura, hemos aprendido las cartas de derechos, repetido sus fórmulas, su naturaleza, características y alcances, y en el mejor de los casos su historia de conquista y reconocimiento, pero sin interrogar con el mismo vigor su persistente distancia con la realidad, su falencia constitutiva de no ser capaces de saltar del papel a las vidas concretas de las personas. De todas.

Pese a su proclamación universal la realidad nos indica, cada día, que ese individuo protegido nunca pertenece a la población descartada.

Preferimos confiar en que eso acontecerá, que hay un tiempo oportuno que aún no es, que hay derechos que requieren mayor espera por ser más costosos, administrativamente más complejos o presuestariamente deficitarios en un panorama –se dice- de bienes escasos (Grosman, 2008), o que requieren consenso social y oportunidad política.

Estos y otros argumentos son los que han sostenido, sin mayor alarma, la postergación de los derechos que aseguran condiciones materiales de vida digna para amplios colectivos vulnerados.

Los que han sostenido una cultura jurídica edificada sobre el imaginario burgués originario, hoy acentuado y globalizado; y en la idea sesgada del derecho como protección de ese individuo dominante que el paradigma de los derechos humanos no ha conmovido, aunque sí, con su emergencia, interpelado, siendo que se trata de un discurso de dignidad que pone en evidencia un mundo indigno (Sanchez Rubio, 2018).

Aprendemos el derecho pero no la trama de su conquista, su politicidad, es decir, las luchas sociales que llevaron a su consagración. Al no ser historizados, los derechos aparecen como construcciones platónicas que el cielo del bien deja caer sobre la tierra, olvidando su disputa

---

<sup>4</sup> Nos referimos a la causa “*CARBONE José y otros s/Incidente*”, que tramitó ante el Juzgado Civil y Comercial num. 4 del Departamento Judicial de La Plata. Este conflicto llegó hasta el máximo tribunal provincial que denegó intervenir (SCBA, “*PELAEZ Ricardo Raúl c/C.J. s/Quiebra -Recurso de Queja-*”, rechazo del recurso de queja del 20-febrero-2019).

política y el orden que los precede, la sangre derramada que los hace nacer, la acción que les espera. La insistencia –el *conatus*- que deberán construir (Lordon, 2015).

Derechos fuera de la historia que por propio impulso del progreso humano, o porque Dios lo quiso, debían aparecer indefectiblemente. La idea de la perfectibilidad humana, de su bondad natural –tan propia de la filosofía de las Luces- hace que esperemos que el tiempo mejore nuestra condición, con lo que no hace falta ningún esfuerzo, puesto que se cree, como recusa Baudelaire, que “progresamos sin quererlo, inevitablemente, entre sueños” (Compagnon, 2020).

Se despolitiza el derecho en su momento de conquista y consagración normativa y también luego al omitir las luchas -el trabajo necesario y persistente- que deberán seguir para su efectividad.

Este, en suma, es el embrujo: separar al derecho de la actividad humana que lo produce, con lo que olvidamos mostrar e interrogar el compromiso que requerirá su efectividad, y el modo en que las comunidades postergadas deberán trasladar su exclusión –sea cual fuere- del espacio privado a la escena pública. A lo común (Revel, 2012).

### TRES. UNA CONSTITUCIÓN PARA LOS VENCEDORES

Se sabe que el primer momento constitucional es producido por impulso de la burguesía que reclama ciertos bienes propios de su concepción e interés; o de su miedo dirá Hobbes. Protegen lo conquistado y lo que temen perder (Arriola, 2016).

Esto está presente en la *Declaración* francesa, en su artículo 2do: “La finalidad de toda asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la propiedad, la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

Despejada la bruma de su potente formulación vemos que la voz que dicta es la del hombre burgués, en su gesto preventivo de protección frente al Estado y a los otros individuos.

La autonomía personal como mito revolucionario moderno (Hopenhayn, 2001) y la impronta contractualista de John Locke constituyen la matriz que primó en las posteriores cartas constitucionales y en especial en la aún vigente Constitución de los EEUU, articulada en

torno a la protección del individuo para que prospere y nada impida su derecho a la felicidad (Catanzaro, 2012; Dewey, 2006).

Como postula Rinesi (2009) los filósofos políticos modernos contractualistas esgrimen una literatura que alumbra al individuo y su mundo y la fe del hombre como ser de razón. Se trata, nos dice Lynt Hunt (2007), de la invención de la autonomía personal, bajo la impronta de la dimensión individual de la persona, frente a la idea comunitaria anterior. El “yo” con un contenido nuevo.

Decimos que bajo esta concepción asimilamos la idea del derecho: no un derecho que forje comunidad, que religue a sus miembros a una vida y futuro común, propicie la fraternidad y los haga cooperar, a favor de toda persona por el sólo hecho de serlo, sino un derecho del individuo hegemónico (hombre, propietario, educado, de mediana edad, heterosexual, de religión dominante, padre de familia, emprendedor, productivo, etc.) frente al Estado y a los otros y otras.

Una interseccionalidad de opresiones: mujeres, niños y niñas, trabajadores, esclavos, no propietarios, migrantes, personas con discapacidad –el “otro” del sujeto burgués- servían a la posición y al patrimonio de este sujeto que impulsó estas declaraciones bajo apariencia universal (Sanchez Rubio, 2018).

Esta realidad velada se naturalizó, desdibujando la desigualdad presente, actual y flagrante, bajo la creencia de que el tiempo obraría a favor del progreso social, económico y cultural que postulaban inmanente a la historia.

Sabemos también que este mundo burgués, sus vínculos, alcance y sentido, se plasmó en códigos civiles y comerciales a través de ordenamientos que regulaban las instituciones del sujeto preminente y su señorío sobre bienes y personas. Un sistema nervioso que organizó, y organiza, nuestra vida patriarcal. Y este derecho privado ha sido significado como el derecho todo, al punto de ser preminente en los planes de estudios de la enseñanza jurídica tradicional y actual.

Es indudable que las instituciones jurídicas, sus operadores y tribunales se moldearon en torno a este mundo simbólico significativo y por eso tenemos un proceso diseñado para individuos en pugna y sobre instituciones de derecho privado, agonal, patrimonial, costoso y sobre derechos subjetivos asignables a una persona en singular.



Así es que son múltiples las dificultades que enfrenta una demanda que no responda a este modelo liberal individualista, sino que persiga derechos sociales, económicos, culturales y colectivos.

Sepamos que la lucha por estos derechos es, así, anti hegemónica, se ejerce en un contexto institucional, social y cultural adverso.

#### **CUATRO. UNA CONSTITUCIÓN PARA LOS VENCIDOS**

Es célebre la tesis de Walter Benjamin (2011) sobre los vencidos de la historia, los que quedan innombrados, al margen de su relato; tanto como su reclamo de peinar la historia a contrapelo para rescatarlos del olvido.

Son estos mismos colectivos vencidos los que ingresan con fuerza a partir de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 y en nuestra Constitución a partir de su reforma de 1994, como sujetos de protección prevalente por parte del Estado, que la Carta nacional declara expresamente en su art. 75 inciso 23 que sigue a la norma que da ingreso al *corpus iuris* de derechos humanos –con máximo rango y en las “*condiciones de su vigencia*” y en el art. 36 de la Carta provincial.

Ambas Constituciones, con tono enfático, le ordenan a su Estado remover los obstáculos que impiden el goce efectivo de los derechos humanos a los sujetos vulnerados.

Es claro que la lengua constitucional desoculta la postergación histórica, pero este nuevo contenido de derechos humanos que entrona la dignidad de la persona y de los colectivos vulnerados, irrumpe en un orden social y económico adverso, resistente a la igualdad sustancial y al desarrollo humano con equidad, y frente a un Estado colonizado por otros intereses y discursos.

Nuestra Constitución nombra a los colectivos que el mercado descarta, los llama, los trae al pacto de convivencia.

Sin embargo, se trata de una presencia evanescente, la letra escrita se desdibuja y los vuelve al olvido si creemos que alcanza con su mera inscripción constitucional o con la idea de un progreso natural inevitable que los haga reales por el mero paso del tiempo, que es el sello de lectura que trae, como hemos visto, su moderna enunciación.

Desde la crisis del Estado de bienestar en los años 70, indispensable para detener la “amenaza comunista”, la confianza en el mercado como distribuidor de bienes ha crecido en su predominio y rango de verdad hegemónica, chocando, así, con el concepto de los derechos fundamentales entendidos como malla protectora de toda persona en su dignidad, fuera del comercio, de la renuncia o la disposición.

En el marco de un modelo global que todo lo hace mercancía y valor de cambio, donde el 20% de la población mundial concentra el 95% de la riqueza, mientras que su abrumadora mayoría es lanzada a la pobreza, los derechos humanos, al tiempo que son una denuncia de la indignidad de ese orden, deben actuar como un freno, una barrera de protección sobre aquellos bienes que aseguran la dignidad de cada persona. Un “coto vedado”, en la feliz expresión de Ernesto Garzón Valdés (2005).

La Constitución y el Estado deben encargarse de preservarlos, pero esto no pasa mayormente de la letra y todo indica que las fuerzas del mercado y del consumo y sus dispositivos nervales predominan, gobiernan y escapan a toda voluntad regulatoria. Es la “gobernanza capitalista” (Lazzarato, 2019), el neoliberalismo como totalidad sin exterior, como nos dice Alemán (2012), sin negación posible; de modo que, como señala Frederic Jameson, parece más fácil imaginar el fin del mundo que el fin de este orden (Fisher, 2019).

A esta primera dificultad sistémica –esto es, su inscripción en un orden político y económico, tanto como subjetivo, que todo lo transforma en mercancía y refracta los derechos humanos (Pal Pelbart, 2013)– nuestro paradigma constitucional se enfrenta a otras dificultades.

La primera es un Estado débil, acechado por poderes salvajes concentrados, desafiado en su autoridad para buscar el bien común –cuando para esto deba afectar intereses fácticos corporativos–, asediado por aparatos ideológicos y focos de información que articulan aquellos intereses minoritarios, que instauran valores propios como si fuesen generales y que construyen un sentido general en torno a su defensa y en perjuicio de las políticas públicas favorables a las grandes mayorías.

La segunda dificultad refiere a que la participación ciudadana –principio transversal de los derechos humanos– no es favorecida ni alentada, el debate público se ritualiza y simula, y la herramienta judicial

no es concebida como garantía de los derechos de los grupos más débiles sino que permanece cómoda en su modelo individualista, adversarial y patrimonial, o como mero dispositivo de poder en su selectividad penal.

De este modo, el campo fértil del debate y recusación pública, la potencia del encuentro entre la participación comunitaria y el poder judicial como garantía democrática de su efectividad, no es favorecido sino que se despotencia y diluye en diversas dificultades.

Ferrajoli ha sabido ver el derecho como la ley del más débil y como espacio de confrontación y de freno a los poderes públicos tanto como a las lógicas del mercado, instaurando al poder judicial como garantía frente a su vulneración.

Concebir al poder judicial como garantía de efectividad de los derechos humanos –derecho a la justicia que atraviesa todo su paradigma- es lo mismo que decir que es un refugio de los colectivos vulnerados y un lugar donde articular y alojar sus demandas vitales y reclamos por las violaciones estructurales.

Con lo que lejos de eliminar o suspender la acción política la fortalece en su impulso confluyente frente a jueces y juezas preparados para hacerse cargo de la vulneración de los derechos de los más débiles, darle curso y lugar preminente, habilitar el diálogo y el proceso constructivo de vida digna, aquél que el mercado y el Estado olvidan.

Vemos -o queremos ver- que el proceso judicial es el lugar de protección de los colectivos vulnerados, espacio de garantía que confluye en lo que empieza en la calle. Cuando hay soledad, no hay política ni derecho (Rinesi, 2009).

## **CINCO. UNA POLÍTICA DE LOS DERECHOS**

1. Dijimos al comienzo que es imprescindible historizar los derechos, mostrar que son el resultado de la acción humana, de conquistas sociales, resistir la tentación de creerlos obvios, dados por sí mismos, resultado natural del progreso –ilusión, hemos visto, muy propia de la modernidad-.

El embrujo de un progreso que abarcará a todas las personas sin excepción, es desmentido, de modo tangible y cotidiano, por un mundo desigual y excluyente.

Astucia de la razón del propio sistema, tendemos a creer en el arribo, siempre futuro, de los beneficios del derecho, que el paradigma económico liberal y el fetichismo de la igualdad dan por descontado.

Despolitizar el derecho en orden a ocultar su causalidad ausente –ausente en tanto no se explicita, se olvida- y las violencias que repara, contribuye también a la creencia de que los derechos, ahora que tienen máximo rango de recepción, sucederán en la vida de sus titulares (De Cabo Martin, 2014).

Volvemos a insistir en que esta idea debilita los derechos, vela sus causas y vuelve a ocultar a los sujetos en su lucha por una vida digna.

Politizar los derechos –esto proponemos- importa recordar y discernir sus causas, recusar la idea de que sucederán sin acción política, y que aún hoy con su máxima consagración constitucional siguen siendo materia y promesa de lucha social y comunitaria.

Porque los derechos humanos son un escudo protector de la dignidad, un freno frente a poderes salvajes y un modelo de convivencia preservado de los imperativos del mercado.

2. Pero el desafío no se detiene allí pues en el litigio estructural por los derechos humanos, donde los actores son colectivos vulnerados, se encuentran obstáculos de todo tipo que, sin pretender agotarlos, son estos:

*Arquitectónicos* (entre otros, no hay salas de audiencia que admitan diversas partes y muchas personas; los espacios no son accesibles) o *urbanos* (los tribunales están en el centro de las ciudades)

*Procesales* (el proceso es agonial, dispositivo, rígido, lento, no propicia el diálogo, la participación comunitaria ni la presencia central dirimente del juez/za; y su diseño responde al litigio entre individuos)

*Económicos* (todo proceso es costoso y el diseño institucional no cuenta con agencias gratuitas y eficaces suficientes, o si las tiene –como el Defensor del Pueblo provincial- no se usan o no se usan en el litigio social)

*Culturales y formativos*, en tanto los y las juezas no se auto perciben como garantía de protección efectiva de los más débiles ni entienden su actuación como un mandato –y deber- constitucional. De igual modo se mantiene el prejuicio frente a litigios en derechos sociales y económicos estructurales y no se ha desplazado del todo la prevención negativa frente a la judicialización de los DESC, por ser costosos, de estructura

compleja, extensos, de alta exigencia, sobre competencia de otros poderes, incómodos para el poder político o económico, entre otras excusas.

La mejor doctrina procesal viene promoviendo el cambio en la dirección de una tutela judicial efectiva (Berizonce y Fucito, 2014); sin embargo, hay una resistencia endémica cuyas causas, de índole diversa, no han sido suficientemente estudiadas. Pero queda claro que no sólo obedece a cambios de normas procesales o institucionales sino a posiciones culturales e ideológicas inmanentes a un sistema gestado en valores diversos a la irrupción normativa de los derechos sociales, económicos y culturales, derechos de la igualdad o de la materialidad para una vida digna.

En suma, al alojamiento del otro-otra como sujeto de derechos.

Para avanzar hacia un horizonte de dignidad, a estos colectivos les queda la política y el derecho, que acaso sean lo mismo o distintos momentos o modos de lo mismo. Como se ha dicho, al cabo ambos responden la misma pregunta acerca de ¿cómo vivir juntos?

Por tanto, el poder judicial debe ser una garantía de cumplimiento de los derechos humanos, lo que equivale a decir que desde el momento en que un juez o jueza recibe una causa donde está comprometida la dignidad humana deja de ser un espectador neutral. Debe ser imparcial en tanto no es parte, pero no neutral frente a la garantía de protección preferente de los colectivos vulnerados porque encarna, sin vueltas ni dilaciones, la garantía de sus derechos negados.

El deber constitucional de protección queda a su cargo desde el momento en que estos colectivos piden su intervención remedial protectora. Deben ver, escuchar, actuar la tutela. Asegurar su hospitalidad (Derrida y Roudinesco, 2014).

Este es el rol que le reserva el paradigma constitucional de derechos humanos a la institución judicial y no puede declinarlo pues conduce el espacio donde se denuncia la vulnerabilidad y la violación estructural y donde se articula dialógicamente su remedio, donde se construye la dignidad humana perdida.

## **SEXTO. UN PODER JUDICIAL COMO GARANTÍA**

La perspectiva crítica del derecho que ofrecemos no impide ver -sino por el contrario reivindicar- la potencialidad que el poder judicial

ofrece como herramienta de remediación de situaciones individuales o colectivas que chocan con la protección de la vida digna.

Así creemos que el poder judicial puede evitar reiterarse en sus prácticas hegemónicas, puede ser un poder hospitalario frente al vulnerado, un poder que reponga la dignidad, que gire su rostro hacia el rol que le asigna la Constitución. Que mire y vea.

Es en este plano donde los jueces y juezas encarnan (y deben asumirse como) la garantía de protección que el paradigma constitucional de derechos humanos reclama.

Cuando la demanda sobre la autoridad pública no opera la realidad que los derechos humanos reclaman para sí, es la garantía judicial la que los torna operativos, la que debe asegurar un espacio para las voces postergadas y para la remediación de los derechos vulnerados.

Es la garantía judicial la que habilita la palabra de quienes no son oídos, equipara la desigualdad de los poderes en juego, trae a la escena pública los colectivos y sujetos que el mercado -o el mercado de la política- desoye, abandona o posterga.

La garantía judicial es, también, una defensa del derecho como espacio de justicia, como espacio que hace posible la dignidad de toda vida asediada.

Mirar y hacer lugar: justicia, para Walter Benjamin, es aquello que da espacio a lo viviente (Catanzaro, 2012).

Pero esto no está dado, pues el poder judicial no es necesariamente garantía sino más bien reproducción de la desigualdad que el sistema impulsa. Sin embargo, aloja la posibilidad de serlo bajo la impronta y la acción humanas.

Por esto los casos que veremos han implicado una *praxis*, vale decir, trabajo, dedicación, compromiso, crítica y diálogo, una política de los derechos que interpela para cambiar.

En breve repaso de la experiencia de litigio estructural de la Clínica de los últimos años<sup>5</sup>, podemos decir que el espacio judicial ha servido para invalidar actitudes discriminatorias en perjuicio de dos

---

<sup>5</sup> Nos referimos al trabajo tanto de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos como de Discapacidad, ambos espacios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

jóvenes con discapacidad en busca de su título secundario; ha ordenado a la mayor operadora de salud provincial incorporar la figura de la asistencia personal para personas con discapacidad consagrada por la Convención Internacional en la materia; ha repuesto el sistema de apoyo escolar para la inclusión educativa de una niña con discapacidad severa; ha posibilitado la construcción de una escuela para un barrio postergado del más postergado municipio del conurbano; ha hecho posible la construcción de una nueva urbanización para mudar un asentamiento precario y en riesgo; ha anulado la pérdida de capacidad jurídica de una persona con padecimientos sicosociales; ha posibilitado la puesta en marcha del cupo laboral para PCD en el poder judicial; ha anulado el rechazo por razón de nacionalidad de una pensión por discapacidad; ha ordenado el otorgamiento a un joven con síndrome de *down* de la pensión por discapacidad nacional denegada en razón del patrimonio de sus padres; ha repuesto la protección sobre un parque público que las autoridades se disponían a atravesar con una autopista; ha ordenado el cierre de basurales a cielo abierto; ha abierto mesas de trabajo con la autoridad pública para hacer accesibles para niñxs con discapacidad las escuelas de la región; ha ordenado la provisión de una vivienda para niños y niñas con discapacidad; ha asegurado el derecho a la salud y a la vida de PCD; ha abierto mesas de trabajo para hacer posible el cupo *trans* en la provincia o la equidad de género en el poder judicial, entre otras tantas intervenciones.

Estas personas y colectivos encontraron en los tribunales la garantía judicial que el paradigma constitucional asegura para quienes quedan al margen de sus derechos de dignidad. Hacerlo les significó conocer sus derechos y, más aún, la propia fuerza para articularlos hacia su efectividad.

Entendieron el poder favorable que se esconde allí para rescatar el derecho de su declamación abstracta y hacerlo justicia, espacio para lo viviente.

## **ULTIMO. PARA UNA PRAXIS DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En su “Manifiesto Comunista” (1848) Marx admira la fuerza transformadora del sujeto burgués capitalista, capaz de construir el mundo material que hoy conocemos y fundar una modernidad donde –anota

célebremente- todo lo sólido se desvanece en el aire, todo lo sagrado es profanado. La modernidad es una *vorágine* -nos dice Marshall Berman en su inspiradora lectura- en perpetua desintegración y renovación.

*Vorágine* que transforma y enriquece al tiempo que excluye, segrega, expulsa. Donde vaya el sujeto hegemónico lleva consigo su progreso y, también, su ruina.

Nos dice Badiou (2005) que el capital marca el fin de una civilización fundada en el vínculo y acaso hoy el sujeto haya devenido estructura, una máquina “anónima e impersonal” forjada en un neoliberalismo global que todo lo alcanza y lo captura; una máquina que no parece tener freno sino en los límites del planeta para sostenerlo (Lopez Petit, 2009).

De aquí el desafío del paradigma de derechos humanos forjado en la posguerra como respuesta a la muerte industrial, como signo de civilización que reclama un Estado que actúe como contrapoder, como freno y límite, pero también como gestor de igualdad y dignidad para todas las personas sin distinción.

Sacar a los derechos humanos de su retórica cristalizada es ponerlos en debate, llevarlos al campo de lo político y lo comunitario, a su razón vincular, hacerlos herramienta y lengua común. Ocuparlos, habitarlos, discutirlos, propagarlos, respirar allí, darles letra en el padecimiento de su negación. Que encuentre espacio que anide allí la humanidad degradada.

Esto abre la pregunta acerca de qué se debe esperar y exigir por parte del Estado para diseñar, financiar y sostener las políticas públicas que la Constitución le reclama, pero también acerca de la efectividad de la garantía judicial como resorte de cumplimiento e igualación frente a la deserción del Estado y de sus poderes políticos.

Nuestra Constitución de los vencidos ofrece la oportunidad concreta al reclamo resistente frente a un Estado que niega y un poder judicial que se abre a ser garantía de reparación, lugar de alojamiento y protección. Lugar para mirar y ver lo que el sistema al excluir ciega.

Espacio de la equiparación de voces, de conversación y construcción de lo digno y lo diverso. Espacio para lo viviente.

La Plata, septiembre 2021



**BIBLIOGRAFÍA**

- Agamben, G. (2017). *Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda*. Adriana Hidalgo editora.
- Alemán, J. (2012). Variaciones para una izquierda lacaniana. En *Debates y combates*, (2)2, 7-28.
- Arriola, J. (2016). Soberanía y Secularización Política en Occidente. En Bonilla Saus, J. e Isern Munne, P., *Contratos, Derechos, Libertades y Ciudadanías*, 58-68. Biblos.
- Badiou, A. (2005). *El Siglo*. Manantial.
- Badiou, A. (2009). *Pequeño panteón portátil*. Fondo de Cultura Económica.
- Benjamin, W. (2011). *Sobre el Concepto de Historia*. Agebe Filosofía.
- Berman, M. (2011). *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Siglo XXI.
- Berizonce, R. O. y Fucito, F. R. (2014). *Tutelas Procesales Diferencias de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*. UNLP
- Carman, M. (2011). *Las trampas de la naturaleza. Medio ambiente y segregación en Buenos Aires*. Fondo de Cultura Económica-Clacso.
- Catanzaro, G. (2012). La felicidad y las lenguas teórico-políticas. En *Debates y combates*, (2)2, 73-78.
- Compagnon, A. (2020). *Un verano con Baudelaire*. Libros del Zorzal.
- De Cabo Martin, C. (2014). *Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico*. Trotta.
- De Sousa Santos, B. (2015). *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*. Trotta.
- Derrida, J. y Roudinesco E. (2014). *Y mañana, qué...* Fondo de Cultura Económica.
- Dewey, J. (2006). *Jefferson, con la mayor felicidad*. Losada.
- Fisher, M. *Realismo Capitalista ¿no hay alternativa?* Caja Negra.
- Garzon Valdez, E. (2005). Para ir terminando. En Atienza, M. *El derecho como argumentación*. Fontamara.
- Grosman, L. (2008). *Escasez e Igualdad: Los derechos sociales en la Constitución*. Librería.

- Hopenhayn, M. (2001). *Crítica de la Razón Irónica. De Sade a Jim Morrison*. Sudamericana.
- Hunt, L. (2007). *La Invención de los Derechos Humanos*. Tusquets.
- Lazzarato, M. (2019). *La fábrica del hombre endeudado. Ensayo sobre la condición neoliberal*. Amorrortu.
- Lopez Petit, S. (2009). *Breve tratado para atacar la realidad*. Tinta Limón.
- Lordon, F. (2015). *Capitalismo, deseo y servidumbre. Marx y Spinoza*. Tinta Limón.
- Ost, F. (2016). *Shakespeare. La comedia de la ley*. Jusbaies.
- Pal Pelbart, P. (2013). *Filosofía de la Deserción. Nihilismo, locura y comunidad*. Tinta Limón.
- Revel, J. (2012). Construir lo común: una ontología. En *Debates y combates*, (2)2, 91-104.
- Rinesi, E. (2009). *Las masacres de Jano. Notas sobre el drama de la historia*. Gorla.
- Sanchez Rubio, D. (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Akal.
- Segato, R. (2018). *Contra pedagogías de la crueldad*. Prometeo.
- Supiot, A. (2007). *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Siglo XXI.

---

# INDIVIDUALIZACIÓN PRÁCTICA Y ALCANCE DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL

---

DOMINGO J. SESIN<sup>1</sup>

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 339-352

Recibido: 1/9/2021 - Aceptado: 17/9/2021

**Resumen:** Lo vinculado con la naturaleza jurídica de los límites y el alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad constituye una de las problemáticas más debatidas, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Este tipo de cuestiones no sólo se vinculan con temáticas propias del derecho administrativo, sino que repercuten directamente en un ámbito más profundo a nivel constitucional respecto del cuál es la verdadera zona de reserva de la Administración y la precisa demarcación de la división de poderes. En su realidad práctica esta compleja problemática nos plantea más interrogantes que soluciones contundentes, que cuenten con plausibles aceptaciones. En este trabajo intentaremos dar una respuesta concreta y razonada que atienda a los diversos interrogantes que les surgen a quienes administran, juzgan o asesoran a los administrados, con el fin de garantizar una intensa tutela judicial efectiva, respetando la división de poderes y los derechos y libertades del ciudadano.

---

<sup>1</sup> Abogado y Notario, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Codirector de la Maestría en Derecho Administrativo (UNC) y Profesor Titular de Derecho Procesal Administrativo y de Derecho Administrativo (Fac. de Derecho - UNC). Miembro académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Titular de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS.). Es Juez del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Argentina), donde preside su Sala Contencioso Administrativa.



**Palabras clave:** Discrecionalidad estatal - Administración - Revisión judicial

**Abstract:** What is linked to the legal nature of the limits and scope of judicial review of state discretion constitutes one of the most debated problems, both from the doctrinal and jurisprudential point of view. These types of issues are not only linked to issues of administrative law, but also have a direct impact on a deeper area at the constitutional level with respect to which it is the true reserve area of the Administration and the precise demarcation of the division of powers. In its practical reality, this complex problem raises more questions than forceful solutions, which have plausible acceptances. In this work we will try to give a concrete and reasoned answer that addresses the various questions that arise to those who administer, judge or advise those administered, in order to guarantee an intense effective judicial protection, respecting the division of powers and the rights and freedoms of the citizen.

**Keywords:** State discretion - Administration - Judicial review

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Lo vinculado con la naturaleza jurídica de los límites y el alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad constituye una de las problemáticas más debatidas, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial.

Este tipo de cuestiones no sólo se vinculan con temáticas propias del derecho administrativo, sino que repercuten directamente en un ámbito más profundo a nivel constitucional respecto del cual es la verdadera zona de reserva de la Administración y la precisa demarcación de la división de poderes.

En su realidad práctica esta compleja problemática nos plantea más interrogantes que soluciones contundentes, que cuenten con plausibles aceptaciones. En este trabajo intentaremos dar una respuesta concreta y razonada que atienda a los diversos interrogantes que se plantean a quienes administran, juzgan o asesoran a los administrados, con el fin de garantizar una intensa tutela judicial efectiva, respetando la división de poderes y los derechos y libertades del ciudadano.

A veces no es fácil advertir en la praxis administrativa cuándo el orden jurídico autoriza el ejercicio de una facultad discrecional. La importancia de su dilucidación incide en el comportamiento de la organización estatal, en el de quienes asesoran jurídicamente a la Administración y también en el de aquellos que defienden los intereses de los administrados.

## **2. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SUJETA A LA LEY Y EL DERECHO**

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20 ap. 3§), la Constitución Italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución Española (arts. 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Administración Pública hoy no solo se sujeta a la ley sino también al derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que como la de Córdoba subordinan la Administración al “orden jurídico” (art. 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto a la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

## **3. NUEVOS REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y CONTROL JUDICIAL DE JURIDICIDAD**

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso “legitimidad” o “legalidad” podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio (Sammartino, 2012, p. 87; Comadira, 2000 y 2003, p. 493; Coviello, 1996). De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe,

la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la falta de logicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la ausencia de razonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base solo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.

#### 4. CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y CONTROL JUDICIAL

En este marco, la discrecionalidad queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita. Es decir, que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Siguiendo las ilustradas orientaciones contemporáneas, en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como *“una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”*. Su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento.

Comadira entiende que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del Bien Común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho (2003, p. 507).

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno

externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su “ejercicio” (Sesin, 1994, p. 287).

Como dice Cassagne “(...) *la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad*” (2003, p. 107).

## 5. EL JUEZ DEBE CONTROLAR LA DISCRECIONALIDAD

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que al estar en presencia de la actividad libre o no regulada lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido a favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico subjetiva, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad a favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que sólo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un mínimo de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechaza *in limine*, decían los primeros códigos de la materia.

En una segunda etapa fue el Consejo de Estado Francés el que comenzó a incursionar los límites de la discrecionalidad y en general después en nuestro país comienza a rechazarse la excepción de

incompetencia de jurisdicción cuando se discuten vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aún derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los códigos que comenzaron a surgir a partir de los años 70 hasta nuestros días, sólo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. Ya no se habla de acto discrecional o acto reglado ya que los tiempos modernos reconocen sólo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En definitiva, los códigos actuales, si bien no hablan de acto discrecional, sin embargo, establecen que no son impugnables los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. Ergo, dicha facultad bien puede ser motivo de inadmisibilidad.

En mi criterio, ni siquiera esa porción de discrecionalidad puede ser motivo de inadmisibilidad en la primera etapa del proceso, de oficio por el Tribunal como al momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento. Propongo la inauguración de una tercera etapa en donde la discrecionalidad no es motivo de exclusión ni comporta un requisito procesal. Es decir que no puede dar lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento que pudiera justificar la inadmisibilidad.

En efecto, la discrecionalidad debe ser tratada como un *posterius* recién al momento de la sentencia con el fondo de la cuestión.

Si ella forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita, es indudable que no se desarrolla fuera del Derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico.



Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en los autos “Miranda, Margarita c/ Provincia de Córdoba” (Sent. Nro. 32/1997) donde sobre la base de que la discrecionalidad puede estar en menor o en mayor medida en cualquier elemento del acto administrativo, el juzgador realiza el control del ejercicio de la discrecionalidad al momento de resolver el fondo de la cuestión.

En el caso citado se trataba la pertinencia del adicional por riesgo que solicitaba el personal de un hospital psiquiátrico. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa. En esta hipótesis, no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de la aplicación de una regla o pauta universal, objetiva y, por ende, determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado. En cambio, no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del porcentaje que debe establecer el Poder Ejecutivo ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el 50% del sueldo. Ha menester reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el Derecho.

También analizando el fondo de la cuestión, en el caso “Guerberoff, Eduardo c/ Provincia de Córdoba” (Sent. Nro. 34/97) el Tribunal Superior trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirmó que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí se discutieron las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de la falta. El Tribunal manifestó que, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, es dable señalar las siguientes etapas: a) la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) el encuadramiento o calificación jurídica; c) la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta, y d) la elección de la sanción.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio,

en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración, y la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aún cuanto exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos, para declarar la antijuridicidad del acto sancionador la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso, el Tribunal Superior consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva por lo que su falta de razonabilidad e incongruencia eran evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no fueron ejercidos por la Administración dentro de la juridicidad.

Estos son algunos de los precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del Derecho ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o Códigos, y en los Tratados internacionales que nuestro país ha ratificado.

## **6. CÓMO DETECTAR LA PRESENCIA DE DISCRECIONALIDAD**

### **a) La importancia de su identificación**

En el marco de la Administración, la identificación de cuándo el orden jurídico autoriza el ejercicio de una facultad discrecional es relevante para individualizar el ámbito de apreciación volitiva o la libertad condicionada que le corresponde. Ésta es una zona de reserva de su exclusiva incumbencia que es respetada por los otros “poderes” del Estado en el concierto del equilibrio de funciones que es deber de la República garantizar.

Para quien conforma la Administración consultiva, asesorando jurídicamente con el dictamen respectivo, es imperativo explicitar

nítidamente cuándo la conducta administrativa está vinculada por la norma y cuándo permite una apreciación discrecional. El asesor jurídico, frente a la discrecionalidad, debe señalar las opciones igualmente válidas para el derecho, sin tomar partido por ninguna porque esta elección sólo compete a quien se desempeña en la Administración activa, esto es, al órgano emisor del acto administrativo respectivo, que concluye el procedimiento de conformación de la voluntad estatal. Al asesor jurídico no le corresponde efectuar en su dictamen valoraciones de mérito, oportunidad o conveniencia, sino sólo de juridicidad. Por más que esté absolutamente compenetrado con la función política de un partido gobernante no debe olvidar que el suyo es el estandarte de la legalidad.

Esto presupone no sólo generar permanentemente conductas correctivas, sino también preventivas, en aras de salvaguardar la responsabilidad de los ocupados gobernantes, quienes muchas veces no tienen tiempo material para el análisis profundo de la totalidad de las cuantiosas resoluciones que a diario deben suscribir.

Quienes asesoran técnicamente, pero desde otras profesiones, como la ingeniería, medicina, arquitectura, geología, etc., deberían seguir el mismo razonamiento que el de los asesores legales, emitiendo opinión sólo desde el punto de vista de su especialidad e indicando cuándo finaliza la técnica y comienza el margen de libertad discrecional que sólo al funcionario decisor compete valorar y resolver.

Distinta es la función de los asesores políticos, que también conforman nuestra realidad administrativa, por cuanto enfocan la cuestión desde una perspectiva diferente, comprometida sectorialmente.

También para el abogado defensor de los derechos e intereses de los administrados es importante detectar el momento discrecional de la resolución administrativa, porque bien sabe que cuando haya sido ejercida con respeto absoluto del orden jurídico autoritativo, su impugnación sólo puede llegar al máximo nivel administrativo que corresponda y que al juez no le compete entrar en la esencia de la discrecionalidad. Distinta es la situación si ésta no ha sido ejercida dentro del orden jurídico, ha violado los límites legales impuestos, o ha incurrido en abusos, en cuyo caso la justiciabilidad de la cuestión no se puede poner en duda.

## **b) Los tres aspectos que deben observarse**

Son en general tres los aspectos que hay que observar para detectar la presencia de una atribución discrecional:

- a) el análisis del orden jurídico vigente que en el marco de una interpretación contextual autorice una modalidad discrecional;
- b) el uso de la locución normativa “podrá” u otras expresiones análogas cuando consientan una libertad de actuación;
- c) la naturaleza intrínseca de la problemática a dilucidar.

## **c) Análisis del ordenamiento expreso e implícito**

Con relación al punto a, ha señalado la moderna doctrina que sólo del análisis de la estructura lógico-formal de la proposición normativa puede derivar una modalidad discrecional (Gallego Anabitarte, 1985, p. 53). Sin embargo, no es necesario o imprescindible que surja en forma expresa la atribución precitada; bien puede manifestarse en forma implícita. Así, por ejemplo, cuando en el área del Ministerio de Acción y Solidaridad Social se autoriza a su titular, la promoción y el desarrollo de las acciones tendientes a proteger la familia, asegurando la participación integral de la mujer, o bien la fijación y ejecución de las políticas, programas y proyectos habitacionales para garantizar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna, es indudable que aquí existen grandes porciones de discrecionalidad que surge implícitamente de los amplios conceptos normativos. Lo mismo ocurre cuando en el campo de la Secretaría de la Función Pública se faculta la realización de un permanente estudio de los órganos administrativos tendientes a su mejoramiento y modernización, coordinando y controlando la política de reordenamiento administrativo mediante los sistemas de gestión. La discrecionalidad se pone en movimiento cuando en concreto se elige alguna de las alternativas o caminos válidos para satisfacer tales objetivos o finalidades, dejando que la idoneidad e imaginación de los funcionarios responsables den rienda suelta a la promoción de eficaces soluciones.

También existen modalidades discrecionales que surgen en forma implícita del orden jurídico cuando se crean consejos regionales de promoción y asistencia social para incentivar el desarrollo de comunidades menores, canalizando su accionar en materias de reactivación

económica, promoción de fuentes de ocupación, mejoramiento de los niveles de ingreso, protección de la minoridad, promoción de la familia y educación familiar, deportes y recreación social, etc.

Incluso cuando se faculta a la autoridad jerárquica superior a nombrar el personal sin imponerle en forma expresa la obligación de realizar una selección previa, cabe deducir que hay discrecionalidad para nombrar a uno u otro. Lo mismo sucede cuando se dispone el traslado del empleado por razones de servicio: si se tiene la atribución de nombrar y remover, implícitamente se puede trasladar al agente.

A veces la norma expresa: cuando el interés público “lo aconseje”, “lo estime conveniente”, “a juicio de la Administración”, “a criterio del órgano competente”, “según lo estimase”, etc. En estos casos se alude en general a la apreciación volitiva que debe efectuar la Administración y que califica o individualiza el momento discrecional.

En estos supuestos se pone en evidencia la presencia de una atribución discrecional.

En definitiva, éste es el primer análisis que corresponde: la verificación de si el orden jurídico le atribuye, al órgano de que se trata, competencia para apreciar las diversas soluciones posibles en el seno de la discrecionalidad.

#### **d) La locución “podrá”**

Otras veces es la locución “podrá” la que nos brinda la clave para determinar si hay discrecionalidad. Así, por ejemplo, cuando el órgano administrativo “puede elegir” entre los tres primeros postulantes en un concurso.

Esto significa que es potestativo de la Administración elegir el primero, segundo o tercero, siendo todas las posibilidades válidas para el derecho.

Cuando las normativas que regulan la relación de empleo público establecen que “*podrá disponerse el reingreso de ex agentes permanentes que hubieran renunciado, en cuyo caso la designación podrá efectuarse en el mismo cargo en que revistaba*”, significa con la primera locución que la Administración es libre de disponer o no el nuevo nombramiento. Téngase presente que, a diferencia de la reincorporación

en que al ex agente se le reconoce el derecho a volver al cargo anterior con todos los efectos emergentes por así disponerse judicialmente, en el reingreso o la readmisión no existe un derecho subjetivo al nombramiento sino una simple expectativa, ya que la Administración nada debe, por lo que es facultativo de ésta disponer o no el reingreso. La segunda locución “podrá” implica que la Administración puede elegir entre nombrarlo en la jerarquía inferior, común a todo nuevo nombramiento, o bien en el cargo que anteriormente tenía u otro de nivel equivalente. Aquí la norma postula una modalidad excepcional al autorizar que discrecionalmente la autoridad elija entre la categoría de ingreso o la superior.

Cuando la Ley 23.696 de Reforma del Estado dispone en el artículo 17 que “(...) *las privatizaciones reguladas por esta ley podrán materializarse por alguna de las modalidades que a continuación se señalan o por combinaciones entre ellas, sin que esta enumeración pueda considerarse taxativa*”, la expresión “podrán” indica la indiscutible presencia de una facultad discrecional, por cuanto incumbe a los organismos de aplicación competentes efectuar la apreciación pertinente, eligiendo alguna de las opciones previstas por la norma para instrumentar la privatización (venta de los activos de las empresas, o de la venta de acciones, locación con o sin opción a compra, administración con o sin opción a compra, concesión, etc.).

No obstante, se debe tener presente que la expresión “podrá” no autoriza siempre una modalidad discrecional, por lo que es recomendable observar permanentemente el contexto en el cual se inserta. Cuando ciertas leyes u ordenanzas del sistema tributario establecen que el órgano competente “podrá” eximir el pago del impuesto en casos de indigencia, esta expresión no autoriza una facultad discrecional porque la indigencia debe ser rigurosamente probada conforme a los condicionamientos impuestos por la misma norma. Es decir, que no hay libertad de la Administración de eximir o no el pago, porque acreditada la carencia de recursos como corresponde, el administrado tiene el derecho a pedir su eximición.

Lo mismo sucede cuando es la Administración la que “puede” autorizar el funcionamiento de una determinada actividad comercial o industrial en caso de que el otorgamiento esté sujeto al cumplimiento

de una serie de requisitos previstos. Aquí la locución “podrá” no puede asimilarse a la libertad de otorgar o no la autorización en virtud de una apreciación subjetiva, sino que la opción puede ser positiva o negativa, según se cumpla o no los requisitos reglados.

El “podrá” equivale entonces a un “sí” o a un “no”, “autorizar” o “no autorizar”, sin que para su dilucidación intervenga elemento discrecional alguno; al contrario, sólo existe una actividad vinculada que ha menester el análisis acreditativo de las exigencias impuestas por la norma para acceder a la concesión de lo requerido.

En definitiva, la expresión “podrá”, generalmente, indica una posibilidad de hacer o no hacer, o hacerlo de tal o cual modo, pero existen ocasiones en que el contexto en el cual se incorpora sólo presupone el cumplimiento de una actividad vinculada, razón por la cual no es posible quedarse con el significado aislado del término empleado, sino verificar su sentido que es siempre proporcionado por el contexto.

### **e) La propia naturaleza de la problemática a dilucidar**

A veces el *quid* de la cuestión, sin embargo, reside más en la naturaleza de la problemática a dilucidar que en la pura literalidad del concepto: el carácter opinable de una técnica, de una ciencia, de un estándar jurídico o de pauta de convivencia, constituye una realidad que por sí puede generar razonables dudas para optar por una solución u otra. Es obvio que en tales ámbitos puede existir una indiscutible modalidad discrecional (un nueve o un diez en una calificación educativa, la urgencia de una contratación, la oferta más conveniente cuando haya un margen de apreciación opinable, entre otros). Para detectarla es necesario repasar los caracteres distintivos de la discrecionalidad, sus presupuestos esenciales y por sobre todo si en verdad existe posibilidad de “elección” entre dos o más indiferentes jurídicos, atento a la naturaleza de las cosas.

Es decir, que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados por el orden jurídico, sin poder distinguir claramente la actividad reglada de la discrecional, la observación de la propia realidad se convierte en el factor gravitante cuando el ordenamiento utiliza

fórmulas amplias, imprecisas o difícilmente reconducibles a pautas o reglas objetivables.

En conclusión, tanto el análisis del orden jurídico vigente como la observación de las expresiones gramaticales utilizadas, y la percepción de la naturaleza intrínseca de la actividad, son elementos que conjunta o separadamente, según el caso, pueden ser útiles para que en la realidad de nuestro multiforme accionar administrativo se individualice la presencia de una modalidad discrecional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cassagne, Juan Carlos (2003). *Fragments de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Comadira, Julio Rodolfo (29 de marzo de 2000), La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial. *El Derecho*.
- (2003) *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot.
- Coviello, Pedro (1996). La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa". *REDA*, 23.
- Gallego Anabitarte, A, (1985). Prólogo a MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*. Madrid: Montecorvo.
- Sammartino, Patricio M. (2012). *Amparo y Administración*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Sesin, Domingo (1994). *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. Buenos Aires: Depalma.





# INVESTIGACIONES

TOMÁS MARIANO GUISADO LITTERIO

MARÍA MERCEDES LLANO

LOURDES LUCERO

EDDA ELENA ZANARELLO

SILVINA ANDREA CORNAGLIA

GABRIEL O. BOSCO

CINTHIA N. AGUIRRE



---

# DEUDA PÚBLICA Y PRINCIPIOS DE LA ONU

## ANÁLISIS JURÍDICO-ECONÓMICO DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS<sup>1</sup>

---

TOMÁS MARIANO GUISADO LITTERIO<sup>2</sup>  
MARÍA MERCEDES LLANO<sup>3</sup>  
LOURDES LUCERO<sup>4</sup> | EDDA ELENA ZANARELLO<sup>5</sup>  
ECAE - Argentina

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es parte de una investigación desarrollada en el Seminario de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE), titulada “Deuda Pública. Análisis Jurídico-Económico 2020”, dirigido por Juan Bohoslavsky y Gonzalo Casas. Comisión IN-ND-41766, acreditada por el INAP bajo el registro IN34977/20.

<sup>2</sup> Abogado con diploma de honor y orientación en Derecho Internacional Público (UBA) y Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Asesor jurídico de Derecho de los Tratados en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Docente de Derecho Internacional Público (UBA). Miembro del Instituto de Derecho Internacional del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). Becario de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2020).

<sup>3</sup> Abogada distinguida con medalla al mejor promedio. Ex apoderada del Ministerio de Economía y Finanzas de Nación, ex apoderada de INDER (e.l), ENCOTESA (e.l.) y ATC S.A. (e.l.). Se desempeñó como Directora de jurídicos de la Secretaria General de Río Negro y actualmente como Subcontadora de Auditoria y Control de la Provincia de Río Negro. Posgrado en Derechos Humanos y Constitucional. Diplomada en Contratos del estado e infraestructura pública. Participó en capacitaciones dictadas por la Contaduría General de la Provincia de Río Negro referente a contrataciones públicas.

<sup>4</sup> Abogada española (Universidad de Salamanca). Abogada argentina (Universidad Buenos Aires). Máster en Estudios de la Unión Europea (Universidad de Salamanca). Magister Legum - LL.M. für im Ausland graduierte Juristen (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Profesora Titular de grado y de posgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Casa de Altos Estudios en la Universidad del Salvador. Asesora legal en la repartición de la Dirección de Asuntos Legales de Industria y Pyme del Ministerio de Desarrollo Productivo.

<sup>5</sup> Abogada, profesora universitaria y de posgrado, actualmente Supervisora en el Departamento de Control de Operaciones de Crédito Público y



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



Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 355-374  
Recibido: 25/2/2021 - Aceptado: 3/5/2021

**Resumen:** Este escrito aborda los “Principios básicos de reestructuración de deuda pública” de la ONU, los cuales constituyen un conjunto de lineamientos útiles para resolver los conflictos generados ante las crisis financieras. Para ello, se reseñan sintéticamente los antecedentes que originaron estos principios y se desarrolla con mayor amplitud aquel que, por la experiencia argentina, se considera el eje central del documento: el de “reestructuración por mayoría”. A continuación, se reflexiona acerca de su aplicabilidad y de los aspectos considerados esenciales a fin de fortalecer su puesta en práctica, destacándose su impacto fiscal, la influencia en las políticas cambiarias y los efectos de la pandemia de COVID-19.

**Palabras clave:** Reestructuración - Deuda pública - Fondos Buitre - Política fiscal.

**Abstract:** This paper tackles the UN “Basic Principles on Sovereign Debt Restructuring Processes”, which constitute a set of useful guidelines to resolve conflicts generated by financial crises. To that end, the precedents that originated the creation of these principles are synthetically outlined and the one which is considered the central axis of this document, due to the Argentine experience, is developed more broadly: “majority restructuring”. Furthermore, reflections are made on the principles’ applicability and the aspects that are considered essential in order to strengthen their implementation, with emphasis on its fiscal impact, the influence on exchange rate policies and the effects of the COVID-19 pandemic.

**Keywords:** Restructuring - Sovereign debt - Holdouts - Fiscal policy.

---

Sustentabilidad de la Auditoría General de la Nación. Magíster en Auditoría Gubernamental en la Universidad Nacional de San Martín y su trabajo final fue “Marcos de control internacionales para la auditoría de pasivos soberanos contingentes”. Trabajó en diferentes temas relacionados a la deuda pública: pasivos contingentes, reestructuración de deuda pública, deuda provincial, préstamos bilaterales, estrategia de deuda, entre otros. También ha sido capacitado en Argentina y en programas internacionales especialmente en el área de planificación y análisis de riesgo en auditorías de cumplimiento y de gestión.

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente escrito, abordaremos los “Principios básicos de reestructuración de deuda pública de la Organización de las Naciones Unidas”, los cuales constituyen un conjunto de lineamientos útiles para resolver los conflictos generados ante las crisis financieras. Estas directrices plantean un compromiso de parte de los deudores soberanos y acreedores de obrar de buena fe, priorizando el espíritu colaborativo en aras de alcanzar una reorganización de las deudas de los Estados Soberanos.

Para ello, reseñaremos sintéticamente los antecedentes que originaron la creación de estos principios y aludiremos, en breves líneas, a cada uno de ellos. Posteriormente, desarrollaremos con mayor amplitud uno de los principios, al cual, por la experiencia argentina, consideramos el eje central del documento: el de “reestructuración por mayoría”.

Seguidamente, analizaremos el impacto fiscal de la aplicación de los principios citados en el presente escrito y, en particular, la influencia de las políticas cambiarias sobre los mencionados principios. A continuación, reflexionaremos acerca de su aplicabilidad y de los aspectos que consideramos esenciales a fin de fortalecer su puesta en práctica, a partir de distintos interrogantes que despertaron nuestro interés.

Por último, no quisiéramos dejar de mencionar sucintamente un hecho que marcó la historia mundial a partir de 2020, como lo es la pandemia de COVID-19. La vinculación que existe entre este suceso y los puntos vertidos en el presente escrito nos obliga a cuestionarnos acerca de la vigencia de los principios en estos tiempos de incertidumbre.

## II. ANTECEDENTES

Los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana fueron aprobados mediante la Resolución N° 69/319 de la Asamblea General de la ONU el 10 de septiembre de 2015. La misma tuvo como antecedentes la Resolución N° 68/304, de 9 de septiembre de 2014, y la Resolución N° 69/247, de 29 de diciembre de 2014, ambas relativas a los procesos de reestructuración de la deuda soberana.

En tal sentido, el primero de los principios considera que un Estado soberano tiene derecho, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, a elaborar sus políticas macroeconómicas, entre ellas la

reestructuración de su deuda soberana. Dicha prerrogativa estatal no puede verse frustrada ni menoscabada por medidas abusivas. La reestructuración debe hacerse como último recurso y preservando desde el inicio los derechos de los acreedores.

Por otra parte, el principio de “buena fe” implica que el deudor soberano y todos sus acreedores deben actuar en negociaciones constructivas de conformidad con los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana. El deber de obrar en buena fe se extiende a todas las etapas del proceso con el propósito de restablecer la sostenibilidad de la deuda y el servicio de la deuda de manera rápida y duradera, y de obtener el apoyo de una masa crítica de acreedores mediante un diálogo constructivo acerca de las condiciones de la reestructuración.

El tercer principio a mencionar, denominado “transparencia”, conlleva un incremento de una de las características de un Estado republicano, cual es la rendición de cuentas, lo que puede lograrse compartiendo oportunamente tanto datos como procesos relacionados con la renegociación de la deuda soberana.

El cuarto de los principios consagrados puede definirse como “imparcialidad”, el cual requiere que todas las instituciones y agentes intervinientes en los procesos de reestructuración de la deuda soberana sean independientes, a lo que podemos agregar imparciales e *impartiales*<sup>6</sup>. Consecuentemente, deberían abstenerse de ejercer toda actividad teñida de interés o que pueda engendrar conflictos de intereses entre las partes involucradas o terceros interesados.

Otro de los principios que merece ser tenido en cuenta es el llamado “trato equitativo”, el cual impone la obligación a los Estados de evitar realizar actividades tendientes a discriminar arbitrariamente a los acreedores. Ello así, siempre que dicha distinción no emerja de justificación conforme a derecho, sea razonable y se corresponda con las características del crédito, garantice la igualdad entre los acreedores y sea examinada por todos ellos; recordemos que la igualdad debe ser entre iguales. Los acreedores tienen derecho a recibir el mismo trato en proporción a su crédito y con las características de éste.

---

<sup>6</sup> Terminología referente a las garantías del debido proceso.

El sexto de los principios es el de “inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución en materia de reestructuración de la deuda soberana”, el cual garantiza la prerrogativa de los Estados ante los tribunales internos extranjeros y la interpretación restrictiva de las excepciones al mismo.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el principio de “legitimidad”, el cual requiere que al establecer instituciones y realizar operaciones relacionadas con la reestructuración de la deuda soberana se deben respetar, en todos los niveles, los requisitos de inclusión y el estado de derecho. Por consiguiente, los términos y condiciones de los contratos originales seguirán siendo válidos hasta que sean modificados mediante un acuerdo de reestructuración.

El principio de “sostenibilidad” significa que las reestructuraciones de la deuda soberana deben realizarse de manera oportuna y eficiente y crear una situación de endeudamiento estable en el Estado deudor, preservando desde el inicio los derechos de los acreedores y a la vez promoviendo el crecimiento económico sostenido e inclusivo y el desarrollo sostenible. Simultáneamente, deben minimizarse los costos económicos y sociales, garantizando la estabilidad del sistema financiero internacional y respetando los derechos humanos.

Para finalizar con esta breve reseña de los antecedentes, es importante mencionar que el último de los principios, sobre el cual nos detendremos más adelante, es el de la reestructuración por mayoría. Implica que los acuerdos de reestructuración de la deuda soberana que sean aprobados por una mayoría cualificada de los acreedores de un Estado no se verán afectados, perjudicados u obstaculizados de otro modo por otros Estados o por una minoría no representativa de acreedores, quienes deben respetar las decisiones adoptadas por la mayoría de los acreedores.

### III. REESTRUCTURACIÓN POR MAYORÍA

#### 1. *Holdouts* y “fondos buitres”

Conforme lo expuesto en la introducción del presente escrito, consideramos propicio detenernos en el último de los principios citados. En tal sentido, es oportuno mencionar que, dadas las consecuencias

patentemente indeseables de un *default*, no cabe duda de que un Estado desbordado por deudas buscará por todos los medios una salida menos nociva que cesar lisa y llanamente en el cumplimiento de sus obligaciones. Esta salida es la reestructuración: una solución negociada entre el Estado deudor y sus acreedores que puede consistir en quitas, esperas o una combinación de ambas, o mecanismos más complejos como canjes por determinados instrumentos, como por ejemplo, atados al crecimiento del producto bruto interno (PBI) o al precio internacional de una *commodity* que el país exporte. Sin embargo, la deuda soberana no es como la privada, y los Estados no pueden quedar sujetos a un proceso concursal de quiebra, como ocurre en el derecho interno. No existe actualmente ningún mecanismo institucional, ni nacional ni internacional, que permita a los Estados resolver sus problemas de liquidez; se requiere necesariamente la negociación directa con los acreedores.

Las modalidades contemporáneas de emisión de bonos dificultan enormemente encarar este tipo de negociaciones con todos los bonistas. Ya no es usual, como en otros tiempos, que los acreedores sean un pequeño número de entidades financieras o conglomerados bancarios agrupados en instituciones como el Club de Londres, solo por mencionar alguno; sino que los tenedores de los bonos suelen ser decenas o cientos de miles de inversionistas de lo más diversos: desde pequeños ahorristas individuales hasta grandes fondos de cobertura. Además, como los bonos suelen ser títulos al portador libremente transferibles, no es posible llevar un registro de los actuales tenedores. No existe ninguna estructura institucional capaz de coordinar centralizadamente un número tan grande de acreedores, lo que prolonga los procesos de reestructuración y los hace más costosos para todas las partes involucradas. Sin embargo, quizás el problema más disruptivo en un proceso de reestructuración es la actuación de un tipo de acreedores en particular: los *holdouts*.

Los *holdouts* pueden ser asociados con el concepto económico de “polizones” (*free riders*). Son aquellos acreedores que, ante la situación de un deudor insolvente, no contribuyen a la reestructuración de la deuda, pero se benefician de las concesiones realizadas por los demás acreedores. Gracias a que los otros bonistas aceptan cobrar sus acreencias bajo condiciones menos favorables, el Estado emisor puede



recuperarse y honrar sus compromisos con ellos; pero los *holdouts* se mantienen al margen de esa negociación. No contribuyen a que el deudor reestablezca su salud financiera ni realizan concesión alguna; aprovechan el sacrificio de los demás acreedores para reclamar en el futuro el valor nominal total de los bonos que tienen en su poder. La existencia de *holdouts* actuando como polizones distorsiona las negociaciones de reestructuración y pone en riesgo cualquier arreglo al que puedan arribar el Estado y sus acreedores.

La inexistencia de un marco institucional jurídicamente vinculante para llevar adelante los procesos de reestructuración de deuda soberana ha decantado en un aumento en la actividad especulativa de los denominados “fondos buitres”, con los consecuentes efectos desestabilizadores en las economías nacionales. Los “fondos buitres” son entidades financieras especializadas en adquirir bonos de muy alto riesgo (debido a las dificultades financieras en que se encuentra el Estado emisor) en el mercado secundario a una fracción de su valor nominal, con la expectativa de llevar al Estado deudor a juicio para obtener la totalidad del valor nominal de los títulos. El potencial rédito del comportamiento desplegado por estos actores es realmente exorbitante; la diferencia entre los precios irrisorios que se pagan por bonos de países en crisis y los montos recibidos luego de litigar por los valores nominales de los bonos es astronómica. La irrupción de los “fondos buitres” produce una seria desvirtuación de las negociaciones de reestructuración de deuda y, en consecuencia, provoca distorsiones en el mercado de créditos, toda vez que los acreedores de buena fe, que aceptan pérdidas para permitir que un deudor en crisis recupere su equilibrio, son castigados.

## **2. La recepción del principio en la resolución de la Asamblea General**

En 2014, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció la necesidad de crear un marco jurídico para la reestructuración ordenada de deuda soberana para el restablecimiento del crecimiento económico de los países, libre de actos disruptivos de un sector de los acreedores. Ese mismo año, mediante la Resolución N° 69/247, la Asamblea General de Naciones Unidas creó un comité *ad hoc*, abierto

a todos los Estados de la Organización, para que diagrame ese mismo marco jurídico: el Comité Especial de Naciones Unidas sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana. El comité comenzó a funcionar en 2015 con el apoyo explícito de los Estados del mundo en desarrollo y de un importante sector de la sociedad civil, y la oposición más o menos vocalizada de los países más desarrollados. Dentro del comité, las ideas comenzaron a fluir; por ejemplo, la Argentina propuso que los procesos de reestructuración fuesen presididos por un “Comité de Supervisión” integrado por el Estado deudor y otros dos Estados, y que haya plazos para las distintas etapas del procedimiento.

El trabajo del Comité citado en el párrafo anterior había comenzado a dar sus frutos cuando en septiembre de 2015 se adoptó, a partir de su informe, la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N° 63/319, titulada: “Principios básicos sobre los Procesos de Reestructuración de Deuda Soberana”, explicados al comienzo del presente escrito. El corazón de la Resolución se encuentra en su último principio: la reestructuración por mayoría, tal como adelantamos oportunamente. La idea central es que el proceso de reestructuración no puede verse obstaculizado por una “minoría no representativa de acreedores” que se oponga a la voluntad de una mayoría calificada. Sin desmerecer otros principios de suma importancia que deben guiar cualquier proceso de reestructuración, como la buena fe, la inmunidad soberana o el trato equitativo, el principal escollo que en la actualidad existe para que estos procesos puedan llevarse adelante satisfactoriamente es precisamente la incentivación a los *holdouts*. La actual ausencia de sistema promueve a que ciertos acreedores de mala fe, en especial los “fondos buitres”, se mantengan por fuera de la reestructuración para incrementar notoriamente sus ganancias a costa del Estado emisor y de los demás acreedores. La reestructuración por mayoría permitiría que una mayoría calificada de acreedores pueda llegar a un acuerdo con el Estado deudor que vincule todo el universo activo, tal y como ocurre en los concursos del derecho interno. De esta manera, dejaría de haber *holdouts*, y tampoco habría lugar para el tipo de especulación que llevan adelante los “fondos buitres”.

Sin perjuicio de que la “declaración de principios” fue un hecho de suma importancia, no deben perderse de vista dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, es preciso señalar que las resoluciones de la

Asamblea General de Naciones Unidas no son una fuente vinculante de derecho. Aunque en muchas oportunidades se haya reconocido que las resoluciones de la Asamblea General pueden reflejar la costumbre internacional a través de la expresión de la *opinio iuris* de la comunidad internacional, difícilmente podría decirse lo mismo del presente caso, cuando determinados Estados con incidencia cualitativa han verbalizado su descontento con los principios pronunciados. Por otra parte, debe destacarse que el objetivo principal del comité *ad hoc* no era redactar los principios que se terminaron adoptando, sino que su fin último era mucho más ambicioso: precisamente era crear un régimen jurídico con soporte institucional que sirviera de marco para la reestructuración de la deuda por mayorías calificadas.

Puede que los Principios hayan sido necesarios como un presupuesto que sirva de base para encarar la diagramación del marco jurídico y la constitución de instituciones permanentes, pero lo cierto es que esta tarea cardinal no ha sido cumplida, y el comité no se ha vuelto a reunir desde que la Resolución N° 63/319 fue aprobada. Es decir, la labor más importante encomendada al comité ha quedado inconclusa y no parece haber señales de que vaya a ser retomada a la brevedad.

### **3. Conclusión de este apartado**

El trazado de un esquema jurídico exigible para los procesos de reestructuración que sea respetuoso de las necesidades macroeconómicas de los Estados deudores sin soslayar los derechos patrimoniales de los acreedores de buena fe es totalmente necesario. Una vez activo un mecanismo que permita que los bonistas estén seguros de que no serán castigados por otorgar concesiones al Estado en crisis para que reestablezca la sustentabilidad de su deuda, se lograrán resultados más justos y provechosos para todos los actores involucrados.

La actual ausencia de un marco regulatorio promueve incentivos perversos y estimula la aparición de polizones y especuladores. Las prácticas disruptivas de estos operadores no sólo no son disuadidas por el orden vigente, sino que son recompensadas con ganancias exorbitantes. De perpetuarse este modelo, puede vislumbrarse en un futuro no lejano que las negociaciones con los acreedores, aún con

aquellos que pretendan actuar de buena fe, serán más extensas y costosas, y los *defaults*, inexorablemente, terminarán siendo más frecuentes y prolongados.

#### IV. EL IMPACTO FISCAL DE LOS PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS

##### 1. Virajes económicos

A efectos de apreciar el impacto fiscal de la operatividad de los principios, encararemos un breve desarrollo histórico del tema antes de abordar la relación entre la política monetaria y la fiscal. Los virajes de las políticas económicas aplicadas por el Estado que culminaron en las radicalizadas medidas inspiradas en el credo neoliberal y el Consenso de Washington decantaron en la profunda crisis de 2001<sup>7</sup>, cuyas repercusiones persisten en menor medida hasta la actualidad. En ese periodo, el Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) propuso atacar el déficit fiscal como el origen de los problemas económicos y financieros del país<sup>8</sup>. Se pretendió lograr esa meta generando confianza externa mediante la ampliación de los impuestos y recortes de gastos (reducciones de jubilaciones y de salarios). Luego, se aplicaron iniciativas de corte financiero que no lograron frenar la fuga de capitales ni la dolarización de la economía<sup>9</sup>.

A fines del siglo XIX y principios del XX, la Argentina tuvo un periodo de mayor crecimiento, donde se destaca una tasa acumulativa anual promedio del 8,2% entre 2002 y 2007. En especial, a partir de

---

<sup>7</sup> En diciembre 1999 asumió el gobierno la Alianza, una coalición de partidos encabezada por la Unión Cívica Radical y el FREPASO, que adoptó el diagnóstico propuesto por el FMI.

<sup>8</sup> Ricardo López Murphy y José Luis Machinea crearon políticas económicas de confianza mediante la Ley de Responsabilidad Fiscal de 1999 y la Ley de Déficit Cero de 2001.

<sup>9</sup> El *Blindaje* fue un programa de apoyo financiero con préstamos del FMI, los bancos locales y las AFJP que garantizaban vencimientos de la deuda por 40.000 millones de dólares. El otro programa de refinanciación de la deuda, denominado el *Megacanje*, resultó muy costoso en términos de las obligaciones comprometidas.

2002<sup>10</sup> se registraron tasas históricas y comparativamente muy altas, incluso en términos del PBI, que ascendió un 38%. No obstante, siempre existieron problemas recurrentes: la inflación y la falta de estadísticas confiables del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

A finales de 2008 y durante el año 2009, la Gran Recesión generada por la crisis “*Subprime*” en los Estados Unidos repercutió en las cuentas fiscales produciendo una caída del nivel de actividad. Con el fin de compensar los efectos de la crisis en los sectores más vulnerables y para poder estimular la demanda agregada, se aplicaron beneficios tributarios para disminuir la recaudación impositiva. A partir del 2010, la demanda interna era el principal elemento de crecimiento para la estabilización macroeconómica. Sin embargo, durante el 2014, la demanda tuvo un sesgo contracíclico, relacionado con el aumento de las transferencias monetarias y de los gastos de capital<sup>11</sup>. Aun así, en la actualidad, la crisis de deuda soberana sigue siendo la principal fuente de dificultad para el crecimiento sustentable del país, ya que genera grandes costos sociales, deterioro de los servicios públicos y aumento de los índices de pobreza.

## 2. Relación entre política monetaria y fiscal

La política monetaria y la fiscal no están atadas, pero tienen una relación difícil. El vínculo entre ambas puede suponer una amenaza para la independencia del Banco Central y para la estabilidad de los precios. Con ello, podemos esperar una fuerte presión política para actuar con prudencia en lo que respecta a la estabilidad de las finanzas públicas y a la gestión de la deuda en mayor medida para evitar el sobreendeudamiento. Toda vez que las víctimas de tales compromisos serían especialmente los hogares privados, en forma de una devaluación del poder adquisitivo de sus activos financieros. De este modo, un período prolongado de desempleo debido a la política fiscal restringida

---

<sup>10</sup> En el año 2005, la Argentina acordó con la mayoría de sus acreedores una refinanciación de su deuda. Luego, en el año 2010 renegoció con aquellos bonistas que no habían aceptado participar en el canje de la deuda impaga.

<sup>11</sup> Gastos de capital expresado especialmente en el programa de crédito para viviendas familiares.

ha llevado a una situación donde los costos dieron lugar a una pérdida de cualificaciones y de productividad en la economía.

No obstante, la intervención del poder ejecutivo con políticas públicas y estrategias que abarquen lo monetario, lo fiscal y la estabilidad financiera puede conseguir contener la deuda pública. La deuda pública se justifica tradicionalmente con (1) la función estabilizadora, (2) la función de maniobra y (3) la función de cambio de carga. Para estabilizar la economía en general, el Estado debería, en caso de señales de recalentamiento económico, adoptar medidas de política fiscal estructural para contrarrestarlo, reduciendo así la deuda nacional y, en caso de recesión económica, contraer deuda nacional adicional.

Los instrumentos legales e institucionales que aseguren sistemas de seguro de desempleo, los fondos de desempleo (público, privado o mixto) y el impuesto sobre la renta y los salarios son los principales estabilizadores automáticos y efectivos, por el lado del gasto. Ello, debido a que potencian la protección continua del desarrollo productivo y el cambio estructural por medio de la dinámica de la inversión. Luego, por el lado de los ingresos, se podría generar mecanismos que puedan garantizar estructuras de seguridad en los periodos cíclicos de mayor apogeo. Todos estos esquemas de transparencia contribuirían al fortalecimiento de las reglas estructurales con cláusulas de escape para determinadas situaciones excepcionales, y a la externalización de las proyecciones de ingresos.

En la diagramación de los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, aprobados mediante la resolución de la Asamblea General de la ONU del 10 de septiembre de 2015, todas estas medidas fueron tenidas en cuenta. Además, pese a no estar mencionadas en los Principios, la aplicación de las Cláusulas de Acción Colectiva (en adelante, CAC) presentes en determinados empréstitos, puede facilitar los procesos de reestructuración de deuda aun ante la ausencia de un marco institucional.

### **3. Conclusión de este apartado**

La economía opera dentro de cánones del complejo orden jurídico argentino. Como consecuencia, las medidas reseñadas contribuirán en

el largo plazo a generar condiciones razonables para un crecimiento económico sostenido, equitativo e inclusivo en cada una de las etapas del ciclo económico sobre las bases de la estabilidad institucional en un marco jurídico. No obstante, un ajuste cíclico debería orientar el gasto público hacia la transformación económica de la inversión pública, los ingresos básicos, y a la universalización de los sistemas de protección social y la garantía real de los derechos humanos.

## **V. VIABILIDAD/UTILIDAD DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS COMO LINEAMIENTOS O DIRECTRICES PARA PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN FUTUROS**

### **1. Perspectiva de los Principios a futuro**

Luego de la descripción citada precedentemente, respecto de los antecedentes y el texto de los Principios, especialmente el principio de “reestructuración por mayoría”, nos surgen algunos interrogantes, tales como: ¿son útiles estos principios, al menos como lineamientos para prevenir/resolver crisis económicas y sociales? ¿son viables como herramienta práctica para dar solución a los problemas que surgen entre los deudores soberanos y sus acreedores? Y si no es así, ¿en qué aspectos sería necesario trabajar para fortalecer su aplicabilidad? Asimismo, ¿en qué aspectos pueden resultar superadores de otros mecanismos existentes, aplicables a la resolución de crisis de deuda tales como las CAC?

En cuanto a la primera cuestión, es claro que, desde sus fundamentos, estos Principios han sido creados con el propósito de asegurar no solo la sostenibilidad financiera (que el deudor recupere una capacidad de pago y estabilidad económica para entrar en un sendero de crecimiento) sino también la sostenibilidad social.

Aquí cobra relevancia el Principio 8, que indica expresamente, a la par del logro de la estabilidad de la deuda, la necesidad de promover *“el crecimiento económico sostenido e inclusivo y el desarrollo sostenible, minimizando los costos económicos y sociales, garantizando la estabilidad del sistema financiero internacional y respetando los*

*derechos humanos*”. Ello no es menor si se tiene en cuenta además que las Naciones Unidas han establecido la estrecha (y expresa) vinculación de un proceso de reestructuración que recupere la capacidad de pago del deudor soberano con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio<sup>12</sup>, actualmente reemplazados por los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>13</sup> (en adelante, ODS), que comprenden metas concretas relacionadas con la protección de los derechos humanos.

En este marco, podemos responder afirmativamente la primera pregunta: la aplicación de los principios podría ser una herramienta que ayude a resolver y gestionar crisis de endeudamiento con una mirada *integral*. Tal enfoque ha de tener en cuenta el aspecto social, de manera que se asegure que los países involucrados sigan en línea con las metas comprometidas en el marco de los ODS.

La segunda cuestión va orientada hacia el plano de la aplicación práctica: ¿son viables como herramienta práctica para dar solución a los problemas que surgen entre los deudores soberanos y sus acreedores? La respuesta *a priori* es negativa y ronda dos aspectos, el primero de ellos –más evidente y fácil de abordar– es la carencia de fuerza normativa vinculante<sup>14</sup>, lo que los coloca en el terreno de una “sana práctica” que, si bien representa lo deseable, depende de la buena voluntad de las partes que, como hemos visto principalmente a raíz de la experiencia argentina, no abunda. Ello es así sobre todo cuando se trata de acreedores privados.

---

<sup>12</sup> Ver Resolución General de las Naciones Unidas 68/304, 17/09/2014.

<sup>13</sup> Conforme lo indica la página web, en 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible: una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente y el diseño de nuestras ciudades; ver <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>.

<sup>14</sup> Lo que no le resta valor como parte del “edificio de derecho blando” al que se han referido Guzmán y Stiglitz como condición para generar un entorno más sano para acreedores y deudores con el objetivo de conseguir reestructuraciones eficaces y equitativas (ver Guzmán, Martín y Stiglitz Joseph; Un mecanismo de «derecho blando» para la reestructuración de la deuda soberana; Fundación Friedrich Ebert, 2016).



El segundo aspecto que dificulta la aplicación práctica es la propia formulación de los Principios que, establecidos en la forma de lineamientos, incorpora conceptos bastante abiertos. Carecen de reglamentación y orientación concreta respecto de qué significa cada uno, más allá de la teoría general que los sustenta.

En este punto, surge la pregunta relacionada con la posibilidad de fortalecer su aplicabilidad. Entendemos que podría trabajarse como primer paso pensando una estructura similar a la que tienen los Principios sobre la Promoción del Otorgamiento y la Toma Responsables de Préstamos Soberanos<sup>15</sup>, antecesores de los aquí estudiados, cuya estructura presenta para cada principio sus “implicaciones”. Esto es una explicación de qué significa cada uno. Si bien también se encuentran en el terreno de la aplicación voluntaria, son más claros y ofrecen una orientación necesaria a prestamistas y prestatarios.

Otra solución interesante es incorporar a los Principios 2 y 8 una serie de indicadores no solo vinculados a la capacidad de pago, sino también relacionados con metas sociales que funcionen como un “piso” o punto de partida de negociación. Para que esto sea viable se necesita de información completa y abarcativa. Aquí podría resultar importante la incorporación de un enfoque relacionado con la “deuda social” como un riesgo fiscal directo o contingente según sus características y su incorporación o no al presupuesto. Para abordar esta idea, es interesante el desarrollo realizado por investigadores del Banco Mundial<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> UNCTAD, 2012. Son 15 principios, aplicables a prestamistas y prestatarios. Como ejemplo de lo expuesto ver el Principio 1. “Representación”: Los prestamistas deberían reconocer que los oficiales gubernamentales que participan en las transacciones de otorgamiento y toma de préstamos soberanos son responsables por proteger el interés público (frente al Estado y sus ciudadanos por los cuales están actuando como agentes).

Implicaciones:

- Los prestamistas de préstamos soberanos tratan con agentes (es decir, los oficiales gubernamentales directamente involucrados en el proceso de toma de créditos) que deben responsabilidad al Estado y a sus ciudadanos por los cuales actúan.

- Cualquier intento de un prestamista de sobornar a un oficial gubernamental para violar ese deber es ilegal (por ejemplo, casos de cohecho o corrupción).

<sup>16</sup> Principalmente, ver Polackova, Hana; *Pasivos contingentes del Estado. Un riesgo fiscal oculto*; en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/>

con relación a los pasivos contingentes: la propuesta introduce una “Matriz de Riesgos Fiscales” que permite identificar y clasificar riesgos, ampliando la perspectiva tradicional de la información sobre la deuda pública. Ésta suele incluir en general solo los pasivos explícitos directos (por ejemplo, bonos y préstamos) y las garantías como el pasivo contingente, con exclusión de otras contingencias como los juicios pendientes e inclusive los pasivos que representan una carga “moral” para el Estado como, por ejemplo, la deuda provincial.

Si bien esta herramienta ha permitido identificar algunos pasivos de índole social, como los pagos relacionados con el sistema previsional y el sistema de salud pública, podría adaptarse y ampliarse considerando otros pasivos sociales. Esto permitiría identificar el mayor número de contingencias posibles y monitorearlas desde una perspectiva de riesgo fiscal<sup>17</sup>, asentando en cierto punto los Principios 2 y 3 referidos a la buena fe y la transparencia, de manera que las partes negociantes cuenten con información concreta acerca de la capacidad de pago *integral* del soberano (estabilizar la deuda sin descuidar las obligaciones sociales) entendiendo que los agentes que negocian responden a un mandante (el gobierno que actúa) que a su vez es mandatario de una Nación que deposita en él un mandato libre pero sujeto a rendición de cuentas, por lo que ostenta una capacidad de negociación restringida.

Finalmente ¿en qué aspectos pueden los Principios resultar superadores de otros mecanismos existentes aplicables a la resolución de crisis de deuda, tales como las CAC? En el ámbito contractual ya se ha desarrollado bastante acerca de las CAC, y aunque sabemos que existen “mejores y peores” configuraciones<sup>18</sup>, son, sin duda en este

---

spa/1999/03/pdf/polackov.pdf; Finanzas y Desarrollo, Volumen 36, nro. 1, 1999. Demaestri Edgardo y Moskovits Cynthia, *Toolkit for the Identification, Measurement, Monitoring, and Risk Management of Contingent Sovereign Liabilities*, Inter American Development Bank, 2016.

<sup>17</sup> Constituye una idea preliminar. Podría determinarse en futuros trabajos si los pasivos sociales se consideran “intra o extra” matriz y cómo combinar el análisis para exponer la mayor cantidad de información que permita una negociación prudente y con resultados equitativos.

<sup>18</sup> Nos referimos al sistema de votación, en el cual la nueva configuración propuesta por ICMA (*International Capital Market Association*) en 2014 supera a las anteriores en cuanto a la mitigación del riesgo de bloqueo. Una

momento, y a falta de un marco obligatorio internacional para reestructurar la deuda, la mejor opción que tiene un deudor soberano para intentar una solución ordenada de la crisis que se presente. Su mayor valor lo representa el sistema de votación, que en las redacciones más modernas tiende a despejar la posibilidad de establecer posiciones de “bloqueo” por parte de ciertos acreedores y así “echar por tierra” la negociación. No obstante, como es esperable, no contienen ningún lineamiento que le permita al deudor imponer o aunque sea plantear en la negociación cuestiones relacionadas con la “deuda social”. En esto, los Principios resultan superadores por la manda explícita de que el proceso de reestructuración deje a salvo la protección de los derechos fundamentales. Quizás podría pensarse en una combinación de ambos que neutralice las debilidades, incorporando un sistema de votación concreto y similar al de las CAC al Principio 9, que resuelva la cuestión en los casos en que ellas no estén incorporadas a los marcos contractuales, o a opción de las partes, cuando existiera un mecanismo de votación al cual atenerse.

## **2. La Pandemia: ¿una oportunidad para la aplicación de los Principios?**

En un contexto de pandemia por aparición de la COVID-19 sería esperable que varios países del planeta, en particular aquellos cuyas economías son más frágiles, entren en crisis. Estos estados de crisis debidos al coronavirus son asimilables al *estado de necesidad* que habilita a suspender el pago de la deuda o reprogramarla. En este contexto de gravedad económica, social e institucional, los Principios *pueden marcar el camino* para desarrollar procesos de reestructuración de deuda eficientes y que ayuden a los países a recuperarse sin descuidar sus obligaciones con la población, en especial con los más vulnerables, que serán, seguramente, también los más afectados por la crisis.

Hoy en día, surge la necesidad de preguntarse qué rol jugarán las instituciones de *Bretton Woods* en este contexto. Los principios

---

comparación práctica de las diferencias puede verse en las cláusulas de este tipo insertas en los Indenture del canje 2005/2010 en oposición a las incorporadas en las colocaciones de la Argentina a partir del año 2016 y en la última reestructuración.

podrían ser aplicables también a la reestructuración de la deuda con contrapartes como el FMI, que es un acreedor preponderante de los países pobres, que serán sin dudas los más golpeados por la pandemia. Dado que no suele realizar quitas, se entra en una paradoja en la que el organismo que trabaja en pos de la sostenibilidad de la deuda, elaborando directrices de toda clase para los países y es impulsor y árbitro de los procesos de reestructuración ordenada, apronta finalmente como el acreedor más duro que no aplica ninguna regla establecida para dar alivio en las situaciones más críticas. Aún cuando en el endeudamiento total, la deuda con el FMI no sea abultada en relación con el resto de los pasivos, ésta adquiere materialidad desde el punto de vista cualitativo: en razón del mecanismo normativo al cual se sujeta ante una imposibilidad de pago, el país deudor no obtendrá quitas. Y si obtiene, cuanto mucho, un aplazamiento, será a cambio de ajustes que siempre terminan afectando a los sectores más vulnerables.

Finalmente, la aplicación de estos principios no sería incompatible con las líneas de acción del organismo en los últimos años que, como se dijo, genera directrices para el endeudamiento responsable y sostenible, y apoya la iniciativa de los ODS. En este marco entonces y dada la pandemia, sostener una política de desarrollo sostenible e inclusivo, crecimiento económico y protección del planeta, iría en línea con otorgar un alivio a los principales destinatarios de sus préstamos (países pobres y en desarrollo) en un contexto de emergencia planetaria. Sería bienvenida, en este contexto, una excepción a las rígidas normas del Fondo por parte de sus decisores principales (que no son otros que los más poderosos del planeta) y un acogimiento a los Principios de Reestructuración de deudas como medida excepcional de desarrollo sostenible e inclusivo con respeto a los derechos humanos, que estos mismos países apoyan en diversos foros.

### **3. Conclusión de este apartado**

Se destaca la utilidad de los Principios como base para orientar los procesos de reestructuración desde un enfoque integral, que contemple la recuperación económica sin descuidar la protección de los derechos humanos. Aún así, falta un camino por recorrer en relación con la viabilidad de su aplicación desde el punto de vista práctico, que

más allá de la falta de fuerza vinculante, requiere una mayor especificidad y herramientas concretas que faciliten su aplicación. No obstante, puede alentarse su aplicación a las negociaciones con instituciones financieras internacionales, como directrices que aseguren acuerdos justos y verdaderamente sostenibles, también desde el punto de vista social. El contexto de emergencia planetaria dado por la expansión de la COVID-19 puede ser la oportunidad de implementar estos lineamientos, en todo concordantes con la cooperación mundial que se requiere para superar la crisis actual.

## VI. CONCLUSIÓN

Para finalizar el presente escrito, consideramos oportuno mencionar que la concreción del marco jurídico divisado en la Asamblea General es un paso indispensable que contribuiría a la construcción de un nuevo orden económico mundial más justo, donde el crédito externo sea concebido como un instrumento para la promoción del desarrollo de los pueblos y no para encadenarlos a perpetuidad y sujetarlos a tasas de interés estafalarias y condiciones humillantes.

Es esencial no perder de vista que la acumulación descontrolada de deuda externa inhibe el crecimiento económico de los países en desarrollo y vulnera los derechos humanos de sus habitantes. No debe independizarse a las finanzas internacionales del sentido común y de las nociones más elementales de dignidad y equidad. Las prácticas usurarias hundieron a los pueblos en condiciones de miseria inhumanas e incompatibles con los derechos más fundamentales, como el de la vida.

La reestructuración de la deuda, tal como lo ha sostenido la Asamblea General en su declaración de 2015, debe ser ordenada y justa, pero también consciente de la inviolabilidad de la soberanía estatal y de la importancia del derecho al desarrollo, y edificada sobre la fuerza vinculante de las decisiones tomadas por una mayoría calificada de acreedores.

Por último, quisiéramos concluir que debemos velar por una aplicación real de los principios en aras de garantizar el pleno goce de los derechos humanos. De lo contrario podríamos decir, citando al Dr. Alberto Spota, que “un derecho sin garantías es un catálogo de ilusiones”.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD, (2012). *Principios sobre promoción de otorgamiento y toma responsables de préstamos soberanos*. [https://unctad.org/system/files/official-document/gdsddf2012misc1\\_sp.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/gdsddf2012misc1_sp.pdf)
- Demaestri, E. y Moskovits C. (2016). *Toolkit for the Identification, Measurement, Monitoring, and Risk Management of Contingent Sovereign Liabilities*. Inter American Development Bank.
- Guzmán, M. y Stiglitz J. (2016). Un mecanismo de «derecho blando» para la reestructuración de la deuda soberana; Fundación Friedrich Ebert.
- Organización de las Naciones Unidas. (25 de septiembre de 2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible, 17 objetivos para transformar nuestro mundo*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>.
- Polackova, H. (1999). *Pasivos contingentes del Estado. Un riesgo fiscal oculto; Finanzas y Desarrollo*, Volumen 36, N° 1 <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/1999/03/pdf/polackov.pdf>
- Resolución General de las Naciones Unidas 68/304, 17/09/2014.

---

# REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

## FACULTADES DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS PARA APROBAR SU PROPIA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

---

SILVINA ANDREA CORNAGLIA<sup>1</sup>  
ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 375-403

Recibido: 3/5/2021 - Aceptado: 6/7/2021

**Resumen:** El presente artículo contiene un análisis del concepto de descentralización determinando los alcances que tiene el mismo en relación con los diferentes organismos existentes en el Estado en particular respecto a la facultad para aprobar sus propias estructuras.

El mismo incluye un relevamiento de las diferentes normas existentes que regulan aspectos de manera genérica para todos los organismos descentralizados. Asimismo, un estudio pormenorizado de la normativa aplicable a los diferentes entes permite analizar desde una metodología de casos las características y los alcances de la descentralización en cada uno de ellos para poder llegar como conclusión a identificar aquellos relativos a la facultad de diseño y aprobación de estructuras.

La investigación busca generar una serie de lineamientos que sirvan como aporte para la elaboración de un concepto general de descentralización y para una sistematización normativa de las características y requisitos legales a los efectos de la aprobación de sus estructuras organizativas.

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Esp. en Asesoramiento Jurídico del Estado (ECAE), Diplom. en Auditoría (ISCGP). Correo electrónico: silvina.cornaglia@hotmail.com.



**Palabras clave:** Descentralización; Estructuras Organizativas; Organismos Descentralizados; Organización Administrativa.

**Abstract:** The present article contains an analysis of the concept of decentralization, determining its scope in relation to the different organisms existing in the State, in particular regarding the power to approve their own structures.

It includes a survey of the different existing norms that regulate aspects in a generic way for all decentralized organizations. Likewise, a detailed study of the regulations applicable to the different entities allows us to analyze from a case methodology the characteristics and scope of decentralization in each one of them in order to reach a conclusion to identify those related to the faculty of design and approval of structures.

The research seeks to generate a series of guidelines that serve as a contribution for the elaboration of a general concept of decentralization and for a normative systematization of the characteristics and legal requirements for the purposes of the approval of their organizational structures.

**Keywords:** Decentralization; Organizational Structures; Decentralized Organizations; Administrative organization.

---

## INTRODUCCIÓN

La descentralización administrativa ha sido abordada desde sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos con diversos enfoques. Sin embargo, todavía no existe claridad conceptual sobre lo que significa descentralizar, sus características y requisitos.

Desde el punto de vista del análisis político se puede relacionar la descentralización con los procesos de desarrollo y modernización del Estado, entendiendo para muchos autores la descentralización como un instrumento para la estabilización de un sistema político en crisis (Von Haldenwang, 1990).

El concepto de descentralización que utilizan los diversos autores es muy amplio, incluyendo algunos la privatización de empresas estatales y servicios públicos. De esta manera, y con distintos alcances, la descentralización implica la transferencia de decisiones, el aumento del



número de actores involucrados en las políticas públicas y el traslado de la regulación estatal en diversos sectores. Se modifica la estructura estatal, la forma y el grado de regulación.

Dentro de los fundamentos que se utilizan para justificar la descentralización se señala que el aparato estatal es habitualmente demasiado burocrático, grande, y con dificultades para su coordinación, eficiente ejecución y control. Se plantean como sus objetivos una utilización más eficiente de los recursos y una mejora en la calidad de prestaciones y servicios, aunque la experiencia denota que se llega a efectos inversos.

Al producirse la descentralización ciertas competencias son atribuidas a un nuevo organismo, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente. Estos organismos tienen características básicas comunes entre las que podemos destacar la personalidad jurídica propia, recursos asignados legalmente, patrimonio estatal, facultad para administrarse, entre otras.

En todos los organismos surgen diversas preguntas sobre los alcances de su actuación, en especial en el presente trabajo se plantea cuál es el alcance de la facultad de aprobar su propia estructura por parte de los organismos descentralizados.

## **OBJETIVOS DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN**

El objetivo de la investigación es realizar un análisis del concepto de descentralización determinando los alcances que debe tener el mismo en relación con los diferentes organismos existentes en el Estado, en especial en relación a la facultad que poseen los organismos descentralizados de aprobar sus propias estructuras organizativas.

Motiva el presente trabajo la diversidad de criterios que podemos extraer de las normativas, así como los diferentes alcances que le dan los autores al concepto mencionado. Ello tiene su origen en la inexistencia de un concepto legal, es decir que surja manifiestamente de una norma, donde nos identifique claramente en que consiste la descentralización, sus características distintivas y los requisitos para su actuación.

A pesar de no contar con una regulación general para la descentralización, existen multiplicidad de normas que la abordan de manera parcial, por ejemplo, desde el aspecto presupuestario o de procedimiento, generando diversas regulaciones que sin constituir un régimen sistemático son de aplicación general a los organismos.

Lo anterior se combina con un número importante de normas particulares, generalmente referidas a la creación del ente, donde se establece su naturaleza jurídica, sus alcances y limitaciones. Se requiere un análisis pormenorizado de la casuística existente para poder determinar aspectos comunes a los organismos descentralizados, así como diferencias en los alcances de la descentralización que permitan realizar una clasificación de los mismos basada en aspectos de su regulación.

De lo expuesto surge que la presente investigación tiene como objetivos realizar un relevamiento de las diferentes normas existentes que regulen aspectos de manera genérica para todos los organismos descentralizados, considerados en sentido amplio como todos aquellos organismos y entidades creados como productos del proceso de descentralización. Asimismo, un estudio pormenorizado de la normativa aplicable a los diferentes entes permitirá analizar, desde una metodología de casos, las características y los alcances de la facultad de aprobar sus propias estructuras en cada uno de ellos para poder llegar como conclusión a identificar aquellos que son comunes.

A modo de objetivo final se plantean una serie de lineamientos que pueden servir de aporte para la sistematización de las principales características y requisitos legales en relación a la facultad de diseño y aprobación de estructuras organizativas.

## **LA PROBLEMÁTICA SOBRE LA FACULTAD DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DE APROBAR SUS PROPIAS ESTRUCTURAS ORGÁNICAS**

La descentralización administrativa se encuentra regulada de manera dispersa y no sistematizada. Existen diferentes aspectos que permiten caracterizarla como tal pero que no se encuentran sistemáticamente regulados. Podemos destacar la normativa de su creación, su patrimonio, la facultad de administrarse, la facultad de darse sus

propias normas y las facultades de control que conserva la Administración Central.

La facultad de regular su propia estructura no surge de una normativa general, sino que se encuentra de manera dispersa en las diferentes normas de creación de los organismos, es por ello que resulta complejo determinar hasta donde se extiende la autonomía en esta materia para cada una de las categorías de organismos descentralizados. También resulta útil preguntarnos qué requisitos técnicos, legales y de procedimiento deben cumplir para la validez de las mismas.

El ejercicio de la mencionada facultad, si se ejerce sin control o intervención por parte de la Administración Central, genera una amplia discrecionalidad en el diseño y creación de estructuras, produciendo como resultados proliferación normativa, superposición de funciones, vacíos legales e informalidad, falta de acceso y disponibilidad de la información, y unidades sin acciones claras.

## CONTEXTO Y FUNDAMENTACIÓN

Según el Decreto N° 50/2019 la Administración Pública Nacional cuenta actualmente con 73 organismos descentralizados, 60 Empresas y Entes del Sector Público Nacional y 4 Entes del Sector Público Nacional Financiero distribuidos entre las diferentes jurisdicciones.

Por su parte la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control (Ley N° 24.156, 1992) al referirse en su artículo 8° al Sector Público Nacional indica que el mismo está compuesto por la Administración Nacional (Administración Central y Organismos Descentralizados); Empresas y Sociedades del Estado (Empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta y aquellas organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones); Entes Públicos excluidos de la Administración Nacional, y Fondos Fiduciaros integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado Nacional. Por su parte el artículo 9° precisa las características de las entidades, las que se definen por tener personalidad jurídica y patrimonio propio.

En particular en relación al control y la información sobre las estructuras organizativas aprobadas por los organismos descentralizados el Decreto N° 632/2018 dispuso en su artículo 11 que los mismos debían remitir en un plazo de sesenta (60) días un proyecto de optimización de su estructura organizativa. Asimismo, por el artículo 12 de la mencionada norma se dispuso que las entidades comprendidas en el inciso b) del artículo 8° de la Ley N° 24.156<sup>2</sup> debían remitir en igual plazo la información relativa a su estructura orgánico funcional, a los efectos de realizar una evaluación integral en el marco del objetivo de equilibrio presupuestario.

A partir de esa remisión la Dirección Nacional de Diseño Organizacional<sup>3</sup>, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros realizó un procedimiento de revisión y rediseño de las estructuras organizativas, aprobando normalmente una nueva norma que contemplaba la estructura de primer y segundo nivel operativo.

En base a la información relevada y al trabajo de análisis realizado en dicha dependencia estatal es que surge la inquietud de indagar sobre la regulación específica que existe en el Estado Nacional en relación a los organismos descentralizados, y en especial sobre los alcances que tiene la facultad de aprobar sus propias estructuras organizativas.

La determinación de las características y alcances de los organismos descentralizados y la disponibilidad de información actualizada sobre los mismos adquiere relevancia en el estado actual de la organización administrativa, ya que son múltiples los productos y servicios que se encuentran asignados a organismos con competencias

---

<sup>2</sup> Ley N° 24156, artículo 8° inciso b): *“Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias”.*

<sup>3</sup> La Dirección Nacional de Diseño Organizacional, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, tiene a su cargo el diseño, formulación y análisis de propuestas de rediseño de la macroestructura organizacional del Estado Nacional. Interviene en los procesos de ordenamiento, reforma y modernización de las estructuras organizativas de los organismos que integran la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

específicas, resultando necesario comprender sus alcances para poder analizar su actuación y determinar la legalidad y legitimidad de sus actos. Asimismo, resulta de suma importancia para los particulares cuando ven involucrados sus derechos en materias reguladas especialmente por organismos descentralizados o quedan alcanzados por un acto proveniente de los mismos.

La normativa dispersa genera problemas de interpretación y dificultades para la aplicación. Resulta necesario considerar la posibilidad de un tratamiento sistematizado sobre la materia. La presente investigación busca realizar un análisis que identifique los aspectos comunes y las diferencias específicas.

## **DESARROLLO**

### **La descentralización administrativa**

En términos de organización administrativa la centralización, la descentralización, la desconcentración y los mecanismos de delegación de competencias son distintas herramientas con las que cuenta el Estado para organizar el cumplimiento de sus funciones.

En América Latina y el Caribe los procesos de descentralización se produjeron principalmente hacia finales de la década de 1970 y principios de la década de 1980, con el retorno en la región de los regímenes democráticos, justificada como una respuesta a los reclamos de transparencia y participación ciudadana, como un mecanismo para la búsqueda de la eficiencia en la implementación de las políticas estatales (Agosto, 2010).

Durante la década de los 90 los procesos de descentralización se consideraron un medio o una herramienta para facilitar y articular los procesos que involucraran a instituciones públicas y privadas. Quienes los impulsaron también enfatizaron el hecho de que descentralizar haría posibles mecanismos de control ciudadano, de acceso a la información, la inclusión, la participación, y la responsabilización o rendición de cuentas.

Para ciertos autores (Borja, Valdés, Pozo y Morales, 1987) la centralización del Estado genera deseconomías y disfunciones específicas,

exceso de burocracia, sectorialización, falta de coherencia y de agilidad, presentándose la descentralización como un proceso para disminuir dichos efectos. Sin embargo la experiencia del proceso ha demostrado los efectos contrarios como la falta de coordinación, menor eficiencia, falencias de control y dificultades para la ejecución de las políticas públicas.

La descentralización ha demostrado tener aspectos negativos como la fragmentación de los centros de toma de decisiones, generando el peligro de que se pierda la dirección general de una determinada política o programa. Aumenta también las posibilidades de que existan diferencias de criterio al momento de la aplicación de las políticas públicas.

Por ello, a pesar de la tendencia creciente a la descentralización los autores remarcan la conveniencia de pensar en el análisis de mecanismos complementarios de centralización de diversos aspectos, como el diseño y planeamiento de políticas públicas, capacidades de control y mecanismos de coordinación y coherencia en el accionar de los distintos organismos.

Joan Subirats establece algunas pautas para lograr un equilibrio racional entre la descentralización y la centralización. Para ello sostiene que la centralización no debería comportar rigideces innecesarias, sino consolidarse como mecanismo de dirección y control estratégicos. Si la centralización asume este rol es posible que sirva como instrumento de promoción y refuerzo de la descentralización.

### **Marco conceptual**

#### *– Organización Administrativa*

La “organización administrativa” según Marienhoff (2000) consiste en la estructuración de órganos y atribución de sus competencias. La misma se encuentra conformada por el conjunto de normas relativas a la estructura técnico-jurídica de la administración pública que marcan las reglas aplicables a su composición y las relaciones entre los órganos y entes que la componen.

La Administración Pública Nacional cuenta con dos estructuras fundamentales que consisten en la administración central y la

administración descentralizada. En sentido amplio cabe tener en cuenta que el Estado Nacional constituye una persona jurídica pública y que está conformado por distintas jurisdicciones con diferentes competencias para el cumplimiento de sus funciones. Asimismo, cuenta con organismos descentralizados que se encuentran separados de la Administración Central y cuentan con personalidad jurídica propia (personas jurídicas de carácter público). El Estado también cuenta para el cumplimiento de sus funciones y la prestación de servicios con personas jurídicas privadas de patrimonio estatal o que cuentan con una presencia significativa del Estado ya sea en su patrimonio o en la toma de decisiones.

– *Descentralización*

En la centralización todas las cuestiones de importancia referentes a la actividad y relaciones de la administración pública son resueltas por los órganos centrales. La centralización implica integrar diversas materias en un centro común y requiere la dependencia del poder central. Se estructura de manera piramidal, donde todos los órganos convergen hacia la autoridad superior y entrelazan a los demás órganos del sistema. Las facultades de decisión y las competencias técnicas están reunidas en los órganos superiores y las relaciones son de carácter jerárquico (Del Giorgio Solfa, 2011).

Por su parte la descentralización administrativa se produce cuando el ordenamiento jurídico confiere atribuciones o competencias en forma regular y permanente a entidades dotadas de personalidad jurídica, que cuentan con facultades para actuar por cuenta propia, aunque el Poder Ejecutivo conserva potestades de control.

Los organismos descentralizados aparecen con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado, con un patrimonio que le es afectado como propio y con poderes de decisión y resolución (Del Giorgio Solfa, 2011).

En cuanto a la relación que mantiene la Administración Central con los organismos descentralizados, la misma conserva la facultad de tutela administrativa, como la forma de mantener la unidad del poder estatal. Son facultades de dirección y de supervisión que se mantienen en el órgano superior.

La descentralización funcional, por servicios o institucional - a diferencia de la territorial que distribuye competencias en ámbitos geográficos - se estructura sobre la base de un criterio técnico por el cual se atribuye a un organismo administrativo con personalidad jurídica propia las competencias sobre determinados servicios, objetivos o funciones.

Dentro de los alcances de la descentralización debemos considerar los conceptos de *autonomía* y *autarquía*. La autonomía es la facultad que tienen ciertos entes de darse sus propias normas fundamentales, es decir una potestad normativa originaria, y de regirse por ellas. La autarquía es por su parte una potestad de carácter administrativa, que constituye la facultad para administrarse por sí mismas y manejar sus propios recursos dentro de las funciones que tienen específicamente asignadas, y de acuerdo a normas que son dictadas por otra entidad, que conserva facultades de control y vigilancia.

Cabe diferenciar la descentralización administrativa de la *desconcentración administrativa*, en la cual se otorgan competencias de manera regular o permanente a órganos inferiores dentro de la misma organización. El órgano desconcentrado no tiene personalidad jurídica ni patrimonio propio y se encuentra jerárquicamente subordinado a las autoridades superiores del organismo.

En términos de responsabilidad tanto en la descentralización como en la desconcentración hay una limitación de la responsabilidad del superior que queda restringida al campo de la supervisión, el cual comprende un control normal y razonable sobre los actos del órgano inferior (Cassagne, 2006).

### **Alcances de la descentralización administrativa**

Dentro de las principales características de los organismos descentralizados encontramos la personalidad jurídica separada de la del Estado, un patrimonio que le es afectado específicamente para su funcionamiento y facultades de decisión y resolución sobre las competencias específicamente asignadas. En virtud de estas características existen diferentes aspectos que se deben tener en cuenta al momento de analizar los alcances de la descentralización.



Entre las variables mencionadas se encuentra el modo de financiación, ya que el esquema de financiación de una entidad descentralizada puede ser una mezcla de diferentes formas, incluyendo la existencia de recursos propios, y ese aspecto determina en buen grado su autonomía frente al centro, por la posibilidad de ampliar y administrar su propio patrimonio sin dependencia de la asignación de recursos.

Además, las entidades descentralizadas a través de las cuales el Estado realiza actividades y presta servicios pueden encuadrarse como entidades públicas o privadas. Las entidades públicas estatales tienen como rasgos característicos la creación estatal y la pertenencia a la organización administrativa. En las entidades privadas el Estado actúa con estructuras jurídicas propias del Derecho Privado, a través de empresas de su propiedad o participando en el capital de las mismas.

En cuanto a la creación de las entidades descentralizadas y otros entes del sector público nacional existen diversas opiniones en cuanto a que deban ser creados por el Congreso mediante la sanción de una ley o por el Poder Ejecutivo mediante el dictado de un decreto. Los autores difieren en sus opiniones acerca de la facultad para crear las entidades autárquicas, para algunos deben ser creadas por ley, para otra parte la competencia de su creación está en cabeza del Poder Ejecutivo, mientras que para otros se trata de una facultad concurrente.

Sobre esta discusión, cabe señalar que la Ley de Contabilidad (Decreto-Ley N° 23.354, 1956), ya establecía que debían serlo por ley excepto las empresas del Estado que por autorización legal expresa podían ser creadas por decreto (Gordillo, 2013).

Por su parte la Ley de Convertibilidad Fiscal (Ley N° 25.152, 1999) también prohíbe al Poder Ejecutivo la creación de entes descentralizados, ya que su artículo 5° estableció que toda creación de organismo descentralizado, empresa pública de cualquier naturaleza y Fondo Fiduciario integrado total o parcialmente con bienes y/o fondos del Estado nacional requerirá del dictado de una ley.

El control administrativo sobre el accionar de los organismos descentralizados según Diez (1976) siempre es limitado, a diferencia de lo que ocurre con el control jerárquico; no se presume sino que ha de estar atribuido expresamente, y su interpretación debe ser restrictiva. La finalidad de este tipo de control es la unidad en la actuación de

todos los entes públicos que persiguen la satisfacción de los fines de la administración moderna.

En virtud del órgano que haya creado la entidad, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos<sup>4</sup> establece el alcance del control administrativo sobre las entidades descentralizadas, determinando que si la entidad es creada por el Poder Legislativo en virtud de facultades exclusivas del mismo (otorgadas por la Constitución Nacional) el control de los actos sólo será relativo a la *legitimidad*, y sólo podrá aceptar o rechazar el acto. Por el contrario, si la entidad fue creada en virtud de facultades concurrentes, el control administrativo podrá abarcar tanto la *legitimidad* como la *oportunidad, mérito y conveniencia* del acto.

#### – *Clasificación*

Los alcances de las características mencionadas han permitido delimitar diferentes categorías de organismos, los que se detallan a continuación:

Entidades autárquicas: Cuentan con personalidad jurídica propia, capacidad para autoadministrarse, su patrimonio es totalmente estatal, tiene una finalidad pública estatal. En cuanto al régimen jurídico aplicable se rigen por las normas de derecho público, los actos y contratos que celebran tienen carácter administrativo y sus empleados tienen la calidad de agentes públicos.

Empresas del Estado: Los alcances de la descentralización se caracterizan, según Ley 13.653 (1949), por tratarse de una entidad con personalidad jurídica propia, capacidad para autoadministrarse, su patrimonio es estatal, desarrollan actividades de carácter comercial o industrial, son creadas por el Poder Ejecutivo. En cuanto al régimen jurídico aplicable se trata de un régimen mixto de derecho público para

---

<sup>4</sup> Decreto N° 1759 del 3 de abril de 1972 (t.o. 2017). Artículo 97: “*El recurso de alzada podrá deducirse en base a los fundamentos previstos por el artículo 73, in fine. Si el ente descentralizado autárquicamente fuere de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el recurso de alzada solo será procedente por razones vinculadas a la legitimidad del acto, salvo que la ley autorice el control amplio. En caso de aceptarse el recurso, la resolución se limitará a revocar el acto impugnado, pudiendo sin embargo modificarlo o sustituirlo con carácter excepcional si fundadas razones de interés público lo justificaren.*”

sus relaciones con la Administración Central y con otros organismos públicos, y de derecho privado para sus actividades específicas, las autoridades superiores son funcionarios públicos pero el resto del plantel de empleados se rige por el derecho laboral.

**Sociedades del Estado:** Son sociedades creadas por el Estado para la prestación de un servicio público de carácter público o comercial, su capital es íntegramente estatal (pudiendo participar los Estados Provinciales, los Municipios y otros organismos estatales). Están reguladas por la Ley de Sociedades del Estado (Ley N° 20.705, 1974), y no se les aplican las leyes de contabilidad, obras públicas ni de procedimientos administrativos.

**Sociedades de economía mixta:** Actualmente en desuso, se encuentran reguladas por Decreto-Ley N° 15.349 (1946), se trata de sociedades que forma el Estado Nacional, los estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas por una parte y los capitales privados por la otra, para la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas. La participación estatal es estatutaria y permanente, el acta de constitución o la ley o decreto de creación determinan imperativamente el modo y/o el porcentaje de la participación del Estado en la sociedad y éste no puede cambiarse sin modificar dicho acto en forma expresa (Gordillo, 2013). El presidente, el síndico y al menos un tercio de los directores deben ser nombrados por el Estado, los demás directores los designan los accionistas particulares.

**Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria:** Se trata de una descentralización en sentido amplio de las funciones del Estado y se rigen por la Ley 19.550 (1972). Son sociedades anónimas en las que el Estado Nacional (puede ser junto con los Estados Provinciales, Municipales u otros organismos estatales) sea propietario del 51% del capital social. Estos entes no pueden ser declarados en quiebra, sino que son liquidadas por la autoridad administrativa.

### **Relevamiento sobre la facultad de aprobación de estructuras organizativas en los organismos descentralizados**

Doctrina de la Procuración del Tesoro en materia estructuras organizativas

En materia de estructuras organizativas en general la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que las definiciones de la misma se encuentran reservadas al nivel de conducción política toda vez que, la forma de división del trabajo y la consecuente asignación de atribuciones a los distintos órganos responde a la estrategia adoptada por aquél para el cumplimiento de sus objetivos y de las responsabilidades derivadas de la implementación de las políticas públicas a su cargo.<sup>5</sup>

La Procuración del Tesoro define que técnicamente una estructura organizativa consiste en una distribución de competencias entre diversas unidades, que constituyen la partición lógica del conjunto a través de la desagregación del proceso decisorio, fijando sus Responsabilidades y Acciones y estableciendo relaciones de jerarquía o coordinación entre ellas.<sup>6</sup>

Las estructuras orgánicas son reglamentos de organización establecidos por el Poder Ejecutivo que tratan acerca del deslinde de tareas y la asignación de funciones inherentes al ejercicio de la atribución constitucional del Órgano Superior de la Administración General del país, constituyendo la diferente categorización de cargos y funciones en ellas establecidas una potestad que integra la denominada zona de reserva de la Administración.<sup>7</sup>

Asimismo, y en relación al tema específico de análisis del presente trabajo, sostiene que la elaboración o modificación de una estructura organizativa se encuentra dentro de las facultades con alto grado de discrecionalidad asignadas al órgano competente, que se ejercen según criterios de mérito, oportunidad y conveniencia.<sup>8</sup>

Finalmente en materia de competencias puntualiza que es la Jefatura de Gabinete de Ministros quien cuenta entre sus atribuciones la de aprobar las estructuras organizativas de los ministerios y organismos descentralizados que les dependan.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 265:172.

<sup>6</sup> Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 294:377.

<sup>7</sup> Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 305:270; en igual sentido Dictámenes 307:001 y 206:148.

<sup>8</sup> Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 294:377.

<sup>9</sup> Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 294:377.

### *Análisis normativo*

Del análisis de la normativa general resultan de utilidad al presente trabajo las disposiciones de la Ley 24.156 que en su artículo 8° realiza una clasificación del Sector Público Nacional, encuadrando a los organismos descentralizados en términos estrictos en su artículo 8° inciso a); a las Empresas y Sociedades del Estado en el mismo artículo inciso b), realizando una enumeración de los tipos existentes - Empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta y aquellas donde el Estado Nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias-; y por último en su inciso c) menciona a los Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional donde el Estado Nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones.<sup>10</sup>

La mencionada norma menciona sólo un aspecto de las estructuras organizativas y es que las estructuras orgánicas de los organismos descentralizados se encuentran en el ámbito de control interno de la Sindicatura General de la Nación.

Por su parte el Decreto N° 1545/1994, una norma encuadrada en la Reforma del Estado y con fines equilibrio fiscal y de eficiencia del gasto público, contiene en su Capítulo VI el Régimen Aplicable a las Estructuras Organizativas que establece pautas generales para el diseño, formulación, presentación y aprobación de estructuras organizativas.

En cuanto al ámbito de aplicación del mencionado decreto su artículo 13 establece su alcance a las jurisdicciones y entidades de la Administración Nacional en los términos del inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156, motivo por el cual en relación a la regulación de la facultad de los organismos descentralizados de aprobar sus propias estructuras resultan alcanzados estrictamente sólo los organismos descentralizados propiamente dichos (entidades autárquicas) y es de aplicación supletoria a las entidades comprendidas en el inciso b) del artículo 8° de la mencionada ley (Empresas del Estado, Sociedades

---

<sup>10</sup> Ley 24.156, op.cit., Artículo 8°.

del Estado, Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria y Sociedades de Economía Mixta).

El artículo 14 del Decreto 1545/1994 establece también que las estructuras deberán ser diseñadas con arreglo a las disposiciones de la Ley de Ministerios, a las políticas, objetivos y programas previstos en la Ley de Presupuesto General de cada año. La norma también posee dos Anejos con Criterios Básicos de Diseño y Criterios Específicos de Diseño.

Recientemente el Decreto 632/2018, también enmarcado en el objetivo de una utilización racional de los recursos públicos dispuso un plazo de SESENTA (60) días a partir de su entrada en vigencia para que los entes descentralizados y desconcentrados remitan a la Jefatura de Gabinete de Ministros un proyecto de optimización de su estructura organizativa.<sup>11</sup>

Producto del mencionado trabajo de análisis se aprobaron a la fecha de la presente investigación las siguientes normas de estructura: Decisiones Administrativas N° 1615/18 (Tribunal Fiscal de la Nación); N° 1771/18 (Instituto Nacional de Viticultura); N° 1687/18 (Organismo Regulador de Seguridad de Presas); N° 1652/18 (Caja de Retiros de la Policía Federal); N° 43/18 (Registro Nacional de las Personas); N° 44/18 Tribunal de Tasaciones de la Nación; N° 1945/18 (Instituto Nacional de Tecnología Industrial); N° 1881/18 (Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria); N° 1462/18 (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas); N° 23/19 (Instituto Nacional del Cáncer); N° 76/19 (Agencia de Administración de Bienes del Estado); N° 161/19 (Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos); N° 213/19 (Hospital Laura Bonaparte); N° 249/19 (Junta de Investigación de Accidentes de Aviación Civil); N° 423/19 (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social); N° 482/19 (Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria); N° 489/19 (Instituto Geográfico Nacional); N° 676/19 (Biblioteca Nacional Mariano Moreno); N° 696/19 (Servicio Meteorológico Nacional); N° 744/19

---

<sup>11</sup> Información proporcionada en septiembre de 2019 por la Dirección Nacional de Diseño Organizacional, área técnica de la Jefatura de Gabinete de Ministros, encargada de los procesos de ordenamiento, reforma y modernización de las estructuras organizativas de los organismos que integran la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

(Instituto Nacional del Agua); N° 761/19 (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica); N° 762/19 (Colonia Nacional Montes de Oca); N° 823/19 (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo); N° 821/19 (Instituto Nacional de la Propiedad Industrial); N° 822/19 (Instituto Nacional de Rehabilitación Psicofísica del Sur); N° 827/19 (Fondo Nacional de las Artes); N° 826/19 (Teatro Nacional Cervantes); N° 825/19 (Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero); N° 831/19 (Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos); N° 832/19 (Comisión Nacional de Regulación del Transporte); N° 834/19 (Hospital Nacional “Dr. Baldomero Sommer”); N° 845/19 (Fundación Miguel Lillo); N° 873/19 (Instituto Nacional de Semillas); N° 938/19 (Superintendencia de Seguros de la Nación).

En relación a la facultad del Jefe de Gabinete para el análisis y la aprobación de estructuras, el artículo 16 inciso 31 de la Ley de Ministerios (Ley N° 22.520, 1981) establece como atribución del mismo *“Entender en el análisis y propuesta del diseño de la estructura de la Administración Nacional Centralizada y Descentralizada y aprobar las modificaciones propuestas”*.

En los casos en que los organismos contaban con la facultad de aprobar sus propias estructuras orgánicas, las mismas se aprobaron por Resoluciones de la entidad como en los siguientes casos: Resoluciones INCAA N° 1260/18 y N° 1295/19 (Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales); Resolución SIGEN N° 157/18 (Sindicatura General de la Nación); Resolución SRT N° 4/19 (Superintendencia de Riesgos del Trabajo); Resolución INCUCAI N° 43/19 (Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante); Resolución CONAE N° 548/19 (Comisión Nacional de Actividades Espaciales); Resolución INTA N° 513/19 (Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria).

Cabe señalar que estos últimos organismos, si bien requirieron el asesoramiento técnico de la Dirección Nacional de Diseño Organizacional, contaban con la facultad específica de establecer su organización interna derivada de sus leyes de creación, o en los casos específicos de la CONAE y del INTA, de los Decreto y Decreto-Ley respectivamente que les dan origen, los que se encuentran ratificados legislativamente, y que en virtud de ello actualizaron sus estructuras mediante normas emanadas del propio organismo.

### *Facultad de aprobación de estructuras organizativas*

En cuanto a las facultades de aprobación de estructuras organizativas por parte de los propios organismos, del relevamiento realizado en el presente trabajo sobre una muestra de organismos descentralizados<sup>12</sup> surge que las facultades otorgadas en la mayoría de los casos consisten en organizar y reglamentar su funcionamiento interno, lo que incluye ya sea expresamente o así se ha considerado por vía de interpretación, los aspectos estructurales que hacen al cumplimiento de sus funciones.

En algunos casos la facultad se encuentra en términos muy amplios como la facultad de estructurar sus servicios, lo que ha generado una interpretación con el transcurso del tiempo de que dicha facultad incluye la de dictar su propia estructura orgánica sin ninguna intervención de la Administración Central.

Los entes reguladores por su parte cuentan entre las facultades de sus Directorios con atribuciones para aprobar la organización del organismo, lo que se ha utilizado también para fundamentar la aprobación de la estructura organizativa mediante normas emanadas del propio ente.

En cuanto al nivel normativo que otorga este tipo de facultades del relevamiento surge que las mismas son otorgadas en la mayoría de los casos por Ley, aunque en algunos organismos se estableció la facultad en los Decretos Reglamentarios. En este sentido se establece una primera diferenciación en relación a los organismos creados por Ley, donde se relevó en la mayoría de los casos esta facultad, y que

---

<sup>12</sup> La muestra incluyó a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), Servicios Nacionales de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA), la Sindicatura General de la Nación (SIGEN), el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), la Agencia de Planificación; el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), el Instituto Nacional de la Música (INAMU), la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, el Ente regulador de la Electricidad (ENRE), el Ente Regulador del Gas (ENARGAS) y el Instituto Nacional de Promoción Turística (INPROTUR), entre otros que si bien contaban con algunas normas aprobatorias de estructura fueron descartados por no contar específicamente con esa facultad.



por supuesto no exige como requisito la intervención previa de la Administración Central, aunque luego la normativa general los haya incluido en virtud del tipo de ente de que se trate.

Cabe señalar que los organismos descentralizados que no cuentan con facultad de aprobar sus propias estructuras organizativas, y que han realizado recientemente – en virtud del Decreto 632/2018 – una adecuación de las mismas por Decisión Administrativa, cuentan ahora en muchos casos con la delegación de la facultad de modificar las aperturas de segundo nivel operativo previa intervención de la Dirección Nacional de Diseño Organizacional de la Jefatura de Gabinete de Ministros, y sin que implique incremento de unidades organizativas ni de las partidas presupuestarias.

Las Empresas del Estado, una figura que no es de uso regular actualmente, se encuentran previstas en la Ley del Régimen Legal de Funcionamiento de Empresas del Estado (Ley N° 13.653, 1949) y sus modificatorias, normativa que establece que los estatutos de las empresas deberán especificar entre otras pautas mínimas lo relativo a su organización, dirección y administración. Las normas de creación han establecido sus autoridades superiores y los estatutos han fijado facultades de organización interna, de cuya interpretación surge la atribución para dotarse por sí mismas de sus estructuras orgánicas.<sup>13</sup>

La Ley N° 20.705 que regula las Sociedades del Estado no hace ninguna mención en cuanto a la facultad de las mencionadas entidades de aprobar sus propias estructuras. Sin embargo, las propias leyes específicas de creación de las mismas estipulan la facultad de conformar sus propias estructuras organizativas, incluso expresamente de aprobar su estructura orgánica funcional. En aquellos casos en que la norma nada dijo en relación a esta facultad el tema fue abordado por los Estatutos (aprobados por Decreto) de dichas entidades incorporando la facultad de proponer o incluso de aprobar la estructura organizativa.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> La muestra incluyó COVIARA (Construcción de Viviendas para la Armada) y otras empresas del Estado que actualmente no se encuentran vigentes como Empresas Nacionales de Energía (E.N.D.E.) y la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (ENCOTEL).

<sup>14</sup> El relevamiento incluyó además de la normativa general en materia de Sociedades del Estado una muestra conformada por las normativas de creación y

De la misma forma la Ley N° 19.550 en sus artículos 308 a 314 regula diversos aspectos de las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria sin mencionar la facultad de aprobación de estructuras. Sin embargo del análisis de diversas Sociedades Anónimas de participación estatal mayoritaria surge que la temática puede encontrarse de manera muy amplia en los estatutos al momento de regular las facultades del Directorio ya que se establecen amplios poderes y atribuciones para la organización y administración de la sociedad.<sup>15</sup>

De las normativas relevadas en general relativas a los diferentes organismos con distintos grados de descentralización, ninguna de las normas específicas que reconocen la facultad de aprobación de estructuras establece el procedimiento que tiene que seguir el organismo para su ejercicio. Tampoco surgen de ninguna de las normas mencionadas requisitos legales para su utilización.

## CONCLUSIONES

La presente investigación se planteó como objetivo principal realizar un análisis del concepto de descentralización determinando los alcances que debe tener el mismo en relación con los diferentes organismos existentes en el Estado, aspectos que han sido relevados principalmente de la doctrina existente en la materia y de las normas específicas que regulan los distintos tipos de organismos.

Sobre el planteo inicial de la existencia de un concepto claro sobre lo que significa descentralizar, el análisis normativo realizado ha permitido confirmar que las regulaciones existentes no brindan un concepto legal, no hay una norma específica que nos indique las características de la descentralización.

Se relevaron regulaciones sobre aspectos específicos que norman cuestiones de trascendencia como la Ley 24.156 al establecer su

---

Estatutos de Casa de Moneda S.E.; Administración de Infraestructuras Ferroviarias S.E.; Operadora Ferroviaria S.E. y Fabricaciones Militares S.E.

<sup>15</sup> Se analizó una muestra conformada por la normativa de creación y Estatutos de Correo Oficial de la República Argentina S.A.; Banco Hipotecario S.A.; Nucleoeléctrica Argentina S.A.; Aerolíneas Argentinas S.A.; Agua y Saneamientos Argentinos S.A.

clasificación (artículo 8°) y el control administrativo y presupuestario de los organismos descentralizados a cargo de la Sindicatura General de la Nación y de la Auditoría General de la Nación.

En cuanto a las diferencias existentes en sus características, la facultad de tutela sobre los actos emanados de los organismos descentralizados ha sido regulada en el Decreto N° 1759 (1972) con alcance limitado a los entes autárquicos. Similar limitación se encuentra en la normativa específica que regula aprobación de estructuras donde los procedimientos se han establecido de forma obligatoria sólo para este tipo de descentralización.

Sobre la facultad que poseen los organismos descentralizados de aprobar sus propias estructuras organizativas, no existe normativa que de pautas generales al respecto. Sino que fue necesario indagar en cada una de las normas de creación o de funcionamiento de los organismos. Sólo se encuentran normas generales que fueron dictadas para afrontar un determinado proceso e incluyeron en sus alcances a los organismos descentralizados propiamente dichos, por lo que les fijaron ciertas pautas o requisitos de cumplimiento (Decreto 1545/1994, Decreto 632/2018), sin incluir al resto de los entes, o haciéndolo solo con alcance supletorio.

En cuanto al alcance de la autonomía para el ejercicio de dicha facultad parecería mucho más acotada en el caso de las entidades autárquicas (artículo 8° inciso a de la Ley N° 24.156), requiriendo en virtud de normas generales (y no de las normas específicas que rigen el organismo) de una intervención previa por parte de la Administración Central. Así se ha plasmado en normas especiales como el Decreto 1545/1994 y el Decreto 632/18 y en las competencias asignadas a la Jefatura de Gabinete de Ministros en la Ley de Ministerios N° 22.520 donde expresamente se menciona aquella de aprobar las modificaciones propuestas a las estructuras de la Administración Descentralizada (artículo 16 inciso 31).

Distinta es la situación del resto de los entes analizados donde a mayor alejamiento de los cuadros de la Administración Central, en especial las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y los entes públicos no estatales, mayor es la autonomía para el diseño y aprobación de estructuras, no existiendo en las normas requerimientos o intervenciones de ningún tipo por parte del nivel central.

Por lo tanto, podríamos establecer como conclusión que el alcance de la facultad de aprobación de estructuras es menor en las entidades autárquicas donde la normativa establece intervención previa de la Administración Central y mucho mayor en el resto de los organismos, donde aún no se han establecido requisitos de control político, administrativo y presupuestario que garanticen un ejercicio razonable de la facultad.

En aquellos casos en que la normativa relevada contiene facultades de aprobación de estructuras organizativas por parte de los propios organismos, en especial en el caso de aquellos organismos creados por ley, cabría considerar si esto implica la creación de cargos y el pago de los mismos, ya que las competencias están descriptas en términos de organizar y reglamentar el funcionamiento interno, pero el incremento de cargos debería tener alguna intervención previa de los órganos rectores de presupuesto y de empleo público (al menos en los organismos donde el personal reviste esa naturaleza).

Por otro lado, el relevamiento realizado permitió concluir sobre la falta de existencia de requisitos de procedimiento, requisitos normativos generales y requisitos presupuestarios a los cuales deba adaptarse en forma general la facultad de aprobar las estructuras organizativas, ello hace que se genere en muchos casos una excesiva burocracia y sectorialización en los mencionados entes, estructuras dispersas con falta de coordinación que terminan impactando en una menor eficacia de gestión, falta de agilidad en sus procesos internos y asignación ineficiente de recursos.

En cuanto al control previo por parte de la Administración Central respecto del cumplimiento de requisitos que tiendan a la homogeneidad, transparencia y construcción de criterios comunes para la aprobación de las funciones y estructuras de los organismos descentralizados, sólo está regulado hoy como instancia obligatoria como hemos podido analizar para el caso de los organismos descentralizados encuadrados en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156, es decir para las entidades autárquicas. No encontrándose regulado en forma expresa para el resto, lo que no impide que en ciertos casos los organismos recurran a la asistencia técnica de la Administración Central, lo que sería una práctica eficiente.

En relación con este punto el artículo 14 del Decreto 1545/1994 establece que las estructuras deberán ser diseñadas con arreglo a las disposiciones de la Ley de Ministerios, es decir a las atribuciones y competencias asignadas a cada jurisdicción, lo que no excluye a los organismos descentralizados que deberán adecuar sus diseños organizacionales a las políticas fijadas así como a los objetivos y programas establecidos en la Ley de Presupuesto, motivo por el cual se requiere que los mismos se encuentren alineados con estos conceptos y que dicha adecuación tenga seguimiento o control por la Administración Central.

La dispersión y falta de reglas generales en cuanto a la facultad de aprobación de estructuras por parte de los organismos descentralizados genera diversas problemáticas como la existencia de unidades que no responden a la funcionalidad y objetivos del organismo, superposición de funciones, información poco accesible y dispersa, discrecionalidad en la creación de las estructuras, dispersión normativa, y ausencia de la aplicación de principios de equilibrio y solvencia fiscal en la creación de nuevas unidades organizacionales.

### **Lineamientos para la sistematización de la facultad de aprobación de estructuras en los organismos descentralizados**

Las normas analizadas denotan que se requiere dotar a los procesos de aprobación de estructuras de un ordenamiento, de una reglamentación sistemática, coherente, ordenada y uniforme, a fin de eliminar la discrecionalidad en el manejo de los asuntos públicos e implantar procedimientos consistentes en materia de responsabilidad fiscal y de responsabilidad política administrativa.

La desactualización de estructuras, en especial con anterioridad al proceso iniciado por el Decreto 632/2018, se debió en parte a la complejidad de los procedimientos para su modificación, que implicaban un relevamiento exhaustivo de las normas existentes y un desarrollo técnico de la estructura dentro del organismo que no cuenta con áreas ni personal idóneo para esta tarea.

Surge como una conclusión básica del análisis realizado que existe la necesidad de una norma, o la inclusión como parte de una norma general, de un sistema que regule de manera uniforme la creación de

estructuras. Por supuesto que se pueden establecer diferencias entre las distintas clases de organismos, pero las pautas deberían estar centralizadas y contar con requisitos básicos comunes, tanto legales, presupuestarios, como de procedimiento.

El ejercicio de la facultad de aprobación de estructuras se debe someter a un control previo por parte de la Administración Central para corroborar el cumplimiento normativo y la adecuación a las políticas generales del Estado.

En este sentido la existencia de un área que necesariamente supervise las estructuras (como requisito de validez) o incluso de un órgano rector en la materia sería una figura que sumaría homogeneidad, transparencia y construcción de criterios comunes para la aprobación de las funciones y estructuras de los organismos descentralizados. Un órgano rector además podría reglamentar aspectos técnicos del trámite de estructuras, más allá de que el organismo tenga la facultad de aprobarla, podría funcionar como una instancia previa dentro del procedimiento administrativo de aprobación.

Dicho procedimiento debería contar también con la intervención presupuestaria de la Administración Central en todos los casos (Oficina Nacional de Presupuesto) y posteriormente ser obligatoria su publicación para garantizar la transparencia y la posibilidad de llevar un registro y seguimiento de las estructuras vigentes.<sup>16</sup>

También se requiere el establecimiento de un procedimiento reglado que agilice los trámites e intervenciones para que el proceso de modificación de estructuras se vuelva dinámico, técnicamente solvente y que permita una rápida respuesta a las demandas de la sociedad.

La falta de conocimiento y sistematización en relación a la aprobación y existencia de estructuras genera grandes dificultades en el funcionamiento de los organismos y en la misma actualización de las estructuras como herramientas de gestión. Esto se plasma en estructuras informales e indefinición de las áreas con responsabilidades. Por eso resulta necesaria su publicación.

---

<sup>16</sup> Cabe destacar que el artículo 104 del Decreto N° 1759/72 y sus modificatorios, exceptúa de la publicación a los reglamentos que se refieren a la estructura orgánica de la Administración por lo que debería ser modificado.

Se debe tener presente que la estructura es la herramienta de gestión del organismo, el instrumento a través del cual se manifiesta su actuación. La misma se vuelve indispensable para que el organismo pueda dar cumplimiento a las responsabilidades que tiene asignadas en términos de servicios y productos que impacten en la sociedad.

Esta tarea difícilmente se puede cumplir con el personal y autoridades de los organismos descentralizados, los que se encuentran especializados en otros aspectos técnicos y no cuentan con recursos, áreas ni procedimientos idóneos para la revisión, rediseño y aprobación de estructuras. Se requiere una asistencia técnica y de fondo por parte de la Administración Central a través de áreas especializadas en la temática que evalúen los aspectos técnicos y conceptuales que habiliten la legalidad y legitimidad de la estructura y que pueda materializar en los requerimientos de los organismos los lineamientos fijados por la Administración Central.

La Administración Pública Nacional conserva las facultades de control sobre los organismos descentralizados. Esta facultad no puede existir sin que la acompañen otras atribuciones o compromisos de la Administración Central para que el organismo pueda dar cumplimiento a las funciones que se han descentralizado, de lo contrario en lugar de generar organismos independientes y dinámicos se terminan generando estructuras burocráticas y anticuadas que no permiten dar respuesta a las necesidades de los administrados, y el Estado en consecuencia incumple con sus finalidades básicas.

Si el Estado Nacional con posterioridad a la creación de un organismo descentralizado y el traspaso al mismo de funciones esenciales, cualquiera sea su nivel, omite prestar al mismo el apoyo necesario para su puesta en funcionamiento, la asistencia permanente para el cumplimiento de sus objetivos de acuerdo a las demandas de la ciudadanía y no realiza un control y seguimiento de su actividad, estaría realizando el incumplimiento de esas funciones, que por traspasarse su ejecución a un organismo descentralizado no dejan de estar esencialmente a su cargo.

Entre estas tareas fundamentales de acompañamiento, sostenimiento y colaboración por parte del nivel central que deben existir en los procesos de descentralización para su eficiencia y el cumplimiento

de los objetivos buscados podemos mencionar las de prestar la asistencia técnica en los aspectos prácticos específicos, brindar una dotación técnica apropiada y especializada y dotar a los organismos de una estructura adecuada.

## REFERENCIAS

- Agosto G. (2010). El proceso de descentralización en la República Argentina. *Si Somos Americanos, Revista de Estudios Transfronterizos*, X (1), 81-101.
- Borja J., Valdés T, Pozo H y Morales E. (1987). Descentralización del Estado, Movimiento Social y Gestión Local. ICI/FLACSO/CLACSO, 23-56. Santiago.
- Cassagne, J. (2006). Derecho Administrativo. 8° Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Del Giorgio Solfa F. (2011). Centralización, Descentralización, Desconcentración y Delegación. *Programa de Especialización en Gestión Pública, Subsecretaría de Modernización del Estado de la Provincia de Buenos Aires*. [Argentina]: Autor.
- Diez, M. (1976). Derecho Administrativo. Tomo II. 2° Edición. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Parte General*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo1.php>.
- Marienhoff, M., (2000) *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Administración Pública. Derecho administrativo. Estado y Administración Pública. Organización administrativa*. Abeledo Perrot.
- Subirats, J. ¿Gobierno metropolitano? Ventajas e inconvenientes de la centralización y la descentralización en la esfera metropolitana de Gobierno, *Estado Abierto*, Vol. 2, N° 2.
- Von Haldenwang C. (1990). Hacia un concepto politológico de la descentralización del Estado en América Latina. *Revista EURE*, XVII (50), 61-77.



## Referencias legales

- Decreto-Ley N° 15.349 (1946). Régimen de las Sociedades de Economía Mixta. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/96349/norma.htm>
- Decreto-Ley N° 23.354 (1956). *Ley de Contabilidad y Organización del Tribunal de Cuentas de la Nación y Contaduría General*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/58383/norma.htm>
- Decreto N° 1759 (1972). *Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. 2017)*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21715/texact.htm>
- Decreto N° 1545 (1994). *Régimen aplicable a las Estructuras Organizativas*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/13029/norma.htm>
- Decreto N° 632 (2018). *Designaciones y Contrataciones*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312146/norma.htm>
- Decreto N° 50 (2019). *Estructura Organizativa*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/333535/norma.htm>.
- Decreto-Ley N° 15.349 (1946). Régimen de las Sociedades de Economía Mixta. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/96349/norma.htm>
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 206:148. Recuperado de <http://www.saj.gob.ar/ptn-ministerio-justicia-r00105-g0206148-1993-07-20/12345678-4160-20go-tseu-pmocnematcid?q=%20tema%3Aestructura%3Forg%E1nica&o=36&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Dictamen/PTN%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=58>
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 265:172. Recuperado de <https://api.ptn.gob.ar/files/265-172.pdf>
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 294:377. Recuperado de <https://api.ptn.gob.ar/files/294-377.pdf>

- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 305:270. Recuperado de <https://api.ptn.gob.ar/files/305-270.pdf>
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 307:001. Recuperado de <https://api.ptn.gob.ar/files/307-001.pdf>
- Ley N° 13.653 (1949). *Régimen Legal de Funcionamiento de Empresas del Estado*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116526/norma.htm>
- Ley N° 19.550 (1972). *Ley de Sociedades Comerciales*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/textact.htm>
- Ley N° 20.705 (1974). *Ley de Sociedades del Estado*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/76185/norma.htm>
- Ley N° 22.520 (1981). *Ley de Ministerios*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48853/textact.htm>
- Ley N° 24.156 (1992). *Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/554/textact.htm>
- Ley 25.152 (1999). *Administración Federal de los Recursos Públicos. Régimen de Convertibilidad Fiscal*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60039/norma.htm>

## BIBLIOGRAFÍA

- Ariño Ortiz, G. (1988). Principios de descentralización y desconcentración. Documentación Administrativa, (214). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4244210>
- Assies W. La descentralización en perspectiva. *El Colegio de Michoacán, Centro de Estudios Rurales*.
- Badía G. La descentralización entre la prescripción y la construcción (o entre lo enunciado y lo sucedido). *Voces en el Fenix*. Recuperado de [www.vocesenelfenix.com](http://www.vocesenelfenix.com)
- Barra, C. (2006) Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires: Ábaco

- Bidart Campos, G. (2008). Manual de la Constitución Reformada. Tomo III. Buenos Aires: Ediar.
- Gordillo, A. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 11, Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. Recuperado de <https://www.gordillo.com/tomo11.php>.
- Gusman, A. Organización de la Administración pública, *Revista RAP*,(355). Recuperado [http://rapdigital.com/Derecho/administrativo/organizacion\\_administrativa/organizacion\\_de\\_la\\_administracioacut.html](http://rapdigital.com/Derecho/administrativo/organizacion_administrativa/organizacion_de_la_administracioacut.html).
- Pironti Aguirre de Castro, R. (2016). “Administración pública consensual y el contrapunto entre el modelo burocrático y responsable (‘gerencial’)”. Recuperado de <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4368>.
- Valsangiacomo, A. y otros. Radiografía de las empresas públicas. CIP-PEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento). Recuperado de <https://www.cippecc.org/publicacion/radiografia-de-las-empresas-publicas/>

---

# LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA FACULTADES PARA LITIGAR CONTRA LA PROPIA UNIVERSIDAD

## PENSAR A LA FACULTADES COMO *AMICUS CURIAE*

---

GABRIEL O. BOSCO<sup>1</sup>  
CINTHIA N. AGUIRRE<sup>2</sup>

Universidad Nacional de La Matanza - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 404-420  
Recibido: 23/8/2021 - Aceptado: 7/9/2021

**Resumen:** En el presente ensayo estudiamos la legitimación activa de las Facultades, o Unidades Académicas equivalentes, para litigar contra la Universidad a la cual pertenecen, su alcance y las posibles soluciones. Para ello, analizamos dos precedentes judiciales y el plexo normativo aplicable. Focalizamos en el peligro de continuidad de una carrera a partir de una decisión del Consejo Superior de la Universidad. En ese sentido, propusimos soluciones que pudiera brindar el Poder Legislativo a los fines de regular la participación de la Facultad ante una situación de ese tipo. Así es que, a la luz del análisis sobre la doctrina aplicable por nuestro Máximo Tribunal y la normativa vigente, creemos adecuada aquella que deniega la legitimación activa de la Facultad, por vulnerar la autonomía universitaria contemplada en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional, pero que reconoce el interés que pudiera tener y le otorga la posibilidad de intervenir en un proceso judicial contra la propia Universidad como *amicus curiae*.

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto Regular de Derecho Administrativo II (UNLaM), Docente investigador

<sup>2</sup> Especialista en Derecho Administrativo (UNLaM). Docente investigadora (UNLaM).



**Palabras clave:** autonomía universitaria, legitimación de las Facultades, *amicus curiae*, conflictos universitarios

**Abstract:** The present essay studies the faculties or academic units' legal competence to litigate against the University to which they belong, its extent and possible solutions. To do so, we analyze two judicial precedents and the existing regulatory framework. We focus on the risk of the continuation of a career from a decision of the Superior Council of the University. In that respect, we proposed solutions that the Legislative power could provide to regulate the Faculty's participation to a situation like this. Therefore, in the light of the analysis about the applied doctrine by our Highest Court and current regulation, we believe the suited is which denies the legal competence of the Faculty, as it violates the college autonomy given by the article 75 subparagraph 19 of the National Constitution, but recognizes the interest it could have and awards the possibility to intervene in a judicial process against its University as *amicus curiae*.

**Keywords:** college autonomy, Faculties legal competence, *amicus curiae*, college conflicts

---

## INTRODUCCIÓN

¿Las Facultades, o Unidades Académicas equivalentes, tienen legitimación activa para litigar contra las Universidades a las cuales pertenecen? Para intentar dar respuesta a este interrogante y delimitar su alcance, los conflictos y posibles soluciones, es dable analizar las decisiones adoptadas por el Poder Judicial en dos precedentes que más abajo se expondrán, siendo, en ambos casos, la demandante la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de La Plata y, la parte demandada, la propia Universidad, es decir, la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

Asimismo, no es ocioso recordar que, con posterioridad a los fallos citados, se modificó el artículo 50 de la ley de Educación Superior N° 24.521 (a partir de la entrada en vigencia de la ley N° 27.204.)

Por ello, consideramos necesario analizar si, aún a partir de su modificación, podría aplicarse la doctrina que surge de los precedentes referenciados. Para ello, nos propusimos seguir el siguiente *iter*:

estudiaremos los precedentes de referencia (sección I); luego, haremos un repaso sobre el actual artículo 50 de la Ley N° 24.521 (sección II); a continuación, tras haber definido la doctrina aplicable por nuestro Máximo Tribunal, intentaremos analizar si la misma podría actualmente persistir no obstante la modificación legal (sección III); para así plantear las diferentes soluciones que podría otorgar el Poder Legislativo respecto al reconocimiento de legitimación o participación de las Facultades en los conflictos que pongan en peligro las carreras bajo su dependencia (sección IV); por último, presentaremos las reflexiones finales del caso (sección V).

## I. PRECEDENTES JUDICIALES

Uno de los conflictos que se suscita en el ámbito universitario se vincula con la legitimación activa de las Facultades para litigar contra la Universidad a la cual pertenecen.

Sobre el tema hay dos precedentes judiciales. El primero, de autos caratulados “Facultad de Ciencias Médicas (UNLP) c/ Universidad Nacional de la Plata s/ nulidad de actos administrativos (art. 32 de la ley 24.521), fue dictado el día 21 de octubre de 2008, por nuestro Máximo Tribunal, el cual se remitió a los fundamentos examinados por la Procuración General de la Nación (14 de noviembre de 2007), y en consecuencia confirmó la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, del día 28 de marzo de 2006.

La contienda se inició con motivo de una Resolución dictada por el Consejo Superior, donde estableció, entre otros temas, un sistema general de ingreso a las Unidades Académicas, aboliendo el carácter eliminatorio del examen de ingreso y otros requisitos de admisibilidad.

Allí, se decidió que la regla general que le impedía a la Facultad de Ciencias Médicas acceder a la justicia para impugnar una decisión del Consejo Superior, debía ceder en virtud de que lo que se cuestionaba versaba sobre competencias atribuidas a la unidad académica, entre las que se le ha reconocido la de establecer su régimen de admisión y promoción de estudiantes, conforme el artículo 50 de la Ley N° 24.521 (Ley de Educación Superior). Este artículo, previo a la reforma de la Ley N° 27.204, en su último párrafo establecía que “*En las universidades*

*con más de cincuenta mil (50.000) estudiantes, el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes será definido a nivel de cada facultad o unidad académica equivalente”.*

La Corte Suprema manifestó que la Ley de Educación Superior le asignó competencias propias a las Facultades y que, como consecuencia de ello, gozan de cierta autonomía de actuación dentro del marco de las relaciones interorgánicas.

En este orden de ideas, se le reconoció legitimación activa a la Facultad de Ciencias Médicas para litigar contra la Universidad a la cual pertenece. Es decir que, el mencionado artículo 50 de la Ley N° 24.521, resulta ser el punto de partida de ese reconocimiento.

Al respecto, previo al referido precedente, se dictó el fallo “Monges”, en el año 1996, en el cual la Corte Suprema analizó la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley N° 24.521.

El caso se trataba de una aspirante a ingresar a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires que impugnó una resolución del Consejo Superior por la cual se dejaba sin efecto la decisión tomada por el Consejo Directivo, que creaba el Curso Preuniversitario de Ingreso -CPI- para la carrera de Medicina, en lugar del Ciclo Básico Común -CBC-.

En ese contexto, nuestro Máximo Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la validez del artículo 50 de la Ley N° 24.521. Sostuvo que la delegación que el Poder Legislativo realiza a favor de las Facultades, no atenta contra la autonomía universitaria, sino que la afirma, conforme el Congreso le atribuyó la potestad de fijar los planes de admisión, entre otras, a una Unidad Académica que integra la Universidad. Por ello, sostuvo la constitucionalidad del referido artículo.

Otro precedente fue el de autos caratulados “Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP c/ UNLP s/ recurso administrativo directo”, en el que se cuestionó nuevamente la legitimación de la citada Unidad Académica, pero a diferencia del homónimo sobre nulidad de actos administrativos, aquí se discutió respecto a un conflicto en el que, en principio, no correspondería ubicarlo dentro del mencionado artículo 50 de la Ley 24.521.

A continuación, profundizaremos sobre este último en virtud de que la Corte Suprema, el día 27 de noviembre de 2014, por mayoría

de tres votos contra dos, en consonancia con lo opinado por la Procuración General de la Nación, dejó sin efectos la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata y planteó una novedad sobre los temas a incluirse en el artículo 50 de la Ley de Educación Superior.

Los hechos del caso comienzan cuando la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria del Ministerio de Educación de la Nación (CONEAU), a partir de la evaluación realizada a la carrera de médico, dictaminó que para poder ingresar a la Práctica Final Obligatoria (PFO), los alumnos no podrían adeudar ningún examen final, ello conforme lo dispuesto por el Ministerio de Educación de la Nación.

Así es que la Unidad Académica adecuó las condiciones de ingreso a las mencionadas prácticas, de forma progresiva entre los años 2011 y 2013 (concluyendo que para el año 2011 podrían ingresar conforme las condiciones vigentes, para el año 2012 podrían adeudar los finales de ciertas materias y, finalmente, para el año 2013 los aspirantes deberían tener aprobados los exámenes finales de la totalidad de las materias de carrera). Estas decisiones fueron ratificadas por el Consejo Directivo.

Como consecuencia, el Claustro Estudiantil se presentó cuestionando la decisión, en virtud de que se configuraría la aplicación retroactiva de la norma y que su implementación importaría una modificación al Plan de Estudios; a partir de dicha presentación, el Consejo Superior dispuso la imposibilidad de aplicar retroactivamente la adecuación al ingreso de la PFO y negó la vigencia de la decisión de la Facultad considerando que significaría una modificación al Plan de Estudios y que para ello, debía obtener la aprobación de dicho Consejo Superior.

En este orden de ideas, el Decano de la Facultad de Ciencias Médicas inició demanda con el objeto de obtener una declaración de certeza acerca de las consecuencias jurídicas en razón de lo resuelto por el Consejo Superior, que dejaría sin aplicación lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Facultad.

En lo que interesa, la Universidad, planteó la falta de legitimación activa de la Unidad Académica, alegando que la única legitimada para actuar en juicio y defender los derechos era la Universidad Nacional de La Plata y no los organismos que la componen.



Así las cosas, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, el 4 de julio de 2013, hizo lugar a la falta de legitimación procesal activa planteada por la Universidad Nacional de La Plata y rechazó la demanda interpuesta, declarando vigente lo resuelto por el Consejo Superior.

Para así decidir, el Tribunal de Alzada aplicó los principios que adopta la doctrina de los conflictos interadministrativos, expresando que las diferencias entre entidades dependientes de un superior jerárquico común quedaban excluidas, en principio, de la decisión judicial, en virtud de que no se contraponen los fines o intereses de dos personas distintas, sino que se trata de dos órganos de una misma persona, que no se encuentra habilitada para litigar contra ella misma. No sólo se aplica para los diferendos entre las distintas reparticiones de un mismo departamento gubernamental, sino que también es factible para los casos de una única jefatura de las entidades afectadas.

Además, lo mencionado resulta aplicable a las controversias generadas entre órganos de una misma jurisdicción, pero también a aquellas generadas entre órganos de una persona pública estatal que no pertenecen a la Administración Central, como el caso de las Universidades.

Asimismo, la Cámara expresó que la imposibilidad de acudir a la justicia se justificó en que la accionante no es una persona jurídica con capacidad para estar en juicio, ya que se trata de un órgano integrante de la propia persona contra la cual entabla demanda y se vincula con el Consejo Superior mediante una relación de dependencia jerárquica propia de la desconcentración administrativa.

Conforme la interpretación del Tribunal de Alzada, la Facultad no posee derecho subjetivo o interés legítimo alguno, por no estar revestida de personalidad jurídica, lo que se agrava por la prohibición de recurrir los actos del superior, ni en sede administrativa ni judicial.

Contra dicho pronunciamiento, la Facultad de Ciencias Médicas interpuso recurso extraordinario federal, a partir de lo cual, la Corte Suprema, con los votos de Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, dejó sin efecto la sentencia apelada.

El voto mayoritario analiza si la cuestión debatida constituye un asunto propio de los regímenes de admisión, permanencia o

promoción encuadrado dentro del artículo 50 de la Ley de Educación Superior. En sus fundamentos, concluye que la contienda concierne al régimen de correlatividades, conforme el cual, para acceder a las PFO, los estudiantes no deben adeudar ningún examen final; es decir, que deben tener aprobadas todas las materias para poder ingresar a las prácticas.

Ello conduciría, continúa el voto mayoritario, a negarle la legitimación de la Facultad, en virtud de que el régimen de correlatividades no constituye una competencia propia de las Unidades Académicas, por lo que, *prima facie*, sería imposible aplicar el artículo 50 de la Ley N° 24.521.

Ahora bien, conforme lo manifiesta el Máximo Tribunal, el hecho de que no se cumpla con el pronunciamiento de la CONEAU y lo dispuesto por el Ministerio de Educación, pone en riesgo la continuidad de la carrera, lo que deja en evidencia el interés concreto de la Unidad Académica para presentarse ante los tribunales con el fin de defender la existencia de la misma, sobre la que tiene la competencia del régimen de admisión, permanencia y promoción y, asegurar además, el mantenimiento del reconocimiento oficial y la validez nacional de los títulos que expide conjuntamente con la Universidad.

En base a lo expuesto, el voto mayoritario expresa que el peligro en la vigencia que corre la carrera torna abstracto el ejercicio de la potestad que goza la Facultad. Es decir que, si la misma se suspende, impidiéndose su continuidad, la Unidad Académica estaría imposibilitada de ejercer las competencias propias atribuidas por la Ley de Educación Superior.

Además, el interés de la Facultad por acceder a la justicia busca preservar el reconocimiento oficial y la validez nacional de los títulos que expide conjuntamente con la Casa de Altos Estudios.

A lo expuesto, se agrega que la decisión del Consejo Superior, más allá de vulnerar lo establecido por la CONEAU y por el Ministerio de Educación, incurre en un error al sostener que no procede la aplicación retroactiva de lo decidido por la Unidad Académica a los alumnos que ingresaron con anterioridad al dictado de la resolución, en virtud de que no poseen un derecho adquirido respecto al mantenimiento de las materias aprobadas para la realización de la PFO.

Asimismo, la decisión de la Facultad propende a mejorar la calidad académica de los egresados, teniendo presente que se trata de una profesión que puede comprometer el interés público, impactando directamente en la salud de los habitantes.

Por su parte, los Dres. Fayt y Zaffaroni votaron en disidencia. Entendieron que la adecuación al ingreso de las PFO que dispuso de la Facultad, no constituía un asunto propio del régimen de admisión, permanencia o promoción, sino que concernía al régimen de correlatividades establecidas en el Plan de Estudios, por lo que concluyeron en negarle la legitimación activa.

## II. MODIFICACIÓN EN LA LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR

La Ley N° 24.521, promulgada el 7 de agosto de 1995, reconoció a través de su artículo 50, competencias propias de las Facultades o Unidades Académicas, relativas al régimen de admisión, permanencia y promoción, cuando las universidades contaran con las más de 50.000 estudiantes.

Posteriormente, en el año 2015, el mencionado artículo fue sustituido por el artículo 5 de la ley N° 27.204, quedando redactado de la siguiente forma: *“Cada institución universitaria nacional dictará normas sobre regularidad en los estudios que establezcan las condiciones académicas exigibles”*.

Es decir que, sin más, la última reforma de la Ley N° 24.521, ha suprimido el conjunto de competencias reconocidas a las Facultades.

Es dable remarcar que, la Comisión de Educación y Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación, en los fundamentos de su dictamen de tratamiento del proyecto de la ley indicada, al referirse a la sustitución del artículo en cuestión ha expresado que *“[...] se establece la no excepcionalidad por condiciones de matrícula para generar mecanismos de selección de aspirantes o estudiantes, postulando de esta manera la igualdad de condiciones para el ingreso, permanencia y egreso de todos los aspirantes y estudiantes en las materias de grado”*. Si bien amplió en más detalle la referencia al artículo, nada dijo sobre las competencias propias de las Facultades o Unidades Académicas.

### III. POSIBLE PERSISTENCIA DE LA DOCTRINA DE LOS FALLOS PESE A LA MODIFICACIÓN LEGAL

En el presente apartado retomaremos el análisis del fallo de nuestro Máximo Tribunal “Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP c/ UNLP s/ recurso administrativo directo”, en especial la siguiente frase: *“el riesgo de que se afecte la continuidad de la carrera pone en evidencia el interés concreto de la Facultad (o Unidad Académica equivalente) para presentarse ante los tribunales con el fin de defender la continuidad de la carrera respecto de cuyos regímenes de admisión, permanencia y promoción tiene potestad exclusiva y, asegurar además, el mantenimiento del reconocimiento oficial y la validez nacional de los títulos que expide conjuntamente con la universidad”*.

La frase pareciera contener dos razonamientos:

El primero de ellos es que, si una Facultad tiene potestad exclusiva para establecer regímenes de admisión, permanencia y promoción de una carrera, debe concluirse que también tiene un interés concreto que le brinda legitimación para litigar contra la Universidad de la que forma parte en casos en que esté en peligro la continuidad de la carrera.

Este primer razonamiento pareciera que no es aplicable al marco jurídico actualmente vigente, ya que la norma que le otorgaba esa potestad exclusiva (artículo 50, segundo párrafo, de la ley N° 24.521) fue derogada.

El segundo razonamiento es que una Facultad (o Unidad Académica equivalente) también tendría interés concreto para litigar contra la Universidad cuando se trata de asegurar el mantenimiento del reconocimiento oficial y la validez nacional de los títulos de sus egresados<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Resulta oportuno realizar un repaso sobre el régimen de títulos a la luz de la ley N° 24.521. Es una potestad exclusiva de las Universidades otorgar los títulos de grado cuyo reconocimiento oficial es realizado por el Ministerio de Cultura y Educación, lo que hace que sean válidos a nivel nacional. Asimismo, es dable destacar que dicho reconocimiento oficial es previo a la intervención y evaluación de la CONEAU, cuando se traten de profesiones que pudieran comprometer el interés público, poniendo en riesgo directamente la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes.

En el marco de la frase en análisis ambos razonamientos se expresan en forma conjunta, pero reconocen fundamentos disímiles: el primero se basa en una norma legal, mientras el segundo (más allá de la mención al artículo 82, inciso 6°, del Estatuto de la Universidad) se basa en una consideración genérica al interés concreto de una Facultad en que sus egresados sean reconocidos por la autoridad nacional.

Creemos entonces que este segundo razonamiento no queda desactualizado luego de la derogación del segundo párrafo del artículo 50 de la Ley de Educación Superior, sino que ha quedado como principio doctrinario que, llevado al extremo, podría expresarse de la siguiente manera: “las Facultades tienen legitimación procesal activa para litigar contra la Universidad de la que forman parte cuando las decisiones de las máximas autoridades de esa Universidad pongan en riesgo el reconocimiento oficial y validez nacional de los títulos de sus egresados”.

Yendo un poco más allá con este principio doctrinario podría decirse que igual legitimación tienen las Unidades Académicas que forman parte de las Universidades que utilicen un sistema Departamental en su funcionamiento académico. Sobre este aspecto corresponde detenernos a fin de realizar algunas consideraciones.

La estructura académica de cada Universidad, distinguida entre Departamentos y Facultades, depende de la organización de cada Casa de Altos Estudios, de la forma en distribuir las competencias – siendo la capacidad de funcionamiento de los Departamentos más restringida que la de una Facultad –, el tamaño de la institución, su antigüedad, la relación entre el grado y el posgrado, etc. (Toribio, 1999).

Las Universidades creadas a partir de la década del '90 son más flexibles en su adaptación a las nuevas demandas que las más tradicionales y optaron por estructuras diferentes de las Facultades, en virtud de que esta forma de organización es objetada y por ello están abandonándola inclinándose por un sistema Departamental (Toribio, 1999).

Retomando nuestro análisis sobre el reconocimiento de la legitimación activa de las Facultades o Unidades Académicas equivalentes, creemos que la persistencia del mencionado principio doctrinario violaría la autonomía de las universidades consagradas por el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional, ya que permitirá a las Unidades Académicas controvertir judicialmente las decisiones del Consejo Superior.

No es ocioso remarcar que la Constitución Nacional reconoce solo a las Universidades – y no a las Facultades o Unidades Académicas – como entes con autonomía y autarquía. En el mismo sentido, el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, hace referencia a la “[...] autonomía y autarquía de las universidades nacionales” y no, a las Facultades que la integran.

Por ello, atribuirles a estas últimas legitimación, atentaría contra la Ley Suprema, debiendo ser declarada inconstitucional una ley que lo propusiera.

### III.1. Autonomía Universitaria

Conforme la doctrina tradicional, el concepto de autonomía “significa que el ente tiene el poder de darse su propia ley y regirse por ella [...] dentro de lo permitido por el ente soberano”, mientras que autarquía “significa que tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta” (Marienhoff, 1964)

En el mismo sentido, Badeni (2004), define a la autonomía como la potestad que tiene una entidad para dictar normas jurídicas de carácter general que son obligatorias e ineludibles en su ámbito jurisdiccional.

En este orden de ideas, expresa Zemina (2011) citando a Gordillo, que la autonomía universitaria significa ausencia de control por parte del Poder Ejecutivo, en actividades académicas y que la doble calificación – autárquicas y autónomas – hace referencia a diferentes campos de actuación.

De esta forma se impide que “el poder político intervenga en asuntos propios de la educación superior y de la ciencia, porque los legisladores han tenido en cuenta la grave inconveniencia de mezclar los intereses políticos con la libertad académica” (Quiroga Lavié, 1987).

Sin embargo, la autonomía universitaria tiene sus límites, ya que “no sólo deben sujetarse a la Constitución Nacional sino también a la Ley de Educación Superior que establece las reglas de organización y académicas mínimas comunes para todas las universidades nacionales” (Alioto, 2016).

Ahora bien, habiendo esbozado el significado de autonomía y autarquía que la doctrina le otorga frente al Poder Ejecutivo, corresponde realizar un análisis de aquella respecto al Poder Judicial.

En ese orden de ideas, las Universidades Nacionales ¿se encuentran exentas del control del Poder Judicial? Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que “la autonomía universitaria no puede ser entendida de tal manera que implique colocar a las universidades, en el plano normativo, al margen de todo control de constitucionalidad y legalidad, desconociendo así el principio general del artículo 116 de la Constitución Nacional” (CSJN, “Piaggi de Vanossi c/ Universidad de Buenos Aires” Fallos 320:2298, en Badeni, 2004).

Parecería irrazonable pensar, por más autonomía académica que les haya otorgado la Constitución Nacional, que quedan exentas del control del Poder Judicial, cuando el Congreso y el Presidente están sujetos al mismo (Bianchi, 2005, p.1).

Las decisiones de la Universidad, propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de las mismas, serán revisables judicialmente en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados estén afectados de arbitrariedad manifiesta (CSJN, “Piaggi de Vanossi c/ Universidad de Buenos Aires” Fallos 320:2298, en Badeni, 2004).

En consonancia con lo expuesto, no puede pensarse que la Facultad, órgano integrante de la Universidad, que carece de personalidad jurídica propia, tenga la potestad de cuestionar y controvertir, tanto administrativa como judicialmente, una decisión del Consejo Superior. Esto se reafirma a la luz de la normativa vigente, en tanto la ley no le asigna competencia alguna a la Facultad, por lo que la excepción que ha reconocido nuestro derecho para que determinados órganos internos pudieran estar en juicio, no se configura en la actualidad. (Zemma, 2011).

#### **IV. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA**

Ahora bien, el temor expuesto por la Corte Suprema de que se ponga en riesgo la continuidad de una carrera universitaria por una decisión desacertada de una Universidad no puede soslayarse y se debe analizar si el sistema jurídico actual otorga una herramienta para que, quienes tengan un interés concreto en dicha continuidad, puedan llevar a los estrados judiciales el caso.

Para responder a dicho interrogante hay que preguntarse quienes, fuera de las Facultades, tendrían un interés concreto en evitar que se ponga en riesgo la continuidad de una carrera universitaria.

Sin lugar a dudas, los estudiantes son los más interesados y lo son también los Centros de Estudiantes.

Asimismo, si bien representan a egresados que ya detentan un título habilitante, debe entenderse que los Colegios o Asociaciones Profesionales tienen un interés concreto en la continuidad de una carrera.

En este sentido, si reconocerle legitimación activa a la Facultades, conforme se expuso, vulnera la autonomía universitaria, es dable pensar a los sujetos *supra* mencionados, como posibles actores en un reclamo judicial cuando una decisión de la Universidad atente contra la continuidad de la carrera.

#### **IV.1. Pensar a las Facultades como *amicus curiae***

Hemos expresado que existirían ciertos sujetos – estudiantes, Centros de Estudiantes y/o Colegios o Asociaciones de Profesionales – que estarían legitimados para defender la continuidad de la carrera frente a decisiones de una Universidad que la pongan en peligro, pero no por ello podemos desconocer el interés que pudieran tener las Facultades.

En ese sentido y, considerando que hemos concluido en que el reconocimiento de legitimación de las Facultades para litigar contra la Universidad a la cual pertenecen atenta contra la autonomía de esta última, es dable pensar su participación en procesos judiciales como un *amicus curiae*.

A través del rol de “amigo del tribunal” la Facultad podría contribuir al debate de la causa en casos en que este comprometido el interés público, como el referido a la continuidad de la carrera.

De esta manera, se le proporciona al juzgador elementos de análisis para sustentar su decisión, que resultan aplicables para decidir un caso complejo. Ahora bien, para que se la reconozca como un “amigo del tribunal” debe justificar un interés razonable con relación a su condición o especialidad sobre el tema en debate (Castañeda Portocarrero - director -, 2009), lo que se configura frente al caso en que peligre la vigencia de la carrera.

Pensar a la Facultad como *amicus curiae* le permitiría exponer los motivos bajo el caso de análisis dándole participación en una materia de gran trascendencia institucional. Si bien los argumentos que pudiera



aportar no son vinculantes para el juzgador, en el caso de que no considere tenerlos presente, deberá indicar las razones de su apartamiento (Castañeda Portocarrero - director -, 2009). Ello, garantiza la participación de las Facultades sin atentar contra el reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria.

## IV.2. La solución en manos del Poder Legislativo

En los párrafos anteriores hemos planteado dos posibles soluciones a la cuestión de la defensa de la continuidad de una carrera universitaria ante decisiones de un Consejo Superior de una Universidad Nacional que la pusiera en riesgo.

La primera es la ampliación del principio doctrinario surgido del fallo de la CSJN “Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP c/ UNLP s/ recurso administrativo directo”

Respecto a esta solución hemos dejada sentada nuestra opinión de que vulneraría la autonomía otorgada por la Constitución Nacional a las Universidades Nacionales.

La segunda solución estaría relacionada con la participación de las Facultades o Unidades Académicas equivalentes en calidad de *amicus curiae* de acciones judiciales entabladas por organizaciones interesadas en la cuestión.

Ahora bien, pensamos que resulta necesario que sea el Poder Legislativo quien otorgue una solución a los conflictos que se susciten entre las Facultades y las Universidades a las cuales pertenecen.

En efecto, el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional pone en cabeza del órgano legislativo la obligación de sancionar leyes que garanticen la autonomía universitaria; dicha obligación no se cumple si se deja la solución planteada en este ensayo en manos de los jueces.

La mención hecha sobre el debate parlamentario de la Ley Nº 27.204, nos demuestra un escaso tratamiento respecto a la modificación del artículo 50 de la Ley de Educación Superior.

En relación a la redacción originaria del artículo derogado es dable mencionar el dictamen de mayoría de la Comisión de Educación y Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación (1994), en el que en su artículo 47, segundo párrafo, estableció “El régimen de

admisión, permanencia y promoción de los estudiantes será definido a nivel de cada facultad o unidad académica equivalente”.

Nótese que la Comisión aconsejaba la sanción del referido artículo, el cual no menciona un límite cuantitativo, sino que sería posible el reconocimiento de legitimación de las facultades sin importar la cantidad de alumnos integrantes de la universidad.

Respecto al artículo vigente a partir de la sanción de la ley N° 27.204, y tal como se mencionara, la misma Comisión *supra* referenciada, en su dictamen, nada expresó sobre las competencias propias de las Facultades.

En síntesis, y tal como lo hemos expresado, podemos manifestar que el legislador tendría dos opciones a los fines de otorgar una solución sobre los conflictos entre las Facultades y las Universidades de las cuales forman parte, a saber:

1- Otorgar legitimación activa a las Unidades Académicas en los casos en que las decisiones de los Consejos Superiores pongan en riesgo la continuidad de una carrera.

2- Denegar esa legitimación y otorgársela a los distintos Colegios Profesionales o Asociaciones de Profesionales y/o Centros de Estudiantes, con la posibilidad de las Unidades Académicas de presentarse como *Amicus Curiae*.

Por los argumentos antes expuestos, nos inclinamos por la segunda opción.

Respecto a la naturaleza jurídica de los legitimados propuestos podemos expresar que los Centros de Estudiantes, una vez reconocidos por las instituciones universitarias adquieren personería jurídica propia (Artículo 29, inciso ñ, de la ley N° 24.521). En relación a los Colegio Profesionales o Asociaciones de Profesionales, Gordillo (2013) expresa que son entes públicos no estatales, ya que no integran la administración pública, pero se regulan en parte por normas de derecho público.

## V. REFLEXIONES FINALES

Conforme lo expuesto y los precedentes judiciales analizados, podemos concluir que una decisión desacertada de la Universidad

puede poner en riesgo el reconocimiento oficial y validez nacional de los títulos de sus egresados y, la continuidad de la carrera.

En relación al primer supuesto, sería posible aplicar la doctrina expuesta por el Máximo Tribunal, la que continúa aún vigente, atento se fundamenta en una consideración genérica, pero que, creemos vulnera la autonomía universitaria.

Respecto al segundo supuesto, a la luz de la modificación legal no es procedente el reconocimiento de legitimación activa de la Facultad, pero no obstante ello, consideramos que no puede soslayarse el interés que pudiera tener la Unidad Académica en mantener la continuidad de la carrera.

En ese orden de ideas, y debido a que el Constituyente dejó en manos del Legislador garantizar la autonomía y autarquía de las universidades nacionales, le corresponde a este último delimitar la participación que pudiera tener la Facultad en el caso mencionado.

Así es que creemos adecuada, dentro de las posibles soluciones propuestas, aquella que deniega la legitimación activa de la Facultad, pero que reconoce su interés y le otorga participación, en el marco de una contienda judicial, como *amicus curiae* y, le otorga legitimación a los Centros de Estudiantes y los Colegios Profesionales o Asociaciones de Profesionales que por su naturaleza jurídica son entes que gozan de personalidad jurídica propia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alioto, Roberto J. (2016) “La autonomía universitaria”, SJA 21/09/2016, 41. Buenos Aires.
- Badeni, G. (2004). La autonomía universitaria y el control jurisdiccional. *El Derecho*. Recuperado en <https://www.elderecho.com.ar/>
- Bianchi, Alberto (2005), “La autonomía universitaria (A propósito de la revisión judicial de los concursos)”, La Ley 2005-C, La Ley, Buenos Aires.
- Cámara de Diputados de la Nación (23/05/1995). Diario de sesiones 11º reunión – sesión ordinaria (especial). República Argentina.
- Cámara de Diputados de la Nación (26/04/2013). Orden del día N° 1908. Comisiones de Educación y de Presupuesto y Hacienda – sesión ordinaria. República Argentina.

- Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, Sala II (04/07/2013). Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP c/ UNLP s/ recurso administrativo directo.
- Castañeda Portocarrero (director). (2009). *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (21/10/2008). Facultad de Ciencias Médicas (UNLP) c/ Universidad Nacional de la Plata s/ nulidad de actos administrativos (art. 32 de la ley 24.521).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (27/11/2014). Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP c/ UNLP s/ recurso administrativo directo.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (26/12/1996). Monges Analía M. c/ U.B.A. – resol. 2314/95.
- Gordillo, A. (2013). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Recuperado de: [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXIV.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf)
- Marienhoff, Miguel S (1964), “Tratado de Derecho Administrativo”, 5° Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Procuración General de la Nación. (14/11/2007). Facultad de Ciencias Médicas (UNLP) c/ Universidad Nacional de la Plata s/ nulidad de actos administrativos – medida cautelar - (art. 32 de la ley 24.521).
- Procuración General de la Nación. (19/07/2014). Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP c/ UNLP s/ recurso administrativo directo.
- Toribio, D. E (1999). La evaluación de la estructura académica. Buenos Aires. Recuperado en <https://eco.mdp.edu.ar/cendocu/repositorio/00092.pdf>
- Zemma, M. F. (2011). La personalidad del Estado en un fallo trascendente de la Corte Suprema. Un retorno al pensamiento de Bartolomé A. Fiorini. *elDial -DC1541*. Recuperado de: [http://www.eldial.com.ar/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=5486&base=50&id\\_publicar=&fecha\\_publicar=11/03/2011&indice=doctrina&suple=Administrativo](http://www.eldial.com.ar/nuevo/lite-tcd-detalle.asp?id=5486&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=11/03/2011&indice=doctrina&suple=Administrativo)



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

GISELA BERZANO

ROSANA PAPAIZIAN



---

# REFLEXIONES EN TORNO A LA LEGITIMACION PARA INCOAR EL RECURSO JUDICIAL DIRECTO CONTEMPLADO EN LA LEY N° 25.164

---

GISELA BERZANO<sup>1</sup>  
ROSANA PAPAIZIAN<sup>2</sup>  
ECAE - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |  
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 423-437  
Recibido: 1/9/2021 - Aceptado: 21/9/2021

**Resumen:** El trabajo que presentamos propone analizar si un agente vinculado a la Administración Pública Nacional por una relación de empleo público que no reviste en la planta permanente y que ha sido sancionado tiene legitimación para incoar el recurso judicial directo

---

<sup>1</sup> Abogada recibida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Abogacía del Estado (ECAE). Profesora de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, dicta –entre otras- materias vinculadas al derecho disciplinario y el procedimiento sumarial. Miembro del Instituto de Derecho Procesal y Práctica Forense de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Se desempeñó como abogada de la Dirección de Asuntos Judiciales y como instructora sumariante del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Letrada asesora de la planta permanente de la Procuración del Tesoro de la Nación. Actualmente ejerce el cargo de Directora de Sumarios del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat.

<sup>2</sup> Abogada recibida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Procesal y Defensa del Estado (ECAE). Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, dicta –entre otras- materias vinculadas al derecho disciplinario y el procedimiento sumarial. Ha dictado cursos vinculados al derecho disciplinario en el Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y en la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Desde el año 2001 se desempeña como Directora de Sumarios del Ministerio del Interior.



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



prescripto en el artículo 39 del Anexo a la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164 (LMREPN), y los interrogantes que se plantean respecto a los efectos de la habilitación de dicha legitimación.

Ello, teniendo en cuenta, por un lado, que la referida norma establece expresamente que ante la aplicación de sanciones “al personal amparado por la estabilidad”, éste podrá recurrir al referido medio de impugnación, como opción excluyente a la vía administrativa común; y que, por otra parte, la PROCURACION DEL TESORO admitió mediante el Dictamen 300:206 (14/3/2017), la aplicación del régimen disciplinario a los agentes que se encuentran vinculados bajo las modalidades previstas en el segundo párrafo del artículo 27 de la Ley N° 25.164.

En virtud de la evidente contraposición que generan ambos preceptos desde el punto de la garantía constitucional de la igualdad, es que entendemos necesario poner foco en la temática de la legitimación activa para incoar el mencionado recurso judicial.

**Palabras clave:** sumarios - recurso directo - legitimacion

**Abstract:** In the present paper, we propose to analyse whether an agent linked to the National Public Administration by a public employment relationship that is not in the permanent establishment and who has been sanctioned has the right to initiate the direct judicial remedy prescribed in article 39 of the annex to the Framework Act on the Regulation of National Public Employment No. 25,164 (LMREPN) and the questions that arise with regard to the effects of empowering such standing.

This, taking into account, on the one hand, that the aforementioned rule expressly provides that when sanctions are applied to “staff protected by stability”, the latter may have recourse to the aforementioned means of challenge, as an option excluding the ordinary administrative procedure; and, on the other hand, the PROCURATION OF THE TREASURE admitted in Opinion 300:206 (14. 3. 2017) the application of the disciplinary regime for officials who are linked in accordance with the procedures provided for in the second paragraph of article 27 of Act No. 25,164.

In view of the obvious contradiction between the two precepts from the point of view of the constitutional guarantee of equality, we believe it necessary to focus on the issue of active legitimacy to initiate the aforementioned judicial remedy.

**Keywords:** summaries - direct appeal - legitimation



## INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por finalidad analizar el impacto y las consecuencias de la doctrina que la Procuración del Tesoro de la Nación adoptó a partir del mes de marzo de 2017<sup>3</sup>, relativa a la aplicación del régimen disciplinario normado en el Capítulo VII de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, Ley N° 25.164 (en adelante LMREPN), a los agentes que no revisten en la planta permanente, respecto de la vía de impugnación judicial directa que poseen los agentes de la Administración Pública Nacional frente a las sanciones que le son impuestas en el marco de sumarios administrativos.

Nos referimos, puntualmente, al recurso judicial directo previsto por la LMREPN en el artículo 39 de su Anexo, al que tiene acceso el personal amparado por la estabilidad en los términos del mismo régimen normativo, que hubiera sido sancionado disciplinariamente, en tanto la impugnación se funde exclusivamente en la ilegitimidad de la sanción, señalándose las normas presuntamente violadas o en los vicios que se atribuyen a la investigación instruida. Reviste importancia destacar que la norma bajo análisis no hace referencia a un tipo de sanción específica, a diferencia de lo previsto en el anterior régimen jurídico Básico de la Función Pública aprobado por Ley N° 22.140, en donde sí se limitaba la posibilidad de acudir por esta vía a los casos donde se hubiera dispuesto una cesantía o una exoneración, por lo que en la actualidad podrán ser recurridas a través de este recurso tanto las sanciones de índole correctivas (apercibimiento y suspensión) como las ya mencionadas sanciones expulsivas.

Dicho recurso, conforme la mencionada prescripción legal, deberá ser interpuesto ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o por ante las cámaras federales con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de prestación de servicios del agente. Asimismo, el mismo es excluyente de cualquier otra vía o acción.

Finalmente, en los artículos 40 y 41 del anexo a la LMREPN, se establece el procedimiento que deberá llevarse a cabo para su articulación.

---

<sup>3</sup> Dictamen 300:206

## ANÁLISIS DEL REQUISITO DE LA ESTABILIDAD, PARA LA LEGITIMACIÓN DEL RECURRENTE

### El Régimen de Estabilidad

La LMREPN, en el artículo 7° de su anexo, menciona que *“el personal podrá revistar en el régimen de estabilidad, en el régimen de contrataciones, o como personal de gabinete de las autoridades superiores. La situación del personal designado con carácter ad honorem será reglamentada por el Poder Ejecutivo, de conformidad con las características propias de la naturaleza de su relación”*, mientras que en el siguiente artículo define que *“El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto...”*

En ese sentido, el Decreto N° 1421/2002 reglamentario de la Ley de Empleo Público, determina en su artículo 8° que *“Los mecanismos generales de selección para garantizar el principio de idoneidad como base para el ingreso, la promoción en la carrera administrativa y la asignación de funciones de jefatura serán establecidos por la autoridad de aplicación y, en forma conjunta, con los titulares de los organismos descentralizados que tengan asignadas dichas facultades por la ley de creación. Los mecanismos generales de selección deberán ajustarse a los principios del sistema de concursos...”*, y luego prescribe *“...La designación de personal ingresante en la Administración Pública Nacional en cargos de carrera sin la aplicación de los sistemas de selección previstos por los escalafones vigentes, no reviste en ningún caso carácter de permanente, ni genera derecho a la incorporación al régimen de estabilidad.”*

Es decir que, tal como se desprende de las normas reseñadas, cuando se habla de personal amparado por la estabilidad en los términos de la LMREPN, no puede entenderse otra cosa que aquellos agentes que revistan en la planta permanente en virtud de haber ingresado a través del sistema de concurso público.

### Régimen Disciplinario. Agentes comprendidos

La LMREPN establece en el capítulo VII de su anexo el régimen disciplinario aplicable al personal comprendido bajo esa normativa.

El artículo 27 del anexo a la referida norma condiciona la aplicación de los preceptos del Capítulo en cuestión, al personal comprendido en el régimen de contrataciones y en el de gabinete, a las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones. En ese contexto, si bien con el dictado del Decreto N° 1421/2002 se reglamentó la Ley, no hubo precepto alguno que fijara las condiciones anteriormente referidas.

Ante la omisión del legislador al reglamentar el mencionado artículo 27 del anexo a la LMREPN, la Procuración del Tesoro de la Nación –en tanto autoridad de interpretación del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto 467/99- mantuvo una postura restrictiva respecto a la posibilidad de someter al personal que no revistiera bajo el régimen de estabilidad al régimen disciplinario.<sup>4</sup>

En efecto la PTN consideraba que *“al no haberse dictado aún las reglamentaciones exigidas por el artículo 27, sus disposiciones no le resultan aplicables, actualmente, al personal comprendido en el régimen de contrataciones y al personal de gabinete, toda vez que dichas reglamentaciones constituyen un requisito esencial para tomar operatividad la extensión prevista en dicho artículo al mencionado personal en relación con lo dispuesto en el capítulo VII de la LMREPN.”*

Esa doctrina –que de conformidad con el artículo 4° del Decreto N° 34.952/47- posee carácter obligatorio para todas las delegaciones del cuerpo de abogados del Estado se mantuvo por casi una década, sosteniéndose entonces que en virtud de la falta de reglamentación del mencionado artículo 27 el régimen disciplinario solo le resultaba aplicable al personal de la planta permanente, siendo éste únicamente el que podía ser vinculado como sumariado y ser pasible de sanciones. Lo contrario –entendía- resultaba violatorio del principio de legalidad de las penas consagrado en el art 18 de la C.N.

Sin embargo, en el mes de marzo del año 2017, el alto organismo asesor modificó su postura a través del ya citado Dictamen 300:206. El nuevo criterio asumido, estableció que no existe sustento jurídico que permita excluir del régimen disciplinario a los agentes que no revisten en la planta permanente, sólo por el hecho de que no se haya dictado un reglamento.

---

<sup>4</sup> Dictámenes 270:217; 284:80

Resaltó por otra parte el carácter operativo del artículo 27 de la LMREPN conforme al cual su aplicación no podría supeditarse a la reglamentación.

Señaló como tercer argumento, que el criterio que afirmara la no operatividad de dicha norma, vulneraría el principio de la defensa en juicio derivada del debido proceso adjetivo consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese contexto indicó que no existen motivos para diferenciar a los agentes de la planta permanente, de los que no lo son, toda vez que tanto unos como otros cumplen tareas para el Estado. En consecuencia, explicó, “el personal sin estabilidad, en caso de cometer faltas disciplinarias en perjuicio de la Administración, resulta igualmente sujeto a reproche jurídico.”

En igual sentido expresó: “...entender que el citado artículo 27 no resulta operativo respecto a los agentes con situación de revista diferentes a la planta permanente se contrapone con la finalidad perseguida por la norma, en cuanto establece la potestad disciplinaria de la Administración Pública respecto de todo el personal vinculado al Estado mediante una relación de empleo público, y finalmente, el cumplimiento de los cometidos estatales”.

Teniendo en cuenta lo expuesto en este novedoso antecedente, la Procuración del Tesoro en su carácter de autoridad de interpretación del Reglamento de Investigaciones Administrativas, y como Dirección General de Cuerpo de Abogados del Estado –de lo cual se deriva como ya dijimos que sus opiniones resultan vinculantes para todas las Delegaciones que lo componen– dio un giro sustancial en la postura que impedía vincular como sumariados en una investigación disciplinaria al personal de la planta de contrataciones, asesores de gabinete, y a quienes se encuentran designados transitoriamente en cargos de planta permanente, en los términos del art. 8º del decreto N° 1421/02

Impacto del nuevo criterio adoptado por la PTN respecto del ámbito de aplicación subjetivo del Régimen disciplinario respecto a la legitimación para articular el recurso directo contemplado en el art. 39 LMREPN.

Sentado entonces lo anterior, surge la necesidad de analizar el impacto de la aplicación del nuevo criterio adoptado, y las consecuencias que de aquel se desprenden.

En ese orden de ideas, se advierte, como primer punto, que en tanto los agentes que no revisten en la planta permanente pueden ser sumariados, por ende también podrán, en caso de considerarse responsables, ser pasibles de una sanción. Y a partir de allí, podrán articular los recursos que la normativa les confiere.

En consecuencia, se presenta un primer aspecto que abordar desde el punto de vista de las garantías del debido proceso.

Tal como ha sido expuesto por la PTN en mencionado Dictamen 300:206, en toda investigación debe prevalecer el derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la CN. También remite el Alto Órgano Asesor al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, es menester recordar que, dentro de las Garantías Judiciales consagradas en aquella, que *“... Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”*

En este contexto, aparece evidente la circunstancia que se plantea frente a la defensa que pueda ejercer el personal de planta no permanente. Si, tal como mencionáramos, la Ley N° 25164 en su art. 39 estableció una herramienta que le permite al agente que revista bajo estabilidad que sea sancionado acceder en forma directa a la justicia, pareciera oportuno que, a raíz de la doctrina que permitió que el agente que no goza de esa garantía pueden ser sumariados y sancionados, consideramos oportuno analizar si correspondería habilitarse a estos últimos también, al recurso directo normado en el art. 39.

O bien cuestionarnos si excluir de la legitimación para la interposición del recurso bajo análisis a los agentes que no revistan bajo el régimen de estabilidad no supone una lesión al debido proceso adjetivo, al principio de igualdad ante la ley y al acceso a la justicia. En pos del irrestricto respeto al debido proceso y al principio de igualdad, no deberían concederse todas las herramientas disponibles por la

normativa para su correcto ejercicio? Nos preguntamos ¿cuál sería la causa que justificara un trato desigual con relación a quienes revistan en la planta permanente?

Entendemos que, lejos de resultar inoficioso un debate sobre el tema, la situación planteada reviste significativa importancia en tanto que el régimen vigente estaría amparando desigualdades entre quienes se encuentran sometidos a las mismas previsiones.-

Finalmente, entendemos que si bien el art 39 se encuentra incorporado en un Capítulo especial de la Ley Marco no pude desconocerse que su prescripción integra y complementa el régimen disciplinario previsto en el Capítulo que lo precede, en virtud de lo cual, si se entiende que este último debe ser aplicable a todos los agentes (permanentes y no permanentes), mal podría no otorgárseles a ambos, los recursos procesales existentes.

No puede dejar de meritarse que el tema se complejiza aún más si tenemos en cuenta que, tal como lo señala García Pullés<sup>5</sup> “la habilitación no surge expresamente del texto del art. 39 ...” y que “corresponde al legislador establecer la competencia de los tribunales cuando ella no resulte de la Constitución Nacional, como también le compete dictar las reglas que establecen los procedimientos para actuar ante los diversos jueces de la República”.

No obstante, coincidimos con el autor citado en que dispensar un trato dispar a los agentes de planta permanente y a los que no gozan de estabilidad respecto a la legitimación para incoar el recurso bajo análisis podría merecer objeciones constitucionales.

Es interesante, en este punto, detenernos en un fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)<sup>6</sup> en donde, adhiriendo al dictamen de procuración, se decidió que el recurso directo deducido por el actor en los términos del art. 39 de la ley 25.164 resultaba improcedente, toda vez que se trata de un régimen no aplicable al personal de la AFIP-DGI -quienes se rigen por el respectivo convenio colectivo

<sup>5</sup> García Pullés, Fernando. 2016. Régimen de Empleo Público en la Administración Pública Nacional. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.

<sup>6</sup> “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa “Mirande, Raúl Mario c/ AFIP s/ recurso directo art. 39 ley 25.164”

de trabajo- y, por lo demás, tampoco puede ser soslayada la norma específica que regula el procedimiento impugnatorio de los actos que imponen sanciones disciplinarias a agentes o ex agentes de la AFIP.

El Tribunal tuvo en cuenta que el actor no ha puesto en tela de juicio su validez ni ha demostrado que acceder a la vía judicial mediante un juicio ordinario -medio normal instituido para la decisión de las controversias jurídicas, que se caracteriza por tener una mayor amplitud de debate y prueba- le ocasione gravamen alguno que justifique un proceder contrario a las normas vigentes aplicables al caso, o que importa un desconocimiento grave de garantías constitucionales vinculadas a la tutela judicial efectiva.

Del citado precedente se deriva que la CSJN sostiene un criterio restrictivo para la atribución de la legitimación en materia del recurso directo contemplado en el art. 39 LMREP.N.

El derecho a la igualdad y al debido proceso adjetivo:

El derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación se encuentran previstos en la Constitución Nacional (artículos 16, 37 y 75 incisos 2, 19, 22 y 23) y en diversos instrumentos internacionales que gozan de igual jerarquía.

Entre los diversos instrumentos de protección de los derechos humanos vigentes en nuestro país podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (artículos 1, 13.5, 17.4 y 24).

La CSJN se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el alcance del artículo 16 de la Constitución. Así ha señalado que la igualdad ante la ley involucra la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en idénticas circunstancias<sup>7</sup> y que “la igualdad ante la ley (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Fallos 16:118

<sup>8</sup> Fallos 153:67

Asimismo, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (Ley n° 23.592), la CSJN sostuvo que “...ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional”<sup>9</sup>( Por otro lado, el art. 29 de la LMREPN, prevé que “*El personal comprendido en ámbito de aplicación del presente régimen tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del artículo 1° inciso f) de la Ley 19.549 o la que la sustituya.*”

Reviste interés, por tanto, realizar un somero repaso de los derechos que comprende el concepto aludido.

Conforme surge de la mentada Ley de Procedimientos Administrativos, los interesados tendrán derecho al debido proceso adjetivo (art 1 inc f); lo cual implica el derecho a ser oídos, a ofrecer y producir pruebas, a una decisión fundada.

Respecto de ello, podemos señalar que de conformidad con el ordenamiento jurídico, el “Derecho a ser oído” se encuentra comprendido por los siguientes derechos: “De exponer la razón de sus pretensiones y defensas ante la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o interés legítimos, **interponer recursos** y hacerse patrocinar y representar profesionalmente...” (el subrayado y resaltado son propios).

En este caso, si bien se trata de un Recurso Judicial, que debe interponerse y resolverse en el ámbito del Poder Judicial, no puede perderse de vista, que constituye un medio que permite ejercer el derecho de defensa, que ha sido creado en una norma de carácter administrativo.

En lo que hace al ámbito internacional, ya citado, encontramos al Pacto de San Jose de Costa Rica. El artículo 8, refiere a las Garantías Judiciales, estableciendo que “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ....h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*”

<sup>9</sup> Fallos 314:1531 y ss.



En ese mismo sentido, la CSJN expresó: en el fallo “LOCISER” (Considerando 8°):

*“Que, ello sentado, cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda 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 Artículo 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el 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. Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Por la razón mencionada, esa Corte considera “que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del Artículo 8 de la Convención Americana” (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71).”*

Por su parte, el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, aprobado por Decreto N° 214/2006, estableció en su artículo 35, los derechos del personal NO PERMANENTE, dentro de los cuales encontramos “Interposición de recursos” (f).

### **Las disposiciones anteriores al dictado de la LMREP**

Ha puesto de relieve la Procuración del Tesoro de la Nación: “...El acto conclusivo del sumario administrativo puede ser objeto de impugnación por vía administrativa, o por el recurso directo estatuido por el artículo 40 del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública aprobado por la Ley N° 22.140, cuando se trate de exoneración o cesantía que recaiga sobre el personal amparado por la estabilidad prevista en dicho régimen (conf. Dict. 213:275)...” Resulta prudente a partir de dicho entendimiento, interpretar el sentido de la norma en el contexto en

el cual fue redactada. El antiguo Régimen Básico para de la Función Pública (Ley N° 22140), preveía en su artículo 40: *“Contra los actos administrativos que dispongan la cesantía o exoneración del personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen, se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o por ante las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda conforme al lugar de prestación de servicios del agente.”*

Luego, con el dictado de la Ley N° 25.164, se derogó el Régimen hasta entonces vigente, y el citado artículo quedó redactado de la siguiente forma : *“Contra los actos administrativos que dispongan la aplicación de sanciones al personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen, el agente afectado podrá optar por impugnarlo por la vía administrativa común y una vez agotada ésta acudir a sede judicial, o recurrir directamente por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o por ante las cámaras federales con asiento en las provincias, según corresponda conforme al lugar de prestación de servicios del agente. La opción formulada es excluyente e inhibe la utilización de cualquier otra vía o acción...”* (actual art. 39 ).

Nótese claramente que con la modificación normativa, por un lado, se le otorgó mayor amplitud al recurso directo previsto, incluyéndose además de las sanciones expulsivas, las de carácter correctivo .

Por otra parte, , con relación a la expresión ***“personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen”***, cabe resaltar que, obviamente, el único personal al cual podía serle aplicadas, en la época en que regía el RJBFP, aprobado por la ley 22.140, cualquiera de las dos sanciones expresamente previstas, era a quienes revestían con estabilidad, ya que tanto “cesantía” como “exoneración” eran aún medidas admitidas únicamente contra los agentes de la planta permanente.<sup>10</sup>

En virtud de lo expuesto hasta aquí, para cerrar la idea del presente trabajo, es dable recordar lo expuesto por Carlos F. Balbín: *“...Más allá de esta perspectiva, me importa destacar que, en determinados contextos, esto conduce a la negación o recorte de los derechos. Por eso, para*

---

<sup>10</sup> Circunstancia a la postre modificada a partir del Dictamen PTN 300:206.

*finalizar; creo que, más allá de las propuestas concretas que puedan hacerse, es de gran importancia analizar este instituto de los recursos directos desde la perspectiva de los derechos. Así como el hecho de si el recurso directo y su interpretación judicial en un contexto de ausencia normativa lleva a un escenario de ensanchamiento o, por el contrario, de recorte o negación de derechos.”<sup>11</sup>*

Desde dicha óptica, podríamos concluir que el recurso directo habilita la revisión judicial en el caso que nos ocupa, de un acto administrativo sancionatorio. Desde tal aspecto, tiene por finalidad garantizar el denominado **control judicial suficiente y la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución Nacional a través de la incorporación de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22)**.

Entonces, si los actos administrativos que sancionan a los agentes sin estabilidad, no pueden ser objeto de esa revisión, podría decirse que no se cumplen las garantías de la tutela judicial efectiva en los términos de “plena igualdad” garantizados por la CN y expuestos por la CIDH.

Para pensar.....

### **Algunas consideraciones a raíz de las consecuencias prácticas de la propuesta**

Prosiguiendo con el análisis nos encontramos ante la posibilidad de que, interpuesto el recurso en cuestión contra una sanción de carácter expulsivo, la demanda fuera favorable al recurrente, supuesto que se encuentra contemplado en el artículo 41 de la misma norma.

La referida previsión normativa reza: “*Artículo 41. — Si la sentencia fuera favorable al recurrente, en caso de ordenar su reincorporación, la administración deberá habilitar una vacante de igual categoría a la que revistaba. Este podrá optar por percibir la indemnización prevista en el artículo 11 renunciando al derecho de reincorporación.*”

Dicha indemnización es de “...un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la

---

<sup>11</sup> “LOS RECURSOS JUDICIALES DIRECTOS IMPUGNATORIOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. CRÍTICAS Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS”, [http://www.derecho.uba.ar/docente/pdf/el\\_control\\_de\\_la\\_actividad\\_estatal\\_ii/cae2\\_balbin.pdf](http://www.derecho.uba.ar/docente/pdf/el_control_de_la_actividad_estatal_ii/cae2_balbin.pdf).

mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, salvo el mejor derecho que se estableciere en el Convenio Colectivo de Trabajo y las indemnizaciones especiales que pudieren regularse por dicha vía”

Se plantea entonces la necesidad de pensar si la factibilidad de otorgarle legitimidad activa a los agentes comprendidos en el régimen de contrataciones y de gabinete para interponer el recurso del art 39, implica “per se”, la aplicación directa de todo el capítulo VIII, sin ningún tipo de adaptación a su condición de revista.

A tal fin, pareciera oportuno efectuar un somero repaso acerca de la jurisprudencia de la CSJN en materia indemnizatoria, con relación a los contratados en el Estado Nacional.

En el año 2010, en la causa “Ramos José Luis c/ Estado Nacional s/ indemnización por despido” (333:311), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contrariamente a lo dictaminado por la Procuración General, decide revocar la sentencia del Tribunal de Alzada, que había resuelto rechazar la demanda interpuesta por el actor contra el Estado Nacional -Ministerio de Defensa- a fin de que se le abone la indemnización prevista por el art. 245 de la ley de contrato de trabajo, salarios caídos y preaviso (quien había prestado servicios en el Estado Nacional como agente contratado bajo diversos regímenes de forma sucesiva). Para así decidir la CSJN indicó que se había generado una “legítima expectativa de permanencia laboral “ que merecía la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el despido arbitrario. Sentado ello dispuso que resultaba una solución razonable y equitativa el régimen indemnizatorio previsto en la Ley Marco de Regulación de Empleo público Nacional 25.164, art. 11, párrafo 5°.

En el mismo entendimiento, recayeron las sentencias del Máximo Tribunal en las causas “Cerigliano, Carlos Fabián c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Unidad Polivalente de Inspecciones ex Dirección General de Verificación y Control” (334:398) del 19 de abril de 2011 y en “Maurette, Mauricio c. Estado Nacional-Ministerio de Economía-Subsecretaría de Normalización Patrimonial s/despido” (M.892.XLV) del 7 de febrero de 2012, entre otras.

En dichos precedentes (si bien referidos todos a contrataciones de locaciones de servicios, no configurativas de una relación de dependencia laboral), la Corte otorgó a los recurrentes el derecho al cobro de la indemnización prevista en el artículo 11 de la LMREPN, pero no reconoció en ninguno derecho a la reincorporación. Ello, por cuanto, tal como lo sostiene Gallegos Fedriani<sup>12</sup>, lo resuelto por la CSJN *“...no transforma por sí a quien tiene un contrato temporario con la Administración (aún cuando hayan durado mucho tiempo) en empleado de planta permanente, lo que no le da derecho a su reincorporación”*

Teniendo en consideración los decisorios señalados, consideramos razonable concluir que, en caso de resultar favorable al recurrente la resolución dictada en sede judicial, -ante un acto sancionatorio de carácter segregativo contra un agente perteneciente a la planta de contrataciones o personal de gabinete regidos por la LMREPN-, no existiría óbice para proceder al pago de la indemnización prevista en el artículo 11 del Anexo a la LMREPN.

Sin embargo, insoslayablemente surge el interrogante acerca de la posible reincorporación del agente en cuestión, el que por la naturaleza jurídica de su situación de revista, carece de estabilidad.

En tal supuesto, entendemos que, la reincorporación obligatoria dispuesta en sede judicial, procedería sólo hasta que venza el contrato temporario que lo une a la Administración -en el caso que aún se encontrara vigente- o plazo equivalente, dado que de otra forma se transformaría un vínculo transitorio en uno de carácter permanente.

Estos interrogantes hacen reflexionar sobre la imperiosa necesidad de proceder a la reglamentación del mencionado artículo 27 de la LMREPN así como a una eventual modificación de la citada Ley.

---

<sup>12</sup> Gallegos Fedriani, Pablo O. “Agentes contratados por la Administración”. LA LEY 2011-E-1280.



**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.gob.ar](mailto:revistaecae@ptn.gob.ar)