

Nº8

PRIMAVERA 2022

REVISTA

de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

ISSN 2796-8642

revistaecae.ptn.gob.ar



ecae

Escuela del Cuerpo de
Abogados y Abogadas del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

Nº8

PRIMAVERA 2022

REVISTA

de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

ISSN 2796-8642

revistaecae.ptn.gob.ar



ecae

Escuela del Cuerpo de
Abogados y Abogadas del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

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

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



REVISTA
de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO
Revista de la ECAE Versión digital
ISSN 2796-8642
Hecho el depósito que ordena la ley N° 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

PRESIDENTE DE LA NACIÓN

DR. ALBERTO A. FERNÁNDEZ

VICEPRESIDENTA

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER

MINISTRO 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. AYELEN TOMASINI (ECAE)
atomasini@ptn.gob.ar

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

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

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

EDITORES DIGITALES

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

DIRECCIÓN PEDAGÓGICA

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

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

LIC. PAULA SÁNCHEZ
psanchez@ptn.gob.ar



CONSEJO EDITORIAL

Prof. Robert Alexy

Universidad Christian-Albrechts de Kiel. Alemania

Prof. Alberto Filipi

Universidad de Roma. Italia

Prof. Víctor Abramovich

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Eugenio Raúl 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. Analía Elíades

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Graciana Peñafort

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Carlos Raimundi

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Jimena Zicavo

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Nicolás Cendoya

Universidad de la República. Uruguay

Prof. Rafael Valim

Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Brasil

Prof. Olivia Blanca Capcha Reymundo

Universidad San Marco. Perú

Prof. Sara Spuntarelli

Universidad de Camerino. Italia

Prof. Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana. Cuba

Prof. David Kronzonas

Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado.
Argentina



ÍNDICE

EDITORIAL	13
Cómo (y para qué) se forma a los abogados del Estado	15
<i>Guido Leonardo Croxatto</i>	
RECOMENDACIONES DEL DIRECTOR DE LA REVISTA	25
Repensar el recurso de reconsideración obligatorio	27
<i>Domingo Juan Sesin</i>	
“Cosas veredes Sancho, que non crederes”	
(A propósito de algunas actuaciones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial)	33
<i>Ricardo Augusto Nissen</i>	
Extinción del Acto Administrativo en el Estado Constitucional (parte general)	110
<i>Patricio Marcelo E. Sammartino</i>	
Responsabilidad estatal por violencia de género: Comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	156
<i>Víctor Ernesto Abramovich Cosarín</i>	
Entrevista a Víctor Abramovich <i>Guido Leonardo Croxatto</i>	188
DOCTRINA	202
La política de sobrecargos del FMI como una amenaza al derecho al desarrollo ²⁰⁵ ; Facultades sancionatorias del Banco Central de la República Argentina	203
<i>Juan Pablo Bohoslavsky, Francisco Cantamutto, Laura Clérico</i>	



Facultades sancionatorias del Banco Central de la República Argentina	227
<i>Guillermo Alejandro Zuccolo, Gabriel del Mazo</i>	
Cuestiones relativas al Constitucionalismo. El nuevo paradigma del Derecho	256
<i>Martín Rodríguez Luna</i>	
Nietzsche Y El Nazismo	278
<i>Gustavo E. Silva Tamayo</i>	
INVESTIGACIONES	305
Medidas Cautelares contra el Estado y tutela Judicial.....	307
<i>Gerónimo Arias</i>	
Argentina: del “mejor alumno” en la década de los ‘90, al país más demandado desde el colapso de la Convertibilidad	338
<i>Adriana Cusmano</i>	
Lo que puede un cuerpo. Salud mental, capacidad jurídica y estigma	364
<i>José María Martocci</i>	
La violencia de género en el ámbito de la Seguridad Social. La necesidad de interpretar el derecho desde el constitucionalismo social	392
<i>Mariela E. Blanco</i>	
EXPERIENCIAS Y DOCTRINAS DEL CUERPO DE ABOGADOS/AS DEL ESTADO	413
El rol de parte acusadora de la oficina anticorrupción en el sumario administrativo.....	415
<i>Leandro G. Salgan Ruiz</i>	

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS 431

Breve reseña y comentario del libro: “Historia del inmueble en donde funciona la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC / Edición conmemorativa”. Editor: UNC. Autor: Federico G. Bordese. Año: 2022..... 433
Federico G. Bordese

DOSSIER 437

Guía para docentes - ABOGAR
Escuela del cuerpo de abogados y abogadas del estado 439

**EDITORIAL**

GUIDO LEONARDO CROXATTO

CÓMO (Y PARA QUÉ) SE FORMA A LOS ABOGADOS DEL ESTADO

GUIDO LEONARDO CROXATTO¹
UBA - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 15-24

Un país no se puede defender sin un servicio diplomático serio. Pero sin un cuerpo de abogados/as preparado tampoco. Sin embargo, nos ha parecido posible dejar al CAE (de cuyo nacimiento se cumplen 75 años en noviembre, su origen se debe a una ley del plan quinquenal) sin un espacio para desarrollar herramientas críticas que necesitan las y los abogados del Estado para defender al país: la ECAE.

A nadie se le ocurre cerrar el ISEN o que el Estado “tercerice” la formación de sus embajadores futuros y su cuerpo diplomático. Pero sin embargo sí nos ha parecido posible o aceptable tercerizar o delegar la formación del servicio jurídico, como si fuera menos importante que aquel. Nos hemos propuesto terminar con esta tercerización directa o implícita (es absurdo que los/las abogados/as del Estado deban pagar cifras millonarias en espacios no estatales para aprender, en teoría, a defender al Estado; de hecho, no lo hacen, no es eso lo que verdaderamente “aprenden” aunque crean que sí, no pagan para eso, habría que interrogar a fondo la formación recibida: parece paradójico que universidades privadas formen al servicio jurídico de una Nación, habría que descubrir cómo opera esa formación en apariencia “técnica”). El Estado no puede renunciar a formar a (o delegar la formación de) sus propios abogados/as porque se trata de una formación estratégica, que implica una visión federal, soberana, pública, que no siempre se condice con los intereses del mercado educativo no público y pago, donde

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



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

se enseña más bien a litigar contra el Estado y a sacarle recursos al sector público, no a defenderlo, que es lo que se aprende en la ECAE. Por inocente o “técnico” que parezca hacer maestrías o especializaciones en derecho administrativo, la base de la formación recibida (“técnica”) no siempre tiene el nivel de compromiso (y conciencia) que exige la tarea de la reconstrucción nacional. Los abogados y abogadas del Estado deben tener una conciencia muy clara de cuál es su tarea. Y de la importancia que la misma tiene. Y de lo grave que es no llevarla a cabo con mirada nacional. No con lógica empresarial². Sino como defensa de lo público. Son dos lógicas muy diferentes. Por eso no es lo mismo formarse en el Estado (ECAE o ISEN) que formarse en un espacio privado, que funciona bajo otras miradas y otros intereses, explícitos o velados. Y por eso no es lo mismo o no debería ser igual publicar en la revista de la ECAE o del ICEN que publicar en cualquier otra revista académica, que no tiene el mismo compromiso o no es parte de una planificación estratégica y pública.

La primera pregunta que nos hacemos en la ECAE es: ¿Cómo se forma –y para qué se forma, y por ende quién y donde se forman los abogados/as del Estado? La Escuela donde se forman ha sido desmantelada muchas veces y vuelta a levantar. A nadie se le ocurre ya, como decíamos antes, cerrar el ISEN, donde se forma el servicio diplomático de la nación. El mismo se instaló como política de Estado. Sin embargo, si se le ha ocurrido a muchos funcionarios que podía cerrarse o vaciarse la ECAE (ser trasladado a la ECAE era calificado –por algunos funcionarios- como terminar en “Siberia”, como si ir a formarse para defender el interés público fuera un “castigo”), donde se forma el servicio jurídico de la Nación. Pero los abogados no somos menos que los diplomáticos. Defendemos con la misma vehemencia el interés de la Nación. Y necesitamos un espacio de capacitación técnico para desarrollar las herramientas que no siempre tenemos (y no es una casualidad que no las tengamos: esa carencia explica el atraso y el robo de recursos al Estado Argentino³). El Estado no puede delegar la formación de sus propios/as abogados/as, como no delega ni terceriza la formación de sus

2 Giardinelli, M. Indefensión Popular y abogados patriotas. Página 12. 10 Septiembre, 2022.

3 Scalabrini Ortiz, R. Bases para la reconstrucción nacional. Ed. Lancelot. Buenos Aires. 2008.

diplomáticos en ninguna universidad pública o privada. Son capacitaciones que el Estado no delega porque se juegan allí intereses estratégicos, de largo plazo. Detrás de esa formación debe haber siempre una planificación estratégica. Una visión que no puede oscilar cada cuatro años.

Nosotros entendemos que es imperioso volver a levantar la bandera de la abogacía pública. La abogacía es pública por definición. Si ha dejado de serlo, si hace falta volver a aclarar algo que en rigor resulta obvio, es por la magnitud del retroceso que hemos vivido en la práctica profesional y también en términos de enseñanza del Derecho. No formamos abogados para defender al Estado, ni el interés público. No todas las universidades tienen un eje fuerte puesto en Derecho Público. Se forma a los abogados para otra “cosa”. Y esa otra “cosa” es lo que hay que interrogar.

En la Argentina nadie o casi nadie discute –por suerte- que la educación es pública y la salud es pública y son ambas la base del contrato social (y motivo de orgullo de la República que hermanos latinoamericanos puedan atenderse aquí o estudiar en este suelo). Nosotros entendemos que hay que situar, en el mismo nivel que la educación pública y la salud pública, un tercer pilar, de la misma importancia (para la defensa de los intereses que permiten tener educación y salud públicos en nuestro país): la abogacía pública. Falta énfasis en la importancia de la abogacía pública.

La abogacía es pública por definición. Desde Aristoteles, la abogacía viene asociada a un ideal de justicia. La privatización del derecho hace que los abogados hablemos cada vez menos como “abogados”. Hablamos cada vez más como administradores de empresas, como contadores, como economistas, pero no ya como abogados. Y esto es en parte porque se ha recortado la connotación “pública” de la abogacía. Porque lo que antes era obvio, ya no lo es. Por eso hace falta volver a reivindicar la importancia de la abogacía pública. Porque hoy la abogacía que se ha puesto como modelo es la otra: es la de la abogacía privada, corporativa, empresarial, que defiende intereses y negocios, más que derechos. Por eso a nuestra abogacía y a nuestros abogados les resulta cada vez más difícil hablar de “justicia”. Parece un ideal cada vez más alejado. Una palabra que usamos cada vez menos.

Si la universidad es pública por definición (Mario Bunge se reía en la UCES al recibir el doctorado honoris causa de dicha “universidad”, sostuvo en 2000, si hablar de ciencias “empresariales” no

era “mucho”), la abogacía lo es por concepto. Una universidad “privada” parece una contradicción en los términos, una contradicción conceptual: la “universidad” moderna remite (la etimología misma lo está diciendo) a la idea de un “universo”: en un universo entran todos, un “Universo” no puede ser “privado”, es público por definición. Por eso hablar de universidad (lo universal) pública es en rigor una redundancia: todas lo son. La abogacía, en términos de justicia, no puede no ser, ante todo, también, pública. La abogacía es pública por definición. La justicia no puede ser algo privado. Está vinculada a una idea de comunidad y sociedad que se organiza: eso es la polis. La “justicia” es lo que le da sentido a la vida en conjunto. Es la idea que le da norte a nuestra convivencia. No se puede perder esa idea o principio, base y norte de nuestra organización social: base de nuestro “contrato” civil. La universidad pública, la salud pública y la abogacía pública, pues, son tres categorías inseparables. Habría que volver a teorizar sobre lo público. Cuando se ataca el rol del Estado, lo que está detrás es (amen de la mirada neoliberal que quiere hacer de todo un negocio, recortando derechos, que se empiezan a ver como “costos”) una crítica a la idea misma de lo público. Por eso reivindicamos tanto a la abogacía pública.

En este número encontramos contribuciones de valía, como del Dr. Domingo Sesin, el Dr. Ricardo Nissen, el Dr. Victor Abramovich, el Dr. Patricio Sammartino. Todos ellos hacen una fuerte defensa del rol de la abogacía pública. Rescatan la importancia –no meramente “subsidiaria”- del rol del Estado. La pandemia ha sido una muestra extrema y seria de lo poco “subsidiario” que puede tener que ser, en momentos críticos, el Estado. “Subsidiario” parece más bien el mercado “libre” que arrastra con su “eficiencia” (concentración de la riqueza en muy pocas manos) a millones de personas a la miseria más absoluta. No el Estado, que vela por sus derechos. Y que se ve obligado a confrontar, para hacerlo, con los poderes financieros transnacionales, que cuentan con ejércitos de abogados dispuestos a pelear para preservar sus “negocios”. Detrás de esos “negocios” está el hambre. Los abogados del Estado estamos del otro lado del mostrador. Defendemos lo público. Confrontamos con los factores de poder económico y financiero que litigan (fondos buitres que ponen como garantía en la bolsa de valores juicios contra Argentina, compran juicios!) contra nuestro país.

DECRETO-LEY 19549/72. GORDILLO TIENE RAZÓN

Incluso quienes reivindican la importancia del Estado y del interés público, muchas veces replican –sin saberlo- el lenguaje y la doctrina anti Estado o que ve en el un mero rol “subsidiario” y no un rol central de garante de derechos. Es el mérito de la “academia”: imponernos –sin que lo advirtamos- su lenguaje. Sus conceptos.

La reconocida Universidad Nacional de Avellaneda, que tiene fuerte eje en derecho público, organizó un congreso en septiembre pasado para conmemorar los 50 años de la Ley de Procedimiento Administrativo. Así se llamaba originariamente el evento. Pero no se trata –como me advirtió en seguida Natasha Suñé, coordinadora de la ECAE- de una “ley”. Se trata, como siempre advirtió Agustín Gordillo, de un “decreto ley”, lo cual no es lo mismo⁴. Esta confusión en una universidad privada, de fuerte impronta anti-estatal, pro negocios (privados), que forma abogados/as para defender empresas no al Estado (contra el cual litigan), no llamaría la atención. Sí en una Universidad del conurbano, que tiene como bandera la defensa del interés público, del Estado y con el Estado, de los derechos de los más humildes. Por suerte, la UNDAV cambió en seguida, advertida esta sutileza, el nombre del evento, que finalmente quedó como “50 años del decreto ley...”. Esto nos recuerda que también nosotros somos hablados -ante el menor descuido-, por el lenguaje corporativo. Por eso, hacía muy bien Gordillo en remarcar en diversos lugares y debates epistolares que no se trata de una “ley, sino de un “decreto ley”. Tengamos en cuenta que un decreto de Campora (Decreto 976/73) dispuso llamar “decreto ley” a la LPA, y que fue un decreto de Videla (Decreto 1319/76), nada menos, el que dispuso retroceder y que se volviera a llamar “leyes” a los decretos de los gobiernos de facto. Con lo cual, cuando decimos “ley” estamos hablando, lo sepamos o no (y eso es lo más grave) el lenguaje de un decreto de la dictadura. Y esto no sucede hace medio siglo. Sucede todavía hoy, hace muy pocas semanas. El derecho administrativo necesita transformarse.⁵ No se cumplen ni se conmemoran 50 años de ninguna “ley”. Se

4 Gordillo, A. El Derecho Administrativo en la Práctica. Cap. II. Gordillo-Campolieti. ¿Ley o decreto –ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional. pp. 21-29.

5 Gordillo, A. Cien Notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de

cumple medio siglo sí de un decreto-ley de un gobierno de facto. No es un detalle secundario llamarlo de esta manera. Gordillo no se equivoca. Por eso, sus tomos celestes (como los negros de Zaffaroni en materia penal, hasta que Ediar los agrupó en un solo libro azul en 2003) siguen ocupando un lugar preponderante en las bibliotecas de los administrativos que necesitan un norte. Y por eso la Cátedra Gordillo fue la primera que tuvo, además de ser titular en derecho administrativo en la UBA, una materia titulada “Derechos humanos y garantías” en el Ciclo Profesional Común de la carrera de Derecho en la UBA. No es casual que ese mismo administrativista fuera titular de ambas cátedras: Derecho administrativo, de un lado y Derechos humanos y garantías, del otro. Victor Abramovich, procurador ante la Corte Suprema, en la entrevista realizada en este número de la revista, vuelve sobre este punto, cuestionando la mirada subsidiaria (mayoritaria en la doctrina administrativista) del rol del Estado.

Un comentario más sobre esta revista. Muchos profesores mandan a la revista de la ECAE lo que antes sacaron en la Ley. Hay que revertir esta correlación o tendencia. Parte de tener una doctrina diferente es que no se piense que es lo mismo La Ley y la ECAE (o que la ECAE es una revista de “segunda”, cuando es exactamente a la inversa): no pueden expresar la misma “doctrina” porque no expresan ni defienden, ambos espacios (habría que pensar por qué espacios tradicionalmente patrocinados de intereses no nacionales, en general británicos y franceses, eligen sin embargo llamarse pomposamente “La Nación”, “La Ley”, “El Derecho”, el diario uruguayo “La República”), el mismo interés. No da lo mismo publicar en ambos espacios ni se pueden publicar los mismos trabajos en cualquier revista: tiene —o tendría— que haber alguna diferencia. Y la misma tiene que ser apreciable y útil para generar un debate de ideas robusto. No puede haber una sola línea de pensamiento (en general anti Estado, con una mirada pobre y subsidiaria del rol público). Nosotros entendemos que lo público no es solo un “sector” de la economía. Entendemos que en términos de abogacía, lo público tiene preminencia y es la base de nuestra profesión. Por eso rescatamos la importancia de la abogacía pública. Es una categoría a recuperar. A repensar. La abogacía publica es la que defiende un interés colectivo. Es la única abogacía que se puede asociar a una idea o ideal de justicia, un ideal o idea muchas ve-

jurisprudencia de derecho administrativo. Fundación Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1999. 76.4. Esa repudiable costumbre de „confundir“ ley con decreto-ley. pp. 168-171.

ces ausente entre los abogados, cada vez más tecnocratizados y especializados, sin visión de conjunto. Esto es lo que aportan las humanidades, la literatura al Derecho: visión de conjunto. Aspiración. Un horizonte claro de acción. Por eso le pedimos a los y las profesoras que no envíen a la revista jurídica de la ECAE trabajos que ya hubieran sido publicados en otras revistas. Sólo publicamos trabajos inéditos. Es nuestra apuesta: abrir debates que todavía no han sido abiertos.

Pablo Neruda, en su Canto general, donde está el poema Alturas del Machu Picchu, cumbre de la literatura hispanoamericana, tiene un poema sobre la abogacía (luego del poema Los válidos y Los Siúuticos) que vale la pena recuperar: Los abogados del dolar⁶. Tal vez los abogados (que nos parecemos cada vez más a los contadores, y tecnócratas, en Brasil ya se imparten carreras para “tecnólogos en Derecho”) debemos también apostar por (recuperar, volver a) la poesía en un mundo en el que la palabra ya no tiene sentido. Esta falta de horizonte, esta falta de palabra clara, este “no tener palabra”, no es un juego para los abogados/as. No es un juego para el Derecho no tener un lenguaje. Un lenguaje poético.

JUDAS Y EL DERECHO (ADMINISTRATIVO) ARGENTINO

Patricio Sammartino, director académico de la Maestría ECAE-UNTREF, emplea su formación para pelear con argumentos, tratando (a Sammartino lo cuestionan por tratar) de renovar una doctrina muy anquilosada y “exegética”. Tal vez por eso el estudio Casagne —que defiende la mirada “subsidiaria” y pro empresaria del rol del Estado (el mismo visto como un mero “costo de transacción” y como factor generador de buenos negocios, una “regulación” que tiene que ser poco “invasiva” para que pueda operar, al mejor estilo Coase, el mercado “libre”) ha sido cuestionado en el último número de la Revista de Derecho Administrativo (RDA), de Septiembre-Octubre 2022. A discutir las ideas de Sammartino el último número de la RDA le dedica nada menos que 41 páginas. Algo está cambiando.

No es casual que los profesores Comadira, en grupo, (referentes del derecho administrativo de la Universidad Austral, universidad privada y religiosa) publiquen un artículo “exegético” (sobre la obra de Julio Comadira padre⁷) y le dediquen al Dr. Sammarti-

6 Neruda, P. Canto General. Ed. Cátedra. Madrid. 2005.

7 Comadira, Juan Pablo. Comadira, Gabriel Fernando. Comadira, María

no, profesor, luego de refutar o intentar discutir sus argumentos y críticas⁸, el epíteto de “judas” “traidor” por pararse a defender otra postura pro estatal y pro intereses públicos. Esto basta para ser considerado un “traidor” por la doctrina argentina pro empresaria. Un “traidor” para la Academia Nacional del Derecho es un profesor que se posiciona con pensamiento crítico y pro nacional y que no replica —este es su “pecado”— las ideas dominantes. Es revelador que la doctrina (de fuerte impronta religiosa en una universidad privada) califique de “traidor” (“judas”) a un profesor de derecho administrativo “crítico”. Es mucho lo que le falta por crecer al derecho administrativo argentino. Falta mucho por madurar a nuestra Academia. Nuestro apoyo pleno al Profesor Sammartino. Falta ánimo para discutir ideas. Calificar de “traidor” a un profesor que no “repite” las ideas dominantes es muestra de nuestra pobreza de argumentos. Del camino que nos falta aún construir. Judas/ Traidor es no defender los derechos sociales del pueblo argentino. Y para eso debe estar la doctrina. No para otra cosa.

Termino esta introducción con una cita concreta del texto impugnado de Patricio Sammartino (en el último número de RDA), para que los abogados y abogadas saquen sus propias conclusiones: “La tercera cuestión concierne al fundamento teleológico que, según la enfatizan los jueces del régimen de facto, inspira el ejercicio de la po-

Victoria y Cristina Herrera, María. “El principio de juridicidad cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira”. En RDA, Septiembre-Octubre 2022. 143. pp. 255-291.

8 Sammartino, P. M. “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”. E. Publicado en: RDA 2021-135, 03/06/2021, 3. Lo que afecta a los profesores Comadira es sobretodo una nota al pie (150) del texto de Sammartino, que sostiene: (150) Por cierto, rechazamos de plano la posición de un sector de la doctrina administrativista en cuanto sostiene que “la gravitación de ciertas circunstancias históricas puede hacer tolerable la admisión temporaria de una relativización de la exigencia de legitimidad democrática del Estado —y consecuentemente de su estructura normativa—...” (conf. COMADIRA, Julio R., “La anulación de oficio del acto administrativo”, 1998, 2ª ed., p. 44). Esta afirmación es constitucionalmente inaceptable en tanto resulta ostensiblemente incompatible con los arts. 1º y 36 de la CN. Básicamente, Sammartino está cuestionando cómo la doctrina “mayoritaria” dio argumentos para defender gobiernos de facto. Este es el “pecado” de Sammartino. Por eso la doctrina lo califica de “traidor”. De “Judas”. Por decir esto.

testad anulatoria. Como se indicó, en “Rodríguez Blanco de Serrao” la Corte justifica externamente el ejercicio del poder revocatorio de un acto favorable (calificado de) irregular en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad. Ahora bien, ¿qué entendieron los jueces del régimen de facto —que, además de haber sido designados sin cumplir los procedimientos previos que establece la Constitución desconocieron su supremacía— por “juridicidad”?

Extramuros del Estado de derecho, sin supremacía de la Constitución, sin ley que sea producto de la voluntad general, sin separación de poderes, con autoridades carentes de legitimación democrática -directa o indirecta-, sin respeto a los derechos humanos. ¿Qué “juridicidad” está en condiciones de restablecer esa Administración mediante el acto revocatorio? Fundamentar el ejercicio de la potestad anulatoria en la “necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad”, en la doctrina de los jueces de facto, es un paralogismo que seguramente supo agrandar —entonces, como ahora—, el oído de los administrativistas que construyen doctrinas prescindentes de la Constitución y los derechos humanos. Sin embargo, en el contexto en que fue utilizado ese sintagma carece del contenido jurídico y axiológico que se le asigna. La juridicidad a la que alude el Tribunal del régimen de facto es meramente formal, fatalmente escindida de la dignidad de la persona humana, del Estado de derecho y del principio democrático (150). Es un contrasentido lógico, que conspira contra el principio de no contradicción, predicar que la Administración está llamada a restablecer por sí la juridicidad cuando estaban suprimidos los derechos y garantías fundamentales.

En el régimen de facto el significante “restablecer la juridicidad” no tiene otro sentido que no sea el de afianzar la prerrogativa a como dé lugar, preservar el poder represivo y consolidar un (aparente) orden, carente de bases democráticas, ajeno a toda idea de bien común sustentada en el respeto y protección de los derechos humanos fundamentales. De modo paradójico, la finalidad de restablecer la juridicidad, en el mensaje que el régimen de facto brindada por conducto de su Corte federal no es otra cosa que preservar la antijuridicidad estructural de un derecho administrativo construido extramuros del Estado de derecho. Como ya señalamos, sin Estado de derecho, sin Estado constitucional de derecho, no hay, ni podría haber, derecho administrativo. Aquel es el presupuesto de este. Por ende, la idea de juridicidad a la cual se refiere la Corte del régimen de facto se presen-

ta como un mero artificio formal tendiente a asegurar un sistema de poder que prescindir de la persona humana, desconoce los derechos que le son inherentes, ignora los mandatos de la voluntad general y hostiga la participación popular. No olvidemos que esa juridicidad que dogmáticamente se pretende restablecer es genéticamente inconstitucional toda vez que subordina la supremacía y vigencia de la Constitución Nacional al Estatuto impuesto por la fuerza.

La fórmula abstracta restablecer “sin dilaciones” la juridicidad ¿prevalece también en los supuestos en que el acto concierne de modo directo al contenido esencial de un derecho fundamental? ¿Acaso el principio de seguridad jurídica no tiene relevancia? ¿Qué sucede con los derechos adquiridos de buena fe por el particular? Basta confrontar esta doctrina sin matices de la CS con el art. 48 de la Ley de Procedimientos alemana o la doctrina francesa labrada en el arret Dme. Cachet, de 1922 y Ternon, de 2001, para comprobar que esta parcela de la teoría del acto administrativo es más compleja y bastante más delicada que los categóricos términos que emplea el fallo. Por último, desde el punto de vista técnico, no podemos perder de vista que mientras el acto anulatorio no haya sido revisado por un tribunal judicial independiente e imparcial, en el marco de un juicio desarrollado regularmente, con respeto pleno a la garantía al debido proceso legal, y exista sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada desestimatoria de la pretensión anulatoria en su contra, no se puede hablar, en puridad, de restablecimiento de la juridicidad.”⁹

Parece paradójico que estas ideas tan elementales y básicas puedan despertar reacciones de odio religioso en la doctrina administrativa. O que lleven a ciertos doctores a calificar de “traidor” a quién, como Sammartino, las enarbola. El pensamiento crítico nunca puede ser visto como una “traición”. Mucho menos en un ámbito universitario o académico, que hace de esa “traición” su principal fortaleza. Su principal virtud¹⁰.

9 Sammartino, P. M. “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”. E. Publicado en: RDA 2021-135, 03/06/2021, 3.

10 Muchas veces los administrativistas están acostumbrados a discutir entre ellos. Entonces cuando alguien los discute por afuera de la “familia”, es calificado de “traidor”. No es aceptado en la “discusión” “académica”. No puede entrar.



RECOMENDACIONES

DEL DIRECTOR DE LA REVISTA

DOMINGO JUAN SESIN

RICARDO AUGUSTO NISSEN

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO

VÍCTOR ERNESTO ABRAMOVICH COSARÍN

REPENSAR EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN OBLIGATORIO

DOMINGO JUAN SESIN
UNC - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 27-32

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN UN PLAZO RAZONABLE

En sus efectos prácticos, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el acceso a la jurisdicción en forma amplia a quien invoque una situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo, interés legítimo, derechos colectivos), la sustanciación del proceso de resultar admisible, la duración razonable del mismo y el cumplimiento de la sentencia. La jurisprudencia alemana considera que “Tutela jurídica eficaz significa sobre todo tutela jurisdiccional dentro de un tiempo adecuado. La duración debe determinarse según las particulares circunstancias del caso particular” (BverfG, U., “Effektiver Rechtsschutz in einer funktionsfähigen Rechtspflege” DVBL, 1982, p. 821)

Lo que en esta oportunidad nos preocupa es un pronunciamiento en un plazo razonable sin dilaciones indebidas buscando mecanismos administrativos susceptibles de prevenir el conflicto frente a poderes judiciales sobredimensionados de causas.

2. CAUSALES QUE PROLONGAN LA DURACIÓN DE LOS PLEITOS

Las principales causas por las cuales el derecho y la justicia tienen un rol de mayor preponderancia y como efecto colateral prolongan la duración de los procesos, son las siguientes:

a) Ha cambiado sustancialmente la estrategia para resolver una con-



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

traversia, pues no basta el análisis de una norma aislada sino su inserción contextual dentro del bloque de constitucionalidad, de los tratados internacionales y de los valores y principios generales del derecho.

b) En el concierto internacional se advierte una tendencia que es dable llamar de hibridación del derecho que significa la convergencia, el intercambio y la evolución a la unificación del derecho global. Ello genera una renovación permanente que nos obliga a estar actualizados.

c) Se intensifica la tendencia a una justicia universal donde muchas veces los conflictos no terminan en una Corte de Justicia Nacional sino en otros ámbitos internacionales.

d) La multiplicidad de normas legislativas y reglamentarias cada vez más especializadas e interdisciplinarias que muchas veces se contradicen, se superponen o violentan preceptos constitucionales, complican la interpretación del derecho. El tiempo de los códigos que condensaban la totalidad de una materia parece entrar en decadencia. De allí la necesidad de postular la simplicidad, coherencia y armonía con el orden jurídico superior dentro de la diversidad, de lo contrario, corremos el riesgo de que suceda lo que expresa el jurista francés Seriaux: el “derecho como toda cosa viva, muere si es despedazado” (Le commentaire de textes juridiques: Lois et reglements, París, 1997, p. 20).

e) La reforma constitucional de 1994 ha incorporado nuevos derechos y garantías tutelando los derechos de incidencia colectiva, del consumidor, usuarios de los servicios públicos, la protección intensa del ambiente, la solidaridad y el acceso a los medios de comunicación. Asimismo, se han intensificado la protección de los derechos económicos, sociales y culturales que buscan la mejor calidad de vida con particular énfasis en los sectores más vulnerables. Ello obliga a medidas de carácter positivo emitidas por el Estado. Ardua tarea de la Justicia en el control de las políticas públicas.

f) Otro de los acontecimientos, es la judicialización de la vida política.

Estas son algunas de las múltiples causales que han ampliado el acceso a la tutela judicial efectiva. Ello es positivo, pero genera demoras por la multiplicación de los litigios sin que en general se haya

incrementado sustancialmente el presupuesto judicial (en nuestro País y en el extranjero).

Las democracias modernas tienen el afán de regular la mayor parte de la vida en sociedad, de proveerlo todo, de establecer responsabilidades. Como dice el jurista español Juan José Toharia Cortes: “Esta nueva y generalizada pauta cultural de búsqueda de la justicia total conlleva de forma inevitable la extensión y consolidación de una “cultura de la reclamación” (El oficio de jurista, coordinado por Luis María Díez Picazo, 2006, Madrid, Ed Siglo XXI, p. 6).

Si bien debemos seguir trabajando en la modernización y renovación de las herramientas judiciales, también es nuestro deber dinamizar el procedimiento administrativo para dar solución más rápida e intentar evitar el proceso.

3. ATENUACIÓN DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

La posibilidad de cuestionar los actos administrativos constituye un principio universal. Así lo establecen la constitución austríaca (art. 132), la Constitución Italiana (art. 113), la Ley Fundamental de Bonn (art. 19, párrafo IV) y el art. 178 de la Constitución de Córdoba, entre otros. En Francia, Estados Unidos y actualmente en España aparece atenuado. Es más riguroso en Holanda, Colombia, Perú y Costa Rica (hoy suprimido por su Corte Suprema).

Una posibilidad es el derecho a petionar, reclamar o recurrir ante la Administración en el marco de la llamada tutela administrativa efectiva y otra es cuando se impone la necesidad de agotar la vía administrativa como instancia previa para iniciar el proceso.

Cuando se originó el procedimiento administrativo era riguroso interponer los recursos necesarios previo a la demanda judicial, pero a fines del siglo XX comienza una progresiva tendencia que se ha incrementado en la actualidad buscando su atenuación o eliminación (Cassagne Juan Carlos, El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa, Anuario El Derecho Administrativo, 2021, El Derecho, p.157 y ss)

Se critica severamente esta carga a la luz de los dispositivos constitucionales y convencionales, considerándola como un privilegio del Estado y como una demora burocrática excesiva que impide el pronto acceso a la jurisdicción.

De allí que comenzaron a proliferar normativas y jurisprudencia con el objeto de dejar sin efecto o reducir al mínimo el agotamiento de la vía administrativa.

Este propósito podría tener mayor predicamento si se incrementara la cantidad de tribunales de justicia que resuelvan rápidamente las controversias. Pero al no concurrir esto último, tanto en nuestro País como en el extranjero, existe preocupación (seminarios de jueces europeos, entre otros) por la prolongación de las controversias atento las razones esgrimidas en el punto 2, del presente trabajo, como también, posiblemente, por la atenuación o eliminación del agotamiento de la vía administrativa.

Preocupa incluso la costumbre administrativa que muchas veces deniega los recursos sin mayores argumentos como si fuese una molestia provocada por el recurrente.

De allí que haya comenzado una tenue tendencia a revalorizar con un criterio renovado la prevención de los conflictos en sede administrativa.

Con esta orientación han sido creados tribunales administrativos, agencias, comisiones, entes reguladores, entre otros.

Ello es posible en la medida que sea excepcional, escasamente formalista, rápido y barato. Asimismo, que deje abierta en forma amplia la vía judicial contra de sus decisiones finales.

En este sentido, existen buenos ejemplos como el Consejo Tributario del Ayuntamiento de Barcelona como instancia administrativa previa a la judicial. En Francia, la prevención del contencioso en materia fiscal y en demandas civiles relacionadas mediante órganos administrativos de composición mixta.

4. REPENSAR EN LA RECONSIDERACIÓN

Me pregunto entonces si sería aconsejable un recurso de reconsideración regulado en forma obligatoria solo para cuestiones relacionadas con las contrataciones públicas y otras materias relevantes, contra actos que emanen directamente de la máxima autoridad de la Administración y entes descentralizados. Es obvio que no debe haber reconsideración obligatoria contra el acto que resuelva un recurso jerárquico o de alzada.

En mi criterio es indudable que quien está en mejores condiciones de defender la legalidad del acto es la autoridad que lo dictó o su superior. Puede dejarlo sin efecto o modificarlo. Aun cuándo rechace el

recurso puede ampliar la motivación para replicar fundadamente los argumentos del recurrente.

Si la finalidad del procedimiento administrativo es garantizar los derechos del ciudadano, la juridicidad vigente y el bien común, es obvio que darle una oportunidad previa a la Administración para que modifique, elimine o defienda más sólidamente el acto dictado, implica tutelar más intensamente los tres objetivos señalados.

Una mirada en perspectiva favorece el interés de la sociedad por cuanto mediante la colaboración del ciudadano (democracia participativa) se corrige o mejora la conducta administrativa evitando un acto viciado.

Asimismo, esta valiosa actitud ayuda a los funcionarios públicos al advertirles que existen desvíos que están a tiempo de solucionar, salvando su eventual responsabilidad política, administrativa, penal o civil.

Cuantos juicios perdidos e incluso, cuantas denuncias penales se podrían haber evitado si hubiera existido un recurso de reconsideración obligatorio susceptible de alertar al funcionario y corregir rápidamente su actuación.

El control es más efectivo cuando es previo dándole una última oportunidad a la Administración para autogenerar legalidad.

A la sociedad le interesa que en forma rápida se actúe correctamente y no después de transcurridos prolongados tiempos judiciales. No debemos menospreciar la visión del ciudadano recurrente que muchas veces aporta valiosos argumentos que no tuvo en cuenta la Administración.

Incluso esta alternativa previa favorece la actuación de los abogados del Estado que tienen que defender a la Administración en juicio, pues para contestar la demanda la herramienta más importante es el acto que rechaza la reconsideración.

Pero cuidado, esta alternativa presupone tres condiciones indispensables: a) una nueva actitud de los órganos consultivos y de los funcionarios que deben analizar profundamente los argumentos del recurrente, considerándolo un verdadero colaborador de la Administración. b) no tener inconveniente en hacer lugar al recurso total o parcialmente cuando corresponda. 3) que el recurso de reconsideración obligatorio no demore más de 20 o 30 días en resolverse expresamente a fin de que este paso procedimental sea breve.

5. CONCLUSION

Repensar el derecho no es tarea fácil, pero cuando la realidad nos golpea una y otra vez, es mejor la instrumentación de medidas que aun cuando fueren opinables tengan el propósito de salvaguardar más rápidamente la transparencia, juridicidad y el bien común.

“COSAS VEREDES SANCHO, QUE NON CREDERES”

(A propósito de algunas actuaciones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial)

RICARDO AUGUSTO NISSEN¹.

UBA - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 33-108

I. ALGUNAS REFERENCIAS AUTOBIOGRÁFICAS. LA JUSTICIA EN LO COMERCIAL, AYER Y HOY. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA AL SERVICIO DE SU IDEOLOGÍA.

Este año – 2022 – se cumplen cincuenta años de mi ingreso al Poder Judicial de la Nación como empleado de mesa de entradas en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Recuerdo con muchísimo cariño esa etapa de mi vida, en la cual yo alternaba mis estudios en la Facultad de Derecho de la UBA y mi trabajo en el referido Tribunal de Apelaciones, en la cual – salvo la hora de almuerzo – el trabajo era enorme. Retengo asimismo en mi memoria que la Cámara Comercial giraba en torno de la personalidad del magistrado y profesor Isaac Halperín, cuyo despacho era una especie de templo del derecho mercantil y en la cual no solo se celebraban las reuniones de la Cátedra de Derecho Comercial I de la Facultad de Derecho y que lo tenía a Halperin como profesor titular, sino que además se

¹ Profesor de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor titular de Sociedades de la Facultad de Avellaneda. Inspector General de Justicia.



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

seleccionaba el material de la “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, publicada por la desaparecida Editorial Depalma que, por entonces competía entre las mejores revistas jurídicas del mundo en materia de derecho mercantil. Ello me permitió conocer personalmente a muchos de aquellos profesores cuyos libros y artículos fueron fuente de consulta y cita permanente durante mi carrera profesional y académica y a quienes, mas allá las disidencias que podría tener con alguna de sus opiniones, respeté durante toda mi vida.

Puede decirse también que, teniendo muy corta edad, pasé a formar parte de lo que se conoce en el ambiente como la familia judicial, pues mi padre - Jean Christian Nissen - se desempeñó como Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro en la Capital Federal – único juzgado de inscripción de sociedades y rúbrica de libros de esta jurisdicción – allá por los años 1958 a 1974, de modo tal, y como no podía ser de otra manera, mi respeto por el Poder Judicial era absoluto, y si bien nunca ejercí la magistratura, renunciando a mi cargo de auxiliar en el año 1975 para dedicarme al ejercicio de la abogacía, siempre aprecié la labor jurisdiccional y en especial, la independencia que implicaba el desempeño de la magistratura, traducido en el prestigio que sus integrantes gozaban no solo en el apasionante mundo del derecho, sino en la comunidad en general. Por esa precisa razón, siempre me resultó intolerable que quienes han tenido el privilegio de integrar el Poder Judicial, cualquiera fuera la instancia del tribunal que hubiesen sido parte, se aparten de la búsqueda de la verdad objetiva y de la solución justa al momento de dictar las sentencias, adaptando sus decisiones a determinadas ideologías o supeditando las mismas a objetivos o intereses personales, cualquiera fuera la naturaleza de éstos. Quienes me conocen, saben que nunca me ha temblado el pulso ni he reparado en futuras ventajas – o previsibles inconvenientes - cuando debí firmar denuncias contra ciertos magistrados ante el Consejo de la Magistratura en oportunidad de tomar cabal conocimiento de actuaciones incompatibles con el servicio de justicia.

Por aquellas épocas – en los cuales la ciudadanía tenía un buen concepto de la labor de la justicia en general y de los magistrados en particular, – lejos estaba de pensar que algún día podría ser testigo de la enorme degradación que sufre actualmente el Poder Judicial de la Nación, al menos en determinados fueros, pues hasta no hace

mucho tiempo, si bien existía lo que hoy se conoce como “grieta” en cuanto al pensamiento político de los jueces, ello jamás trascendía a sus sentencias, que se ajustaban al derecho vigente, quedando reservadas las discusiones sobre las bondades o desaciertos de la ley a los ámbitos académicos exclusivamente. También retengo en mi memoria por ejemplo, porque ello apasionó a todo abogado y estudiante de derecho de fines de la década del sesenta y principios del 70 del siglo pasado, la magnífica y patriótica labor judicial que le cupo al Juez en lo Comercial Salvador María Lozada en el concordato preventivo de la “Compañía Swift de La Plata”, allá por el año 1971, decretando la quiebra no solo a ese frigorífico por entonces centenario, sino extendiendo la misma a la totalidad de las compañías satélites del holding “Deltec”, constituidas todas ellas en guaridas fiscales y que eran meras “herramientas” o “instrumentos” del capital estadounidense titular del referido frigorífico que, con la inapreciable ayuda de la Embajada de los Estados Unidos llevaban a cabo todo tipo de gestiones – honorables y de las otras - para lograr la homologación del acuerdo ofrecido a sus acreedores, ejerciendo una presión tan lesiva de nuestra soberanía como aquella efectuada, casi cien años antes de ese episodio por el gobierno inglés ante el Presidente Nicolás Avellaneda y su Ministro de Relaciones Exteriores, Bernardo de Irigoyen, en el célebre caso del “Banco de Londres y Río de la Plata, del año 1876”. Recuerdo también la apasionante polémica desatada – a principio de la década de los 80 - por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en oportunidad de dictar los fallos plenarios en los casos “Electrodinie” y “Difry”, en donde el tribunal de alzada, con otra integración y otros principios, puso fin a la utilización fraudulenta de los procesos concursales mediante la emisión descontrolada por parte del concursado de pagarés o cheques, con el objeto de aumentar sus pasivos, contar con acreedores complacientes y lograr – de esa turbia manera -, la obtención y posterior homologación del acuerdo preventivo ofrecido a sus legítimos acreedores, que debían finalmente conformarse con migajas al momento de percibir su crédito, lo que se conocía como “moneda concursal”. Ello era una práctica habitual en los procesos concursales iniciados antes del dictado de la ejemplar doctrina plenaria emanada de tales fallos y conforme a la cual muchos estudios jurídicos y contables “habían hecho su América”, como se decía por aquel entonces, y que, al conocer la doctrina de dichos plenarios se rasgaron sus vestiduras en homenaje a los principios basilares del derecho cambiario- abstrac-

ción, autonomía y literalidad – inaplicables conforme a la doctrina plenaria emanada de “Electrodie SA” y “Difry” - al caso de procesos concursales, principios que también habían constituido argumentos aptos para la consumación de todo tipo de fraudes y privilegios, en especial en favor de los bancos e instituciones financieras y en perjuicio de los consumidores.

Sin embargo, lo que antes fueron solo meras estrategias para utilizar en procesos judiciales, pero insostenibles en eventos académicos, comenzaron a tomar carta de ciudadanía con posterioridad a la asunción del gobierno neoliberal del año 1989, ante una nueva modalidad en la forma de hacer negocios en la República Argentina, que implicaba necesariamente disminuir o enervar el régimen de responsabilidad de los deudores, de los empresarios individuales o de los integrantes de las sociedades previsto por el ordenamiento legal por entonces vigente, muy especialmente respecto de los administradores societarios. Tengo claro para mí que fueron, los años noventa del siglo pasado, no solo en nuestro país, sino en el mundo occidental, una década influenciada negativamente por el capitalismo más salvaje y caracterizada por la necesidad de enriquecerse en el menor tiempo posible, sin reparar en los medios necesarios para lograr ese fin. Precisamente de esa época data la ley 24.522 de concursos y quiebras, que suprimió la calificación de conducta y redujo los plazos legales previstos para la rehabilitación del fallido; la ley 24.441, que facilitó el fraccionamiento del patrimonio de las personas – humanas y jurídicas -, a través del contrato de fideicomiso y – finalmente – la proliferación de las sociedades *off shore*, instrumento utilizado en todo el mundo para esconder patrimonios y ganancias, que nuestra clase empresaria y más adinerada adoptó sin reservas, aprovechando esas sociedades opacas y ficticias para llevar a cabo todo tipo de fraudes, ya fueren éstos conyugales, sucesorios, concursales, laborales, societarios, impositivos etc., que lamentablemente la justicia comercial nunca terminó de entender ni jamás atinó a sancionar.

No fue tampoco casualidad que fue durante esa nefasta época, cuando en nombre de la pretendida eficacia del capital privado y de la tan propalada incapacidad del Estado, la República Argentina olvidó sus roles fundamentales, perdiendo a través de una impresentable “privatización” sus empresas estatales y con ello nuestra soberanía sobre aspectos fundamentales de la economía nacional. Tampoco fue

producto del azar que, por aquellas épocas (1991/1993 fundamentalmente), se pretendió reformar la legislación societaria argentina, recurriendo a modelos totalmente incompatibles con nuestra manera de ser, intentándose derogar disposiciones de orden público previstas por la ley 19.550 previstas para la protección del accionista y de terceros y eliminar – asimismo - el control estatal en la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales, incluyendo la inmediata “desaparición” de la Inspección General de Justicia, así como la derogación de toda la jurisprudencia administrativa de un Organismo de Control que había sido creada en el año 1893 precisamente para controlar el legal funcionamiento de las personas jurídicas, ante los comprobados abusos incurridos por las sociedades anónimas existentes en la República Argentina por aquel entonces, que según estadísticas, no eran más de cuatrocientas. Esos proyectos de reforma, que carecieron finalmente de todo éxito legislativo, fueron elaborados por comisiones que, a diferencia de las leyes 19.550 y 22.903, estuvieron integradas mayormente por conocidos “abogados de la City porteña”, y por ciertos “juristas” que, contrariamente a su pensamiento jurídico y al mejor estilo de Groucho Marx, supieron adaptarse con rapidez y suma facilidad respecto a la ideología de las autoridades ministeriales que promovieron dichas reformas legislativas, en procura de un Estado liberal que quedó hecho pedazos, al menos en la República Argentina, con la crisis económica y financiera del año 2001. Esto no es otra cosa que una historia conocida, como lo fue también – curiosamente – el primer intento de incorporar a la legislación societaria argentina, las “sociedades anónimas simplificadas”, allá por el año 1993, mediante un frustrado proyecto de reformas a la ley 19.550, inspirada en la legislación de Nueva Zelanda, que iba totalmente a contrapelo de la idiosincrasia de los argentinos y de la manera de hacer negocios lícitos a través de la integración de compañías mercantiles, en las cuales nuestra vigente ley 19.550 se ha preocupado muy bien de garantizar a todos sus integrantes el ejercicio de sus derechos sociales, evitando convertir a los socios minoritarios en meros esclavos de aquellas personas a las cuales se las conoce legalmente como “controlantes” y en la vida real como “abusadores” y a las cuales, en forma inexplicable, nuestros tribunales mercantiles – con honrosas excepciones - tiende a protegerlos de cualquier manera, con el burdo argumento de que no todo control implica abuso, fórmula que – desde la ignorancia – reiteran hasta el hartazgo, permitiendo y promoviendo esas antisocietarias actitudes

mediante resoluciones y sentencias que son un escarnio para el derecho nacional y que, a la postre, terminan desalentando a quienes tienen intenciones de invertir su dinero en la creación de sociedades, tan importantes para el desarrollo de la economía de un país.

Fue por entonces – esto es, durante la década del 90 – años más o años menos – cuando se comenzaron a advertir ciertas corrientes jurisprudenciales extrañas al pensamiento jurídico imperante hasta ese entonces, que no se compadecían con los valores predicados por las leyes mercantiles. De tal manera, comenzó a difundirse, en materia societaria y concursal, una forma de pensar que tendía a desalentar la promoción de acciones de responsabilidad contra los socios o los administradores societarios, las acciones de ineficacia concursal o los procesos de extensión de quiebra, que – precisamente – habían sido incorporados a la ley 19.551 como consecuencia del caso “Compañía Swift de la Plata”. Del mismo modo, y en materia de derecho societario, se resolvió a través de diversos fallos dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dislates tales como la inimpugnabilidad de los aumentos del capital social; el carácter restrictivo de todas las medidas cautelares societarias y de las acciones judiciales previstas en la ley 19550 o cualquier solución legal que, en términos generales, tuviera por objetivo beneficiar a los acreedores sociales o particulares de los socios respecto de maniobras concretadas mediante el ilegítimo uso del negocio societario. Con esa filosofía, no fueron pocos los fallos judiciales que tendieron a desalentar la promoción de acciones de responsabilidad contra administradores sociales promovidas por los socios o terceros (art. 279 LGS); así como predicar la inexpugnabilidad de la personalidad jurídica de las sociedades, salvo supuestos totalmente extremos y - como si todo ese panorama no fuese poco, y sin la menor intención de ser taxativo con estos ejemplos – se consagró jurisprudencialmente la improcedencia de suspender provisoriamente la aprobación asamblearia de los estados contables de las sociedades, a pesar de las falsedades en que hubieran incurrido los administradores al confeccionar dichos instrumentos y los evidentes perjuicios que la circulación de dichos balances causaban en el mercado. **Todo ello se logró mediante la formulación, por el Tribunal de Alzada mercantil, de ciertas supuestas “reglas de derecho”, obviamente ausentes en todo el texto de la ley, pero que ellos mismos creaban, y que tenían mayor valor que la ley vigente como fuente de derecho, al momento de**

dictar una sentencia judicial.

Con el correr del tiempo y como consecuencia de esas singulares interpretaciones, el derecho comercial argentino pasó a exhibir dos fuentes que resultaban en muchos casos contradictorias: La propia legislación – fuente de derecho por excelencia - y esas “reglas de derecho” creadas fundamentalmente por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que la mayor parte de las veces marchaban en sentido contrario a la ley, pero a las cuales los tribunales inferiores optaban por hacer prevalecer, ya sea por comodidad o para no malquistarse con sus magistrados superiores, que hacían del uso de esas supuestas “reglas” uso y abuso permanente. Por otro lado, y con el mismo criterio, existen temas absolutamente tabúes que los tribunales, cualquiera fuere la instancia de que se trate, prefieren eludir, para no sentar jurisprudencia respecto de la cual se pudiesen luego arrepentir ante la presión ejercida por los grupos de prensa, empresarios o de los grandes estudios jurídicos. Tal es el caso de las sociedades *off shore*, repudiadas por la gente de bien en todo el mundo salvo por sus usuarios y cultores de las mismas y cuyo desconocimiento nadie puede seriamente ignorar, en especial luego de los Panamá, Paradise y Pandora Papers. Al respecto, salvo algunos memorables dictámenes de las Fiscalas Alejandra Gils Carbó y Gabriela Boquin², no hemos encontrado en el fuero comercial fallos que hayan descalificado ese ilegítimo accionar. Muy por el contrario, siempre recuerdo, con desagrado y preocupación un singular fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso “Tecní Limp Sociedad Anónima sobre concurso preventivo, Incidente de verificación de créditos por Yarzabal Lorena Emilia”, del 8 de Agosto de 2011, en donde ese tribunal resolvió que “ (...) aunque las sociedades *off shore* puedan ser utilizadas con una finalidad ilícita en un porcentaje de casos, no necesariamente es tal el propósito de dichas sociedades ni tal calidad presupone la ilicitud, sino que rige siempre el principio del artículo 19 in fine de la Constitución

2 Dictamen de la Fiscal Gabriela Boquin, en los autos “Torrillate Daniel Alfredo sobre quiebra contra Sheppell Group SA y otros sobre ordinario”, resuelto por la CNCom, Sala B, Agosto 31 de 2016 y “Tárese Group SA sobre ordinario, de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Ídem, Dictamen de la Fiscal Alejandra Gils Carbó en el expediente “Inspección General de Justicia contra Synfina SA sobre organismo independiente”, resuelto por la Sala E de la Cámara Comercial el 13 de Septiembre de 2013.

Nacional”. Creo que nunca, en casi 50 años de dedicación al derecho societario – como profesor, abogado y funcionario a cargo de la Inspección General de Justicia – he leído una frase tan ambigua, tan carente de fundamentación lógica y jurídica y que – además - revele un desconocimiento tan profundo del mundo de los negocios y hasta de lo que acontece en la vida cotidiana, pues, como es de público conocimiento, no solo son los empresarios o el Fisco las víctimas del accionar de la operatoria *off shore*, como sobradamente ha quedado demostrado en reiterados fallos provenientes fundamentalmente de la Cámara Civil y de la Cámara del Trabajo, sino los sectores mas vulnerables de nuestra población.

Fue ante ese panorama, legal y judicial, que, en el mes de septiembre del año 2003 asumí el cargo de Inspector General de Justicia por primera vez. Para ese entonces, como consecuencia de las primeras resoluciones generales dictadas, y tal como lo expresó muy gráficamente el profesor de la Universidad de Córdoba, el Dr. Carlos Molina Sandoval, “Se acabó la fiesta”³ refiriéndose concretamente a ese incalificable panorama que exhibía el mundo entero en materia de irregularidades societarias, celebrando dicho autor y de esa manera, las aludidas resoluciones del Organismo de Control a mi cargo que tendían desalentar la ilegítima operatoria *off shoring* (Resoluciones Generales IGJ N°s 7°, 8°, 11 y 12 del año 2003; N° 22/2004 y 5° y 6° del año 2005). Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial respaldó en su gran mayoría esas resoluciones, así como todas aquellas, tanto generales como particulares, mediante las cuales el referido Organismo de Control pretendió poner fin a ciertas prácticas societarias que, a contrapelo de expresas normas de la ley 19.550, alentaban la constitución y el uso extrasocietario de las sociedades y el abuso de su personalidad jurídica, la existencia de sociedades sustancialmente unipersonales; la actuación de filiales y sucursales de sociedades constituidas en el extranjero por argentinos para actuar en la República Argentina; el abuso del acto aislado respecto de sociedades externas, a los fines de evitar su inscripción y control estatal; la utilización del mecanismo de los “aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos del capital” para quedarse con participaciones societarias minoritarias, así como la utilización del

³ Molina Sandoval, Carlos, artículo publicado en Editorial El Derecho 209-296.

sistema de la tristemente célebre “operación acordeón”, mecanismo utilizado por los “vivos de siempre” para adueñarse – sin contraprestación alguna – con las participaciones societarias de los grupos minoritarios. Con esa finalidad protectora la Inspección General de Justicia, mediante criterios que, en su casi totalidad avaló la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, requirió la inclusión en el acto constitutivo o estatuto el objeto único y asimismo exigió la necesaria relación entre capital social y objeto, para asegurar que el primero de esos requisitos cumpla acabadamente con la finalidad de ser la garantía de terceros acreedores de la sociedad, evitando la nociva infracapitalización societaria, situación ésta que también fue objeto de especial rechazo por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en diversos precedentes.

Pero eso no significó – lamentablemente – que el universo societario argentino se haya adecentado, pues los amigos de la clandestinidad y de la opacidad, así como quienes pretenden escapar a los controles estatales respecto de la actuación de las personas jurídicas, permitiendo todo tipo de simulaciones y fraudes y gozar de un (“*bill* de indemnidad”) para la utilización de las sociedades para cualquier cosa, esperaban agazapados su oportunidad para plasmar en un texto legal su manera de pensar y nada mejor para ello que la asunción del nuevo gobierno neoliberal de fin del año 2015, a cargo de un destacado entusiasta de las sociedades *off shore*, el Ingeniero Mauricio Macri, quien supo contar con mas de cincuenta compañías de esa naturaleza, con las cuales amasó, junto con su familia, parte de su incalculable fortuna.

Si bien es cierto que la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2015 obligó a adaptar algunas disposiciones de la ley 19.550 a la normativa del código unificado, aprovechando la ley 26.994 para incluir en el ordenamiento societario nacional a las sociedades unipersonales (antiquísimo anhelo de la doctrina nacional enemiga de cualquier asunción de responsabilidades por parte del empresario o comerciante unipersonal) - lo cual constituyó en la práctica un sonado y estrepitoso fracaso -, así como lo fue también el imponer la inadmisibile limitación de la responsabilidad de los socios de sociedades irregulares y de hecho, entre otras modificaciones, no lo es menos que esas reformas – totalmente disvaliosas a mi criterio - no colmaron las expectativas de estos apóstoles del denominado

“nuevo derecho societario”, que iban por mucho más y esperaban plasmar cuanto antes y en el texto de la ley 19.550 las famosas “reglas judiciales” a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, y que – se recuerda – fueron creadas a partir de la década del 80 del siglo pasado por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, las cuales – como hemos también destacado – siempre se orientaban a restringir o suprimir los derechos de los socios no controlantes y los terceros perjudicados por el mal funcionamiento de las compañías mercantiles, siempre en aras promover el “clima de negocios” en la República Argentina, así como también la preservación del artificial “interés social”, concepto que no solo peca de toda abstracción sino que es además contrario a la naturaleza de las cosas. La oportunidad para ello vino de la mano de un proyecto integral de reformas a la ley 19.550, que tuvo al Profesor Rafael Mariano Manovil como indiscutido líder de un grupo de especialistas y que fue presentado en sociedad hacia fines del año 2019, en el “XIV Congreso Nacional de Derecho Societario” celebrado en la Ciudad de Rosario en el mes de Septiembre de ese año, proyecto en el cual los partidarios de los criterios restrictivos, del incremento de los privilegios de los administradores societarios y de la drástica reducción de los derechos esenciales de los socios y accionistas vieron totalmente colmadas sus expectativas de cambio, respirándose en ese Congreso un supuesto clima de “libertad” por parte de quienes consideran a las sociedades un mero instrumento o herramienta que puede usarse para cualquier cosa, desde organizar una legítima empresa, convertir a la sociedad en un mero depósito de bienes ajenos y hasta un instrumento de evasión de divisas al exterior o de planificación de su régimen sucesorio o patrimonial. Si a ello se le suma el hecho que en el referido evento también sus organizadores incluyeron a las “sociedades por acciones simplificadas” (SAS), como nuevo “paradigma” del derecho societario mundial, las cuales habían sido incorporadas al universo societario argentino en el año 2016, merced a la sanción de la ley 27.349, todo hacía augurar, respecto de ese tradicional congreso, un verdadero festival para los panegiristas de las “sociedades *off shore*”, “sociedades baúl” “sociedades burbuja”, “sociedades por acciones simplificadas”, “sociedades por las dudas” y “sociedades simples” entre otras layas corporativas, expectativas que, para desgracia de esta “moderna” manera de pensar, quedó en agua de borrajas cuando al recinto en donde se estaba llevando a cabo este congreso académico, llegó la inesperada noticia de que una

de las dos senadoras que habían presentado dicho proyecto de ley al Senado de la Nación, había retirado el mismo, perdiendo por ello el “Proyecto Manovil” estado parlamentario y tornando estéril en consecuencia todo debate sobre ese frustrado proyecto. Por mi parte, junto con el Profesor Ernesto Martorell, hicimos una crítica a ese proyecto que, a nuestro juicio, retrocedía el derecho societario y el estado de socio a épocas anteriores a la célebre “Asamblea del año XIII” que – como es sabido – pasó a la posteridad por la derogación de la esclavitud en suelo patrio, artículo de doctrina al cual me remito, en homenaje a la brevedad⁴.

Ello, como era de esperar, no puso fin a la interminable polémica que tiene como protagonistas – y antagonistas – a quienes dan y otorgan derechos (como los redactores de la ley 19.550 y 22.903 en materia societaria), respecto de quienes defienden privilegios (como los frustrados proyectos de reforma a la ley 19550 de la década del 90 y del “Proyecto Manovil” del año 2019), sino que la misma se mantuvo y hasta se acrecentó con motivo de la intensa labor de control llevado a cabo por la Inspección General de Justicia desde el mes de enero de 2020, cuando asumí por segunda vez la dirección de dicho organismo y de la triste aunque presumible comprobación de que las sociedades por acciones simplificadas (SAS) lejos estuvieron de despertar el interés de los “emprendedores”, para los cuales fueron falsamente destinadas, sino que se convirtieron, casi desde la sanción de la ley 27.349 del año 2016, en compañías *prêt à porter*, siempre listas para la comisión de todo tipo de delitos, en especial, como “usina de facturas falsas” o maniobras de lavado de dinero, como la experiencia lo ha demostrado hasta el cansancio en los seis años que lleva vigente dicho tipo societario. Dentro de esta polémica, en la cual – transcribiendo la célebre opinión del Profesor Isaac Halperin – está comprometido el interés nacional de que las sociedades funcionen bien, la labor de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha inclinado la cancha *en pro* de la de la irresponsabilidad de quienes intervienen en el tráfico mercantil a través de compañías mercantiles, actuando más como abogados defensores de los secto-

4 Martorell Ernesto y Nissen Ricardo Augusto, “ El Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades y la lesión de valores comunitarios fundamentales”, publicado en el diario La Ley, ejemplar del 4 de Septiembre de 2019.

res mas privilegiados del mundo empresario que como magistrados imparciales en la administración del servicio de justicia frente a un determinado y concreto entuerto. Uno de los mas claros ejemplos de ello, como se explicará en los próximos párrafos, se ha manifestado con la férrea oposición a la labor que está desarrollando la Inspección General de Justicia desde el año 2020 y se traduce en el dictado de una serie de resoluciones en los cuales se pretende evitar que este Organismo ejerza sus funciones específicas de control y fiscalización sobre las personas jurídicas societarias, llegando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial al extremo de desconocer jurisprudencia anterior emanada del mismo tribunal, absolutamente contraria a la orientación adoptada de sus últimos fallos en las cuales tuvieron que revisar resoluciones de la Inspección General de Justicia, en las cuales exhibieron y exhiben una supina ignorancia respecto de las expresas facultades que las leyes 19.550 y 22.315 pusieron en manos de dicho organismo, mediante normas de evidente orden público, labor que a los magistrados del fuero comercial les resultan intolerables, porque pone en entredicho el monopolio de las facultades jurisdiccionales en asuntos mercantiles que los tribunales mercantiles consideran como de su mas exclusiva competencia, y como lógica consecuencia de ello, el predominio de una ideología que ha convertido a determinados sectores del Poder Judicial en los escudos protectores de los funcionarios de cuantos gobiernos neoliberales han regido los destinos de la República Argentina en los últimos cincuenta años, dictadura militar inclusive⁵. No por nada a quienes actúan de esa manera se los conoce como “el partido judicial”, hoy mas vigente que nunca.

Pero no son solo razones de índole política las que explican este viraje de los tribunales mercantiles hacia el blindaje del empresariado nacional y extranjero y de la preservación de los funcionarios del gobierno de “Cambiamos” a través de escandalosos fallos, sino que también coadyuva a la formación de esa mentalidad conservadora, la

5 No debe olvidarse que el Poder Judicial de la Nación fue totalmente “renovado” con el golpe cívico – militar del año 1976, dejando fuera de la administración de Justicia a magistrados honorables, lo que no aconteció con la vuelta de la democracia, en el año 1983, en el cual el Ministerio de Justicia del gobierno radical de Raúl Alfonsín confirmó, en el fuero mercantil, al 95% de los jueces que habían sido designados entre los años 1976/1983 por el gobierno de facto.

de frustrar cualquier modificación que se pretendiera efectuar respecto de la organización del Poder Judicial, al cual se pretende conservar – por la mayoría de las personas que lo integran – como un modo o lugar de trabajo reservado para unos pocos privilegiados o para una determinada clase social o económica, no precisamente inclinada a tolerar el ingreso de las clases populares ni tampoco modificar el sistema de selección de los magistrados, cuyos procedimientos se encuentran siempre muy alejados de cualquier participación activa de la ciudadanía. Por ello no es de extrañar – aunque se trate de una ley no escrita pero plenamente vigente – que los cuadros del Poder Judicial se deben cubrir preferentemente con magistrados o funcionarios de menor grado, quienes tuvieron la enorme fortuna, algunos años antes, de haber ingresado al Tribunal en carácter de auxiliares, casi nunca por sus méritos laborales o de formación intelectual sino simplemente por cuestiones de amistad. De esta manera se va forjando una supuesta “carrera judicial” de muy especiales características, cuya acceso y pertenencia está reservada para unos pocos, coronándose la misma mediante el acceso a los tribunales de alzada, último escalón de este *cursos honorum*, del cual se desvincularán mediante una jubilación de privilegio, muy superior a la de cualquier trabajador o profesional o su ingreso como “abogado consultor” a un importante e internacional estudio jurídico de la City o de Puerto Madero, cuyos intereses o los de las empresas que defienden no les resultan para nada indiferentes. Ello explica de alguna manera muchos de los fallos dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, siempre proclives a la defensa del corporativismo, siempre contrarias a la procedencia de las acciones de clase y siempre en contra de la parte vulnerable.

De tal modo que nadie debería sorprenderse, a esta altura de los acontecimientos, con esta nueva orientación que hoy exhiben los magistrados del fuero mercantil en defensa de los valores del mercado y no de los intereses públicos o de la soberanía nacional. Esta moderna tendencia del fuero comercial de la Ciudad de Buenos Aires, – que exhibe enormes similitudes con los tribunales penales de Comodoro Py, también de esta ciudad –, parece haber olvidado, entre otras cuestiones, la importancia que tiene el control preventivo por parte de un organismo estatal especializado en derecho corporativo en la constitución y funcionamiento de las personas jurídicas en general y

de las sociedades en particular, criterio que – como hemos ya señalado - cobró impulso con el gobierno neoliberal y conservador que asumió los destinos del país el 11 de Diciembre de 2015 y a cuyas políticas han adherido una parte importante del Poder Judicial y fundamentalmente el fuero mercantil, toda vez que la defensa a ultranza de los funcionarios de dicho gobierno o de las políticas de persecución a grupos empresarios o instituciones vinculadas con quienes no participaban de ese gobierno fueron moneda corriente hasta el año 2019 y, respecto a lo primero, aún persisten con llamativa intensidad.

Antes de abordar este tema, sobre la cual nos ocuparemos mas adelante, vale la pena recordar que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial apoyó en términos generales y salvo alguna aislada excepción, todas las resoluciones dictadas por la Inspección General de Justicia en mi primera gestión, que corrió desde el mes de septiembre de 2003 hasta el mes de diciembre de 2005. Esa política se mantuvo hasta el año 2015, pues con otros titulares, pero bajo el mismo gobierno, los sucesivos Inspectores Generales aplicaron las reglamentaciones efectuadas por el Organismo de Control que habían sido recopiladas en la Resolución General IGJ N° 7/2005, denominada “Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia”, que fue actualizada en el año 2015 cuando entró en vigencia el Código Civil y Comercial, lo cual obligó al por entonces Inspector General de Justicia, Dr. Martín Cormick, a adaptar las aludidas normas administrativas al código civil y comercial unificado, que entró en vigencia en el mes de agosto de ese año 2015. De modo tal que la Resolución General IGJ N° 7/15 mantuvo todas las soluciones que había adoptado la Inspección General de Justicia en años anteriores, en materia de sociedades constituidas en el extranjero, sociedades *off shore*, sociedades vehículo, objeto único, relación capital – objeto, pluralidad sustancial de socios en todos los tipos sociales etc., todo lo cual aconteció hasta el cambio de autoridades nacionales, con el Ingeniero Mauricio Macri a la cabeza, que designó nuevas autoridades en el Organismo de Control, a cuyos nuevos funcionarios – a través del olvidable Ministerio de Modernización - se instruyó con especial énfasis para evitar todo tipo de resoluciones que pudieran afectar el clima de negocios que ese gobierno liberal pretendió incentivar en la Argentina, muy especialmente cuando sus protagonistas fueran amigos del poder. Con ese propósito, **se derogaron todas las disposiciones de la aludida Resolución General N° 7/2015 referidas a las**

sociedades *off shore*, así como reestablecido el objeto plural para todas las sociedades y la derogación de toda exigencia de relación entre capital social y objeto, **siendo absolutamente claro que para ese gobierno neoliberal el control de constitución y funcionamiento de las sociedades no iba a ser ninguna prioridad**. Ello fue tan así que, durante el mes de diciembre de 2015 hasta la asunción del actual gobierno, en el año 2019, fueron mínimas las resoluciones generales dictadas por la IGJ e irrelevantes las resoluciones particulares, que en su mayor parte se limitaron a imponer sanciones a las entidades fiscalizadas por dicho organismo. Huelga destacar que, como consecuencia de ello, proliferaron durante ese período la actuación de las sociedades *off shore* en la República Argentina y se tomó razón en el Registro Público de cuanta sociedad constituida en guaridas fiscales pidió su inscripción a la Inspección General de Justicia, fundamentalmente en los términos del artículo 123 de la ley 19.550 – inscripción a los únicos efectos de participar en sociedades locales – muchas de ellas constituidas por ciudadanos argentinos en Delaware, Florida (EEUU) o de otros conocidos lugares del mundo, a los fines de para actuar en la República Argentina, obviamente sin actividad ni patrimonio en el exterior. Como era de esperar, la ausencia de toda legislación protectora del tráfico mercantil y la derogación de toda disposición en materia de restricción de la actividad *off shoring*, contenidas en la Resolución General IGJ N° 7/2005 permitió la radicación en el país de cualquier tipo de engendros societarios, que en nada contribuyeron a mejorar la economía nacional y mucho menos a incentivar las inversiones legítimas provenientes del exterior o promover ese famoso clima de negocios que constituye una verdadera obsesión para el neoliberalismo, sin resultado positivo en ninguna de sus gestiones.

Ese “idílico” panorama para quienes poco o nada reparaban en la legalidad y transparencia de los actos societarios, fue interrumpido en el mes de abril del año 2016, cuando se hizo pública la enorme investigación efectuada por el verdadero periodismo independiente internacional, conocida como los “*Panamá Papers*”, que puso al descubierto la existencia de verdaderos entramados societarios constituidos por compañías *off shore*, operatoria en la cual participó con verdadera pasión el Ingeniero Mauricio Macri y su familia, a quien se le descubrió su participación en al menos 49 compañías con origen en diversas guaridas fiscales, así como de otros integrantes de

su entorno gubernamental, que habían también amasado su fortuna mediante este tipo de operatoria, que en otros países le costó su cargo ministerial a varios ministros y funcionarios, pero no lamentablemente en la República Argentina. Estas circunstancias pusieron en un aprieto a quienes integraban el Poder Judicial, en especial a quienes formaban parte del fuero comercial cuyos magistrados –muchos de ellos asiduos visitantes de la Casa Rosada entre los años 2015/2019 - se habían hecho los desentendidos con respecto a declarar la ilegitimidad de dichas sociedades y que por lo general inclinaban la balanza, a la hora de sentenciar, en favor de los intereses de las grandes corporaciones y sus controlantes, de hecho o de derecho. Lamentablemente, esta tendencia prosiguió sin solución de continuidad con la asunción del actual gobierno, en el mes de diciembre de 2019, pues a pesar de que la Inspección General de Justicia, en esta segunda gestión a mi cargo, reestableció la normativa derogada en materia de sociedades constituidas en el extranjero, dictando nuevas normas que reglamentaron la actuación de dichos entes en nuestro país (Resolución General IGJ n° 8/2021), lo cierto es que desde que asumí estas funciones, en el mes de enero de 2020, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, lejos de adoptar la posición asumida a partir del año 2003, optó por confrontar directamente con el Organismo de Control, procediendo – salvo casos excepcionales y carentes de toda trascendencia – a revocar o dejar sin efecto las resoluciones particulares dictadas por la Inspección General de Justicia en materia de sociedades, actuando más como militantes políticos o abogados en causa propia, para luego defender sus resoluciones como magistrados independientes, rasgándose las vestiduras cuando algún ciudadano les formula la menor crítica, a las cuales, según la opinión de la mayor parte del Poder Judicial se consideran absolutamente impolutos. Obviamente, y a falta de mayores argumentos legales – pues la gran parte de los magistrados del fuero mercantil carecen de experiencia necesaria en el negocio societario, por desconocer, en la práctica, el funcionamiento de las personas jurídicas en general y de las sociedades en particular – el aludido Tribunal de Alzada Mercantil recurre, como revisor de las resoluciones de la Inspección General de Justicia en materia de sociedades mercantiles, a los consabidos argumentos de una supuesta falta de competencia de este Organismo para intervenir en determinadas cuestiones, un supuesto exceso de facultades o la no menos supuesta inconstitucionalidad de las resoluciones dictadas por la IGJ, argumentos que no

son otra cosa que “lugares comunes” donde los críticos se mueven con mayor soltura, en especial cuanto se trata de revisar actuaciones de un Organismo Estatal que, desde el año 1893 se dedica, con un altísimo grado de especialidad, al control de constitución y funcionamiento de las personas jurídicas en general.

Lo que en realidad sucede es que a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial le resulta también intolerable que un Organismo de Control, como la Inspección General de Justicia, cuenta con ciertas facultades propias de todos los organismos de control (Comisión Nacional de Valores, Banco Central de la República Argentina, Superintendencia de Seguros de la Nación, Administración Federal de Ingresos Públicos, etc.) que el Poder Judicial carece, como por ejemplo, la facultad de la Inspección General de Justicia de “dictar los reglamentos que estime adecuados”, previsto en el artículo 11 inciso c) de la ley 22.315, ante alguna laguna de la ley 19.550, lo que se traduce en la práctica en el dictado de resoluciones generales, que solo pueden ser impugnadas ante el fuero contencioso administrativo mediante acción autónoma de inconstitucionalidad, pues el artículo 16 de la ley 22.315 solo prevé la competencia del fuero mercantil para entender en la apelación directa solo contra actos administrativos de alcance particular de naturaleza comercial. Del mismo modo, la facultad que goza la Inspección General de Justicia, de declarar irregulares o ineficaces a los efectos administrativos, los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, el estatuto o a los reglamentos (art. 6° inciso f) de la ley 22.315), constituye una atribución de la Inspección General de Justicia que también desagrada profundamente a muchos magistrados mercantiles, pues consideran que la declaración de nulidad de un acto jurídico, aún efectuada en forma parcial y para determinados efectos, constituye una cuestión que es propia y excluyente del Poder Judicial, cuando sin esa facultad resulta desde todo punto de vista imposible ejercer el control de legalidad que la ley 22.315 denominada “Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia” le otorga al Organismo de Control.

Esa inadmisibles animadversión hacia la labor de la Inspección General de Justicia, que es inédita en los anales del derecho nacional, se advirtió con toda nitidez en oportunidad de que dicho Organismo dictó las Resoluciones Generales N° 34 y 35, de fechas 3 y 11 de Agosto de 2020, conforme a las cuales se dispuso que, a partir del 5

de Agosto de 2020, las asociaciones civiles en proceso de constitución, las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario, las sociedades anónima que se constituyan y quedaren comprendidas en los artículos 299 de la ley general de sociedades – con excepción de los incisos 1º, 2º y 7º - las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y las sociedades del Estado, deberán incluir en su órgano de administración y, en su caso, en el de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género con la misma cantidad de miembros femeninos y masculinos, y si fuera impar, con un tercio de miembros femeninos y la misma composición se deberá respetar para las posteriores designaciones, resoluciones que resultan aplicables para todas las entidades que ya estuvieren inscriptas al momento de la entrada en vigencia de las mismas y en las designaciones que se hagan con posterioridad.

Estas resoluciones generales provocaron todo tipo de reacciones adversas en los mismos grupos humanos que en su momento se opusieron a la ley de divorcio, del matrimonio igualitario y de interrupción voluntaria del embarazo, pero cuyos cultores jamás la vamos a encontrar en una concentración organizada en defensa de los derechos humanos o en oportunidad de repudiar las interrupciones del proceso democrático por un golpe de Estado o los métodos represivos de la última dictadura cívico-militar, y, como no podía ser de otra manera, provocó la ira de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que carecía de facultades para dejarlas sin efecto con alcance general, pues como hemos dicho, se trataba de resoluciones generales dictadas en ejercicio de la facultad otorgada a la Inspección General de Justicia por el artículo 11 inciso c) de la ley 22.315, que solo pueden ser atacadas mediante recurso de inconstitucionalidad ante el fuero federal contencioso administrativo, como lo tiene reiteradamente resuelto la jurisprudencia desde hace décadas y en forma por demás pacífica.

El dictado de dichas resoluciones colmó la paciencia del referido Tribunal de Alzada que, ya disgustado con algunas resoluciones generales dictadas por la Inspección General de Justicia con anterioridad, en especial aquellas que reglamentaron las sociedades por acciones simplificadas, creadas por la ley 27.349, dentro de una ley de protección al “capital emprendedor” y cuyas características son idénticas a las sociedades *off shore* (unipersonalidad, inexistencia

de capital social suficiente, capacidad para realizar cualquier actividad, constitución digital y registración en 24 horas y ausencia total de control previo por parte de Organismo Estatal alguno), el cual puso en práctica un mecanismo que tiene como objetivo dejar sin efecto toda la actuación de la Inspección General de Justicia y que se concreta en la práctica de la siguiente manera: 1) Distribuir desproporcionalmente los recursos de apelación contra las resoluciones de la IGJ, que por lo general se adjudican a la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial; 2) Si se trata de varios expedientes vinculados con una determinada actuación en la que participan diversas sociedades de un mismo grupo empresario, las Salas a las cuales se les adjudica dicho expediente, le ofrecen de inmediato la intervención a la referida Sala C, que acepta encantada ese convite, por haber sido sorteada en la primera de esas causas. Ello es propio de los expedientes en los cuales se encuentra involucrado cualquier funcionario del gobierno anterior, como sucedió en el sonado caso de un fideicomiso, que involucró al Ingeniero Mauricio Macri y a varias sociedades comerciales integradas por las mismas personas, cuyas acciones, en forma parcial, fueron transferidas al aludido fideicomiso que se dedicó a administrar, hasta fin de su mandato, parte de los bienes del ex presidente de la Nación; 3) Rechazar todas las recusaciones con causa efectuadas por la Inspección General de Justicia respecto de los integrantes de la referida Sala C del aludido Tribunal de Alzada, cuya animadversión hacia el Organismo de Control es absolutamente indisimulable y que se traduce en un absoluto repudio a la labor de fiscalización que la ley le ha otorgado a la Inspección General de Justicia; 4) Interpretar, ante la promoción por parte de la Inspección General del juicio político a los magistrados que intervinieron en esas resoluciones judiciales, que esa actuación solo puede provocar el apartamiento de los magistrados denunciados, hasta que “los organismos pertinentes se hayan expedido o se los haya suspendido en el ejercicio de su función”⁶, con lo cual se aseguran, habida cuenta de la paralización que afecta la actividad del Consejo de la Magistratura en la actualidad, que los integrantes de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Dres. Julia Villa-

6 CNCom, Sala A, Abril 21 de 2022, en autos “Inspección General de Justicia contra Veritran Holding Ltd. sobre Organismos Externos” y Sala B, Julio 17 de 2022 en los autos “Inspección General de Justicia contra Finca Cuchuy SA sobre Organismos Externos” etc.

nueva y Eduardo Machin, van a tener para rato en la consideración de los recursos promovidos contra las resoluciones de la Inspección General de Justicia, no obstante la manifiesta animadversión que estas resoluciones provocan a dichos magistrados.

Bien es cierto también que esta cerril oposición a una política en la cual está interesado y comprometido el interés público, como lo es el control de la constitución y funcionamiento de las sociedades – nacionales o extranjeras - que intervienen en el tráfico mercantil nacional podría ser revisada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de recurso extraordinario, el cual fue planteado por la Inspección General de Justicia en todos los casos que consideró procedente hacerlo, pero lamentablemente, este Organismo de Control ha advertido, en no pocas oportunidades, **en los cuales el referido tribunal de alzada ha incurrido en actuaciones ilegítimas, desleales y manifiestamente extrañas al recto ejercicio de la magistratura**, que en algunos casos ha tornado imprescindible recurrir al Consejo de la Magistratura para el análisis de la intervención de los magistrados que han participado en dichas maniobras y que han actuado con evidentes intereses extraños a toda labor judicial, defendiendo sus resoluciones judiciales como letrado en causa propia.

II. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA MANIFIESTA ARBITRARIEDAD EXHIBIDA POR LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL RESPECTO DE DETERMINADAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA.

Vamos a brindar algunos ejemplos para poner de manifiesto esa ilegítima manera de proceder, incompatible con la administración de justicia:

1. Los casos “Inspección General de Justicia contra Cámara Empresaria de Transporte Urbano de Buenos Aires” sobre recurso de queja” e “Inspección General de Justicia contra Línea Expreso Liniers SAIC sobre Organismos Externos”.

En fecha 5 de Agosto de 2020 se publicó, en el Boletín Oficial, la Resolución General IGJ N° 34/2020, que dispuso que, a partir del 5 de Agosto de 2020, las asociaciones civiles en proceso de constitución,

las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario, las sociedades anónimas que se constituyan y queden comprendidas en el artículo 299 de la ley 19.550, con excepción de los artículos 1), 2) y 7), las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y las sociedades del Estado, deberán incluir en su órgano de administración y, en su caso, en el de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género con la misma cantidad de miembros femeninos y masculinos y, si fuera impar, con un tercio de miembros femeninos, y la misma composición se deberá respetar para las posteriores designaciones. Dicha normativa fue completada con la Resolución General IGJ N° 35/2020, publicada el 13 de agosto de 2020, aclarando que las disposiciones de aquella resolución resultaban aplicables para todas las entidades que ya estuvieran inscriptas al momento de su entrada en vigencia de la misma y en las designaciones que se hagan con posterioridad.

Si bien dichas resoluciones generaron una amplia polémica, solo fueron impugnadas por un conjunto de empresas dedicadas al rubro de transporte colectivo y una cámara empresaria formada por estas empresas⁷, las cuales procedieron a interponer recurso de apelación directo contra dichas resoluciones, como si se tratara de resoluciones particulares y no generales, ante lo cual la Inspección General de Justicia rechazó dicho recurso por entender que, atento la naturaleza de la cuestión, la única vía de impugnación de una resolución emanada de dicho Organismo lo constituye la presentación de una acción de inconstitucionalidad autónoma ante el Fuero Federal Contencioso Administrativo, como ha sido siempre jurisprudencia pacífica sobre el tema. Ante ello, las recurrentes interpusieron un recurso de queja ante la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, la cual – en forma insólita - se declaró competente para entender en la cuestión, admitiendo el recurso de apelación directo

⁷ La Cámara Empresaria de Transporte Urbano de Buenos Aires por un lado y las sociedades Línea Expreso Liniers SAIC, “Buenos Aires Bus SA, Duvi SA, Bus del Oeste SA, Transportes Sol de Mayo CISA; Transportes Ideal San Justo SA y Almafuerte Empresas de Transporte SACI por el otro, que en expediente separado promovieron recurso de apelación en los términos de los artículos 16 y 17 de la ley 22315 (Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia), contra las resoluciones generales de este Organismo números 34 y 35/2020.

contra aquellas resoluciones generales “de género”, ante lo cual la Inspección General de Justicia dedujo recurso extraordinario federal, que, denegado, **dio origen a la presentación de un planteo de inhibitoria ante un Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, el cual fue admitido por el juez interviniente, quien sostuvo en primer lugar la inaplicabilidad del artículo 16 de la ley 22.315 – recurso ante la Cámara Comercial – en tanto dicha norma solo prevé la competencia del fuero mercantil para entender en la apelación solo contra actos administrativos de alcance particular de naturaleza comercial.** Por otro lado, dicho magistrado sostuvo y mantuvo su competencia federal, con sustento en que en el caso se encuentra cuestionada la facultad del Organismo emisor de las resoluciones generales impugnadas por considerarlas contrarias a una ley federal, **remitiendo de inmediato un oficio a la Sala C de la Cámara Comercial, haciéndole saber la existencia de un conflicto de competencia y elevando de inmediato las actuaciones a la Corte Suprema para que resuelva la referida contienda** quedando, de esa manera, planteado un conflicto positivo de competencia que incumbe dirimir a la Corte Suprema con arreglo al artículo 24 inciso 7° del Decreto-ley 1285/1958, texto ley 21.708.

Recibida la causa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta dio inmediato trámite a la misma, confiriendo vista al Procurador General, quien tuvo por trabada la contienda de competencia, quien dictaminó, en fecha 20 de diciembre de 2021 que la causa debía continuar su trámite ante la justicia en lo contencioso administrativo federal, a la cual habrá de girarse, a sus efectos.

No obstante ello y durante el período en que el expediente se encontraba en estudio de la Procuración General e ignorando dolosamente la existencia de ese conflicto de competencia, así como la intervención de la Corte Suprema de Justicia, que ya había dado trámite a ese incidente, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, ante la posibilidad de perder el manejo de la causa y revocar las aludidas resoluciones generales de género **no solo omitió agregar dicho oficio recibido del fuero federal a la causa, sino que, en fecha 9 de Agosto de 2021 – nueve días después - se pronunció en forma inaudita sobre el recurso de apelación interpuesto y procedió a “revocar” las aludidas resoluciones generales, “dejando sin efecto las mismas”,** como si

se tratara - un reglamento emitido por un organismo especialmente autorizado para su dictado - de una simple resolución particular que pusiera fin a una controversia entre particulares, llegando al extremo de aplicar los efectos de dicha resolución judicial de manera *erga omnes* y no respecto de las entidades que habían deducido recurso de apelación directa.

De lo relacionado precedentemente, se pusieron en evidencia tres actuaciones irregulares por parte de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, todas las cuales revisten gravísima importancia: 1) **Por un lado, dicho tribunal de alzada demoró injustificablemente la incorporación del DEO cursado desde el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11 un total de nueve días corridos, en los que hubo siete días hábiles judiciales;** 2) Por otro lado, la resolución del mismo tribunal de alzada, rechazando el requerimiento de remisión de la causa por parte de dicho juez federal contencioso administrativo, **que se suscribió formalmente el mismo día en que se incorporó el DEO proveniente del fuero federal, esto es, el 9 de Agosto de 2021, lo que evidencia que los magistrados integrantes de dicha Sala, los Dres. Julia Villanueva y Eduardo Machin estaban en sobrado conocimiento del contenido del oficio que se les había remitido, aunque no lo hubieran gestionado e incorporado al expediente electrónico temporáneamente, lo cual resulta inadmisibles** y 3) La Sala C de la Cámara Comercial ignoró el procedimiento reglado, para cuestiones positivas de competencia, en el inciso 7° del artículo 24 del Decreto 1285/58, es el cual se establece expresamente que *“La Corte Suprema de Justicia conocerá (...) 7°: De las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos...”*.

Notificada personalmente la Inspección General de Justicia de la resolución judicial del 9 de Agosto de 2021, este Organismo procedió a dictar la Resolución General N° 12/2021 del 19 de Agosto de 2021, explicando las gravísimas irregularidades incurridas por la Sala C de la Cámara Comercial en el dictado de dicha resolución, instruyendo a la Oficina Judicial de la Inspección General de Justicia la promoción de sendos pedidos de juicio político ante el Consejo de la Magistratura de la Nación, respecto a los Dres. Julia Villanueva

y Eduardo Machin, por mal desempeño de su cargo, las que fueron efectivamente promovidas y se encuentran actualmente en trámite. Independientemente de ello, la Inspección General de Justicia interpuso en fecha 25 de Agosto de 2021 el correspondiente recurso extraordinario, el cual no fue considerado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, por haberse desprendido de dichas actuaciones como consecuencia de una recusación con causa interpuesto por dicho Organismo en otro de los tantos expedientes en que interviene la Inspección General de Justicia ante la Sala C del Tribunal de Alzada mercantil.

Es importante destacar que en la misma Resolución General IGJ N° 12/2021 del 19 de Agosto de 2021 a que nos hemos referido en el párrafo anterior, y además de las medidas mencionadas, se aclaró que la resolución judicial del 9 de Agosto de 2021 carecía de efectos *erga omnes*, sino solo en lo concerniente a las partes que habían interpuesto el recurso de apelación contra las Resoluciones Generales IGJ n°s 34/2020 y 35/2020, pues el efecto general predicado por la Sala C de la Cámara Comercial en aquella resolución solo era posible jurídicamente, de haberse impugnado dichas resoluciones generales por vía de inconstitucionalidad en el fuero competente, pero inadmisibles para las resoluciones particulares, que solo surten efecto en las relaciones entre la Inspección General de Justicia y la parte que las ha recurrido. El dictado de la aludida resolución aclaratoria provocó una histórica reacción de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que el día 3 de septiembre de 2021 llevó a cabo un “Acuerdo General Extraordinario”, en la cual y siempre utilizando ese lenguaje antinatural y anfibológico que caracteriza la forma de expresarse del fuero comercial de esta Ciudad de Buenos Aires resolvieron lo siguiente: “1. Rechazar enérgicamente todo acto que se aparte del recto ejercicio de las atribuciones que el orden institucional consagrado por nuestra Constitución Nacional impone a cada poder del Estado; 2. Poner la presente decisión en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Magistratura”. Resulta sorprendente esta preocupación del referido Tribunal, cuando éste, a mero título de ejemplo, nada dijo sobre las enormes demoras en la tramitación de la causa “Correo Argentino” ni sobre las preocupantes resoluciones que en dicho proceso se dictan.

2. El caso “Inspección General de Justicia contra Luaran Sociedad Anónima”.

En el mes de Noviembre año 2020, una sociedad constituida en el extranjero, denominada “Luaran Sociedad Anónima” requirió a la Inspección General de Justicia su adecuación a las disposiciones de la ley 19.550 en los términos del artículo 268 y siguientes de la Resolución General IGJ N° 7/2015, presentándose en representación de la misma el Sr. José Antonio Aranda, de nacionalidad argentino, quien acompañó la correspondiente escritura de adecuación otorgada el 19 de Octubre de 2020, en la cual se encontraba transcrito el nuevo estatuto de dicha sociedad, adaptada a la ley 19550, adoptando dicha sociedad el tipo de una sociedad anónima unipersonal (SAU), **revistiendo el Sr. Aranda, además del cargo de presidente y único director de la misma, el carácter de titular de las 2.479.247.000 acciones en que se representa su capital social, obviamente de igual monto.** Aclaró asimismo la aludida sociedad extranjera, cuya adecuación a la ley nacional pretendía, que la misma había sido constituida en el año 1984 en la República de Panamá, y que ello se encontraba aclarado en su nuevo estatuto, cuya inscripción pretendía, en el cual se hacía referencia que la sociedad “Luaran SAU” era “*continuada de la sociedad constituida originalmente bajo la denominación de Luaran SA inscrita en el Registro Público de la Ciudad de Panamá*”. Acompañó dicho ente – finalmente –, el “*balance especial de adecuación*” al 30 de septiembre de 2020 requerido por el segundo párrafo del artículo 268 de la Resolución General IGJ n° 7/2015, cuyo patrimonio neto coincidía con el monto del capital social previsto en su nuevo estatuto.

Sin embargo, y debido a una serie de graves inconsistencias, irregularidades, omisiones y contradicciones que la Inspección General de Justicia advirtió de la documentación contable acompañada por dicha sociedad en lo que respecta a sus activos financieros, que no coincidían con el nuevo objeto de dicha firma, consistente exclusivamente en la “*realización de inversiones o aportes de capital a sociedades a constituirse, nacionales o constituidas en el extranjero*”, **la Inspección General de Justicia advirtió que la sociedad Luaran SA desarrollaba una actividad financiera o parafinanciera en el país, al margen del control del Banco Central de la República Argentina.** Ante tal estado de cosas, y habida cuenta el inmenso capital social de esta sociedad – **casi dos mil quinientos millo-**

nes de pesos – la Inspección General de Justicia le requirió a dicha compañía una serie de informaciones complementarias respecto del estado patrimonial de la misma, teniendo en especial consideración que dichos balances no registraban notas complementarias adaptadas a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la ley 19.550, a lo cual debe sumarse que dicha sociedad constituida en el extranjero, a pesar de haber aclarado que se trataba de una sociedad dedicada a tomar participación en sociedades nacionales o extranjeras, solo denunció dentro de su activo la titularidad de acciones de una sola sociedad cuyos datos de inscripción no suministró a este Organismo ni estaba inscripta en el Registro Público, pero cuyo valor solo representaba el 4,16 por ciento de su capital social. Y como si ello fuera poco, la Inspección General de Justicia detectó la existencia de una sociedad del mismo nombre – Luaran SA – constituida en Costa Rica e inscripta en el Registro Público de dicha República en el año 2000, la cual fue inscripta en el registro mercantil local en el año 2002, en los términos del artículo 123 de la ley 19.550, pero cancelada dicha registración en el año 2005, **sin cumplir, durante los tres años en que estuvo inscripta en el registro local, con la información anual requerida por la ley.** Lo verdaderamente curioso de todo ello es que quien se presentó al Organismo de Control como representante de esta tercera sociedad – ajena al procedimiento de adecuación antes referido – era el mismísimo Sr. José Antonio Aranda, **persona muy conocida en el ambiente empresario local y que integra el núcleo más íntimo del conocido “GRUPO CLARIN”.**

Ante semejante estado de cosas y en razón – fundamentalmente – de la insuficiencia informativa contable presentada por la sociedad LUARAN SAU, la Inspección General de Justicia, en base a las facultades de fiscalización que le han sido otorgadas expresamente por las leyes 19.550 y 22.315 – se trataba de una sociedad incluida por su monto en el artículo 299 inciso 2º de la primera de esas normativas – dictó la resolución particular N° 497/2020 el día 2 de diciembre de 2020, en la cual se dispuso lo siguiente: 1) No hacer lugar a la inscripción de la sociedad Luaran SAU en el Registro Público respecto a su adecuación al derecho nacional; 2) Someter a dicha sociedad al control permanente de su funcionamiento en los términos previstos por los artículos 124 y 299 incisos 2º y 7º LGS; 3) Intimar a dicha sociedad para que en el plazo de diez días de notificada “informe de manera completa y detallada sobre los rubros o cuentas de su balan-

ce de adecuación obrante en el referido expediente administrativo, adjuntando certificación contable que abone la información que se brinde” ; 4) Dar intervención a los fines de su competencia al Banco Central de la República Argentina, Administración Federal de Ingresos Públicos y a la Unidad de Información Financiera.

La sociedad “Luaran SAU” no brindó jamás la menor explicación sobre las cuentas de su balance especial a la Inspección General de Justicia, sino que interpuso recurso de apelación directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y como es costumbre, le tocó intervenir a la misma Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que se expidió en dos oportunidades:

a) Con fecha 15 de Abril de 2021 rechazó el recurso de queja presentado por dicha sociedad, la cual se había agraviado de que la Inspección General de Justicia había otorgado el recurso de apelación interpuesto contra la resolución IGJ N° 497/2020 con efecto devolutivo y no suspensivo, como aquella pretendía, rechazando asimismo el pedido de medidas cautelares de suspensión de la ejecución de dicha resolución administrativa a través de la cual el Organismo de Control había dispuesto la intervención del Banco Central de la República Argentina, entendiéndose que “... el Tribunal no tiene competencia para interferir en la esfera del Banco Central y suspender la viabilidad de que ese ente rector le requiera información, puesto que ello excedería por completo la continencia de esta causa”.

b) Con fecha 7 de septiembre de 2021, e mismo tribunal de alzada y dando un viraje de 180 grados en la posición adoptada en la resolución anterior, decidió revocar totalmente la resolución IGJ N° 497/2020, aunque impuso las costas en el orden causado. **Es importante sin embargo destacar que entre la decisión del 15 de abril de 2021 y la del 7 de septiembre de 2021, la sociedad “Luaran SAU” había consentido expresamente el rechazo de la inscripción resuelta por la IGJ en la resolución n° 497/2020, desistiendo asimismo del recurso de apelación que había interpuesto contra la aludida resolución particular del Organismo de Control.**

Los fundamentos de dicho Tribunal de Alzada para concluir de esa manera son realmente inverosímiles, toda vez que: (1) Admitió sin reservas la afirmación de la sociedad extranjera “Luaran SAU”

de que nunca había realizado actuación alguna en la República Argentina y por ello que la misma sociedad no se encontraba incluida en las disposiciones del artículo 124 de la ley 19.550, a pesar de que se trataba de un procedimiento de adecuación a la ley nacional, exclusivamente reservada a las sociedades incluidas en el referido artículo 124 LGS. Resulta al respecto y cuanto menos sorprendente, que el Tribunal de Alzada no haya reparado que **de acuerdo con el artículo 268 de la Resolución General IGJ, el procedimiento de “adecuación” allí previsto está reservado exclusivamente para las sociedades incluidas en el referido artículo 124 LGS**, esto es y exclusivamente para aquellas compañías constituidas en el exterior “que tengan su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma”. (2) Precisamente, como consecuencia del haber la sociedad extranjera consentido el rechazo de su inscripción en el Registro Público, la Sala C de la Cámara Comercial entendió “abstracta la discusión acerca de si se configuraron o no los defectos que llevaron a la IGJ a desestimar tal registración”, manifestando en consecuencia que “La discusión que las partes han tenido en esta instancia carece entonces de todo sentido, desde que, como es claro, no es necesario que el tribunal se pronuncie acerca de si los estados contables acompañados fueron o no correctamente confeccionados...”. **Con ese simple argumento, basado en el imprevisto y sorprendente acatamiento por la sociedad “Luaran SAU” del rechazo de la inscripción de su adecuación, la Sala C de la Cámara Comercial evitó que dicha sociedad diera información sobre los movimientos comerciales de dicha sociedad, desde su constitución hasta su presentación en la Inspección General de Justicia;** (3) Dando siempre por cierto que la sociedad Luaran SAU no había realizado jamás operaciones ni actuaciones en la República, sobre lo cual no existe la menor prueba en el expediente administrativo, sino solo la afirmación del representante legal de dicha compañía, el Sr. José Antonio Aranda, la Sala C de la Alzada mercantil revocó la decisión de la IGJ – contenida en la resolución N° 497/2020 – de investigar la actividad que dicha sociedad había llevado a cabo con anterioridad, pues siguiendo con las argumentación del referido tribunal, con el rechazo de su inscripción, que estaba firme, la Inspección General de Justicia había puesto fin a su actuación en dicho expediente. Sostuvo al respecto el aludido tribunal de alzada, en otra “curiosa” interpretación basada en el hecho de que la autoridad de control “había consentido” que el trámite de inscripción

haya quedado concluido (?), que “no se advierte cual sería la consistencia del “proceso de readecuación” que, por hallarse “pendiente”, autorizaría a proceder a la aludida fiscalización estatal permanente”. Con ese insostenible argumento, el referido tribunal de alzada evitó para la sociedad “Luaran SAU”, la intervención en el caso del Banco Central de la República Argentina, Administración Federal de Ingresos Públicos y a la Unidad de Información Financiera, que tanto pareció molestar a la sociedad requirente. (4) Finalmente, y siempre partiendo de una base absolutamente falsa, esto es, que la sociedad Luaran SAU no realizó jamás un acto jurídico propio de su objeto en la Argentina – *lo cual es totalmente contradictorio con la naturaleza y objeto del trámite de adecuación iniciado ante la IGJ* -, la Sala C de la Cámara Comercial adoptó otra original interpretación de los hechos, sosteniendo que, en la mas pura realidad, la referida sociedad no debió iniciar un trámite de adecuación a la ley 19550, habiéndose equivocado gravemente la fundar su pretensión registral en los términos del artículo 268 de la Resolución General IGJ N° 7/2015 (readecuación de las sociedades incluidas en el artículo 124 de la ley 19.550 a los términos de esta ley), sino que se trataba, en puridad, de un procedimiento de “traslado de su domicilio a esta jurisdicción”, haciendo el Tribunal, **de oficio**, una especie de aplicación – sumamente original y conveniente para dicha compañía extranjera – de la regla del derecho conocida como *iura novit curia*, que permite a los jueces sustituir el derecho invocado por las partes a los fines de resolver un pleito. Claro está que a nadie, ni en la antigüedad ni en el derecho moderno, se le hubiera ocurrido otorgar idénticas facultades al magistrado interviniente para sustituir los hechos en lugar del derecho, pero ello no constituyó obstáculo alguno para que la Sala C de la Cámara Comercial resolviera como lo hizo, que reconoció expresamente en su resolución judicial del 7 de Septiembre de 2021, que estaba aplicando esa regla de derecho, sin dejar de admitir, no obstante, y en forma expresa, que “la decisión de la sociedad de acudir al procedimiento de adecuación previsto por el artículo 268 de la Resolución General IGJ N° 7/2015 había sido un desacierto, que es el que ha generado todo este conflicto”.

Además de lo expuesto, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial llegó a la “conveniente” conclusión que, declarada inexistente la presencia de fraude a la ley en los términos del artículo 124 de la ley 19550, “ninguna razón se presenta,

al menos desde la perspectiva de estas actuaciones, para mantener la intervención dada por la Inspección General de Justicia a entidades tales como el BCRA, a la AFIP y a la UIF, desde que no hay causa para lo propio. Por ello, teniendo en cuenta que la propia IGJ ha hecho efectiva antes de ahora tal intervención, corresponde ordenarle que comunique a las referidas entidades lo resuelto en esta decisión, y por ente la cesación de los motivos que justificaron aquella. Ello a fin de evitar innecesarios e injustificados perjuicios a la peticionante” (el subrayado es mío). Lamentablemente no se entiende cuales son los perjuicios que pudiera haber sufrido la sociedad Luaran SAU o su único accionista, el Sr. José Antonio Aranda, pues si – como dijo la Cámara -, toda la actividad de dicha sociedad se llevó a cabo en el extranjero y absolutamente ninguna en la República Argentina, nada tendría la misma que padecer en este país. Sorprendente manera de evitar los problemas a una sociedad que exhibió a este Organismo de Control y mediante “un trámite equivocado” un patrimonio de casi dos mil quinientos millones de pesos, conforme sus propios balances. Finalmente, y aunque ello parezca una simple anécdota, la Sala C de la Cámara Comercial, no obstante reconocer que la presentación efectuada por la sociedad Luaran SAU fue “un desacierto” y que éste fue la causa que generó todo el conflicto con la autoridad de control, impuso las costas “por su orden”, seguramente para evitarle también al Sr. Aranda y a su misteriosa sociedad “innecesarios e injustificados perjuicios”, que parece haber sido el norte de toda esa resolución judicial.

Si bien huelga todo comentario al respecto, pues mediante dicha resolución la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial le salvó la ropa al Sr. José Antonio Aranda, a quien le sugirió incluso como proceder en el futuro para inscribir en otra jurisdicción este trámite societario, pero tomando la precaución, en lo sucesivo de calificarlo como un mero “traslado de domicilio a esta jurisdicción”, para evitar cualquier intromisión estatal indebida, como la que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires había intentado ejercer la IGJ. De tal manera, quedó en el mayor de los misterios como se originó esa colosal suma de dinero que integra el patrimonio de Luaran SA, la cual, además, quedaría exenta de todo control posterior no solo de esta Inspección General de Justicia, sino del Banco Central de la República Argentina, Administración Federal de Ingresos Públicos y a la Unidad de Información Financiera. Basta al respecto preguntarse:

¿Puede ignorar un Tribunal “supuestamente” especialista en asuntos mercantiles, que la inscripción de una adecuación de una compañía externa a la ley nacional puede ser un eficaz instrumento de lavado de dinero, si el Organismo de Control no realiza un exhaustivo control de esa operación? La respuesta negativa se impone, porque aún derogada, la nota del artículo 3136 del Código Civil sigue siendo un imperativo insoslayable para todos los tribunales y organismos de control cuando éstos se encuentran frente a un acto fraudulento⁸.

Aunque parezca increíble, la ilegítima actuación de dicho Tribunal no finalizó con la aludida resolución de segunda instancia, pues como era de esperar ante semejante dislate jurisdiccional, la Inspección General de Justicia interpuso una vez más recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia, y como era de esperar, la Sala C de la Cámara Comercial lo rechazó, por lo que ahora el expediente se encuentra ante el Máximo Tribunal, por recurso de queja interpuesto por dicho Organismo, sin perjuicio de acumular las irregularidades acaecidas en el caso “Luaran SAU” a una denuncia que la Inspección General de Justicia ya tenía planteadas con anterioridad contra los integrantes de la Sala C de la Cámara Comercial, los Dres. Julia Villanueva y Eduardo Machin (la tercera vocalía está vacante desde hace años) y a la cual ya hemos hecho referencia en el caso de las Resoluciones IGJ N°s 34/2020 y 35/2020, referidos a la paridad de género.

Lamentablemente, las irregularidades incurridas por el Tribunal de Alzada no finalizaron 7 de Septiembre de 2021, con el dictado de tan ilegítima resolución, sino que otras anomalías se sumaron a las ya expuestas, pues en forma por demás inesperada, **la aludida resolución judicial de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 7 de Septiembre de 2021 fue suscripta por los Dres. Julia Villanueva y Pablo Damián Heredia, no habiendo éste último jamás integrado dicha Sala como vocal titular**, la cual, desde hace varios años se encuentra integrada por los Dres. Villanueva y Machin, pero no por el referido Pablo Damián Heredia, que integra la Sala D de dicho tribunal.

⁸ Expresó Vélez Sarsfield en la aludida nota que “sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que esta triunfase”.

Ante semejante irregularidad, la Inspección General de Justicia interpuso en tiempo y forma un incidente de nulidad y alternativa-mente, un recurso de revocatoria *in extremis* contra la resolución del 7 de septiembre de 2021, requiriendo la suspensión de los plazos procesales a los fines de la interposición del correspondiente recurso extraordinario. Dicho recurso de reposición fue fundado en el hecho de que dicha resolución judicial, como hemos expresado, no había sido suscripta por los dos únicos magistrados integrantes de la Sala C de la Cámara Comercial, Dres. Villanueva y Machín, sino que dicho tribunal había sido integrado – para esa emergencia - por el Dr. Pablo Heredia, titular, como hemos ya señalado, de la Sala D del mismo Tribunal, **sin haber contado nunca, la Inspección General de Justicia con la menor información sobre la nueva integración de la referida Sala.** Como era de esperar, pues la Sala C de la Cámara Comercial actuando más como parte que como un tribunal de justicia, decidió, en resolución del 13 de Septiembre de 2021, rechazar dichos recursos de nulidad y reposición *in extremis*, para lo cual invocó los siguientes fundamentos, basados en acontecimientos fácticos acaecidos en respectivo el expediente de apelación, totalmente desconocidos por el Organismo de Control:

a) Que en su primera presentación ante la Cámara por la sociedad Luanan SAU, al requerir medidas cautelares y el cambio de efectos del recurso de apelación interpuesto por dicha sociedad contra la resolución IGJ 497/2020, la entidad apelante había recusado sin causa al camarista Eduardo Machin, quien con posterioridad se inhibió de intervenir en la causa, ante lo cual y por presidencia del Tribunal, a través de un sorteo electrónico, procedió de inmediato a integrar dicha Sala con un magistrado titular de una Sala diferente, **lo cual solo notificó a la recusante y no a la Inspección General de Justicia,** a pesar de la obligación del tribunal de notificar por cédula a todas las partes, cuando se refiere a la integración del tribunal interviniente, por expreso y clarísimo mandato del artículo 135 inciso 15 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. **Debe aclararse que la propia Sala C reconoció expresamente no haber efectuado esa notificación a la Inspección General de Justicia,** pero para enervar esa tan conveniente omisión, pretendió justificarla de seguido invocando el hecho de que, por posteriores notificaciones efectuadas a dicho Organismo respecto de resoluciones dictadas por

dicho Tribunal en su nueva integración, jamás la Inspección General de Justicia hizo la menor cuestión sobre la presencia del Dr. Pablo Heredia en el aludido tribunal, argumento que resulta absolutamente descabellado, pues por algo el código de rito prescribe la necesidad de notificar personalmente o por cédula cualquier nueva integración del tribunal interviniente, no admitiendo notificaciones tácitas al respecto. **Resulta de toda evidencia que todas las resoluciones de la Sala C de la Cámara Comercial dictadas con la intervención del Dr. Pablo Damián Heredia resultan absolutamente nulas,** pues para así proceder se privó a la Inspección General de Justicia de la posibilidad de recusar a dicho magistrado, no siendo secreto para nadie, y menos en el ámbito de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que el suscripto, a título particular y antes de asumir el cargo de Inspector General de Justicia y en el ejercicio de la profesión de abogado, había iniciado tres denuncias ante el Consejo de la Magistratura contra el Dr. Pablo Heredia y los demás integrantes de la Sala D del referido Tribunal de Alzada, por mal desempeño de su cargo. De modo tal que no era una hipótesis de laboratorio sostener que el Dr. Pablo Heredia iba a ser recusado por la Inspección General de Justicia para intervenir en el caso “Luanan SA”, pero no obstante ello, la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial siguió adelante con su nueva integración, **a pesar de que, en el mismo escrito de interposición de recurso de revocatoria se procedió a recusar sin causa al mismo magistrado, lo que fue absolutamente ignorado – una vez mas – por el aludido tribunal.**

De modo tal que, habiendo quedado reducido el tribunal de alzada a un solo miembro por excusación del Dr. Eduardo Machin y **en forma totalmente subrepticia,** la presidencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial procedió cubrir una sola vacante de la Sala Interviniente, omitiendo hacer saber a la IGJ la existencia y oportunidad de ese sorteo digital, sino también la designación del nuevo integrante de dicho tribunal, la cual no fue notificada expresamente a la Inspección General de Justicia, organismo que ignoró la participación del Dr. Pablo Heredia en este expediente hasta recién dictada la resolución judicial del 7 de Septiembre de 2021. Planteado el incidente de nulidad correspondiente, en el cual el Organismo de Control recusó con causa al Dr. Heredia, la Cámara interpretó que con el traslado del memorial de agravios presentado por Luanan SA contra la resolución 497/2020, sin observaciones de la Inspección

General de Justicia, el incumplimiento incurrido por el Tribunal de notificar personalmente la nueva composición del mismo a este Organismo había quedado subsanada, rechazando todos los planteos efectuados contra la resolución del 7 de Septiembre de 2021, **todo ello con la firma de los magistrados Villanueva y Heredia**, no obstante que éste último había sido recusado en el mismo incidente de nulidad, planteo que ni siquiera se molestaron en considerar.

b) Como era de esperar, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en sendos fallos del 10 de Noviembre de 2021, rechazó los recursos extraordinarios presentados por la Inspección General de Justicia contra las resoluciones judiciales de fechas 7 y 13 de Septiembre de 2021, resoluciones que, aunque parezca increíble contó con las firmas de los Dres. Julia Villanueva y Pablo Heredia, el cual, ignorando totalmente lo ilegítimo de su actuación, no dudó en continuar interviniendo en el expediente, haciendo caso omiso de que el Organismo de Control lo había recusado en el incidente de nulidad promovido, una vez que se enteró de la indebida intervención del mismo en este expediente administrativo, el que se encuentra actualmente tramitando el respectivo recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Nunca más apropiado, para cerrar este tema, que volver al título de este trabajo: *Cosas veredes Sancho que non crederes*.

3) El caso “Inspección General de Justicia contra Boswill Sociedad Anónima contra Organismos Externos”.

El día 2 de Septiembre de 2020, la Inspección General de Justicia dictó la resolución particular n° 334/2020, en la cual declaró la irregularidad e ineficacia, a los efectos administrativos (facultad propia de dicho Organismo, otorgada por el artículo 6° inciso f) de la ley 22315) de un acto emanado de la sociedad extranjera denominada “Boswill Sociedad Anónima” titulado “Restitución y Transferencia a título de reconocimiento de simulación” y que fuera instrumentado mediante escritura pública. Asimismo, y en la aludida resolución, se procedió a intimar a dicha sociedad foránea, en la persona de su representante, a los fines de cumplir con la inscripción de la misma en el Registro Público, de conformidad con las prescripciones de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550.

El caso es muy simple: se trató de una sociedad *off shore*, consti-

tuida en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay durante el año 1991 por los dos hermanos y ciudadanos argentinos denominada “BOSWILL SOCIEDAD ANONIMA”, siendo importante destacar que se trataba de una sociedad constituida en los términos de la ley 11.073 de dicho país, conocidas como SAFI (abreviatura de “sociedad anónima inversora y de inversión”) ley que fuera derogada en el año 2012, habiendo sido, el objeto exclusivo de la creación de dicha sociedad, la de convertirla en titular registral de un inmueble sito en la ciudad autónoma de Buenos Aires, en la calle Victorino de la Plaza, en el conocido y exclusivo “Barrio River”. Dicha sociedad “extranjera” se convirtió en titular de dicho inmueble en el año 1998, cuando quien era su titular exclusivo y uno de sus socios le transfirió a la misma el dominio de dicho inmueble. Es también importante destacar que no obstante la celebración de dicha transferencia de dominio, ocurrida hace casi 25 años, la aludida sociedad, constituida y registrada en la República Oriental del Uruguay, se declaró “titular aparente” de dicha propiedad, manifestando quien compareció al acto escriturario de la aludida “Restitución y Transferencia a título de reconocimiento de simulación” otorgada el 26 de Junio de 2020 como representante de dicha sociedad, la persona quien era su anterior titular dominial y socio de la misma, el Sr. Lucio Niro, **quien expresó en dicho documento que la transferencia de dominio celebrada en favor de Boswill SA en el año 1998 había constituido un acto simulado, reconociendo asimismo que él siempre había sido el verdadero dueño de dicha propiedad, y que había ejercido la posesión del mismo sin solución de continuidad desde su misma adquisición.**

Es oportuno señalar que esta inusual operación de transferencia del inmueble sito en la calle Victorino de la Plaza de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se enmarcó en la ley 27.260 conocida como “Ley de Sinceramiento Fiscal”, asumiendo el Sr. Lucio Niro en los términos del artículo 39 de dicha ley, la obligación de transmitir el bien objeto de la presente en favor del “sujeto sincerante”, según la terminología utilizada por dicha ley. Es importante asimismo referirse a algunas características y términos de la aludida escritura pública de “Restitución y Transferencia a título de reconocimiento de simulación”, instrumentada en la escritura N° 268 del 26 de Junio de 2020, en el mismo registro notarial en el cual se había instrumentado, en el año 1998 la anterior transferencia del inmueble a la aludida so-

ciudad *off shore*, en cuanto allí se afirmó lo siguiente: “... La sociedad BOSWILL SA restituye y transfiere a título de **“reconocimiento de simulación”** y **“sin contraprestación alguna”**, y siempre en los términos establecidos por la Ley de Sinceramiento Fiscal aludida, el derecho de propiedad y dominio sobre el bien mencionado en favor del Sr. Lucio Niro, quien como representante de dicha sociedad extranjera afirmó: (i) Que el presente acto de administración no es extraordinario y que la parte transmitente no se encuentra en cesación de pagos, ni con pedido de concursos o quiebra solicitado por terceros acreedores o por ella misma; (ii) Que la sociedad BOSWILL SA no está inhibida para disponer o gravar sus bienes; (iii) Que la resolución social que dispuso el otorgamiento del acto de reconocimiento de simulación, sin contraprestación alguna, fue adoptada en forma unánime con quórum y mayoría del cien por ciento (100 %) del capital social con la presencia de la totalidad de los accionistas; (IV) Que la sociedad BOSWILL SA solo reconocía como único acreedor a un tercero, quien facilitó a dicha sociedad la suma de U\$S 70.000, garantizado con hipoteca, conforme escritura pública...”. Finalmente también se aclaró, en la escritura pública de “Restitución y Transferencia a título de reconocimiento de simulación” del 26 de Junio de 2020, que los Sres. Lucio Niro y su hermano, Ángel Mario Niro, por derecho propio eran los exclusivos propietarios de la totalidad de las acciones en que se representa el capital social de dicha sociedad, reconociendo y aceptando, entre otras cosas, que la decisión actual de transferir el inmueble objeto del acto a su “verdadero dueño” por “reconocimiento de simulación” resulta una simulación lícita, no es contraria a la ley ni afecta los derechos de terceros.

Mediante la Resolución IGJ N° 334/2000, la Inspección General de Justicia llegó a la conclusión que la sociedad BOSWILL SA era una sociedad constituida en el exterior que debía quedar necesariamente incluida en los términos del artículo 124 de la ley 19550, pues se trataba de una sociedad cuyos únicos y exclusivos socios eran argentinos, residían en el país y que la misma era titular de un inmueble ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, en la cual residía desde el año 1993 su verdadero titular, quien era uno de los dos integrantes de la aludida compañía externa. Entendió asimismo dicho Organismo de Control que habida cuenta la naturaleza de dicha sociedad y el hecho de que la misma no había resuelto ni inscripto su adecuación a la ley argentina, en los términos

del artículo 268 de la Resolución General IGJ N° 7/2015, el documento público del año 2020 transcribía solo una mera manifestación unilateral del representante de la sociedad, la cual resultaba absolutamente inoponible a terceros, por no encontrarse inscripta dicha sociedad en el registro mercantil local, lo cual hizo extensivo a la transferencia del inmueble por ella efectuado, concluyendo el Organismo de Control en la aludida resolución N° 334/2020, que esa operación y reconocimiento de simulación entrañan una mera convención entre particulares que no puede dejar sin efecto leyes en cuya observancia esté interesado el orden público, a tenor de lo dispuesto por el artículo 12 del Código Civil y Comercial de la Nación, como lo son el régimen de extranjería previsto por los artículos 118 a 124 de la ley 19.550; el régimen de protección a terceros previstas por el citado ordenamiento unificado y por la propia ley de sociedades, de modo tal que el acto a título gratuito celebrado por dicha sociedad en favor de quien se dice su verdadero titular, aún si fuere cierto que tiene su antecedente en una simulación, deben serle aplicadas, de todas maneras, las normas societaria de protección de terceros previstas en los artículos 107 y 109 de la ley 19.550, pues de otro modo se configuraría una violación a lo dispuesto por el artículo 12 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ante ello y no sin citar lo dispuesto por la nota del artículo 3136 del derogado Código Civil, totalmente aplicable al caso, la Inspección General de Justicia declaró la irregularidad e ineficacia a los fines administrativos de ese acto de “Restitución y Transferencia a título de reconocimiento de simulación”, instrumentada en la escritura pública N° 268 del 26 de Junio de 2020 e intimó a la sociedad BOSWILL SA para adecuar su estatuto a las prescripciones de la ley nacional, cumpliendo en lo pertinente con las disposiciones del Capítulo IV del Título III del Libro III de la Resolución General N° 7/2015.

Apelada dicha resolución y como no podía ser de otra manera, la cuestión recayó una vez más en la omnipresente Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial, la cual revocó dicha resolución administrativa el día 15 de Julio de 2021. Los fundamentos para así decidir por el Tribunal de Alzada fueron los siguientes:

a) Que si bien las modalidades o mecanismos del “Sinceramiento fiscal” previstos por la ley 27.260, en cuanto admitió la posibili-

dad de declarar como propios determinados bienes que aparecieran a nombre de terceros (arts. 37 y 38 de la mencionada ley y decretos 895/2017 y 1206/2017) - en el caso, de una sociedad comercial extranjera -, tales procedimientos no implicaron la modificación de las normas de la ley 19.550 en términos que permitan licuar el patrimonio de una sociedad, atribuyendo por esa vía sus bienes a otros sujetos, sin cumplir con las normas previstas por la ley 19550 en protección de terceros. Tal afirmación, que la propia Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial autocalifica como “incuestionable”, solo se encuentra avalada por los términos de la resolución del tribunal de alzada y – como no podía ser de otra manera -, no encuentra el menor respaldo en legislación nacional alguna, pues es de toda evidencia que la enajenación de la totalidad de los bienes de una sociedad – como en el caso – sin contraprestación alguna, como surge del aludido documento de “Restitución y Transferencia a título de reconocimiento de simulación”, deja sin patrimonio a dicha sociedad, siendo de orden público las normas que, ante supuestos de reducción de capital social (arts. 203 y 204 LGS) o distribución parcial de bienes en la etapa liquidatoria (art. 107 LGS), otorgan expresas medidas de protección a terceros, para evitar que la garantía que implica el capital social para los mismos, en torno a la percepción de sus créditos quede totalmente desvirtuada y desnaturalizada, máximo cuando, como en la especie, el único bien que tenía la sociedad “uruguaya” Boswill SA era una casa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia y a pesar de la excelente opinión que el Tribunal de Alzada tiene de sus propias manifestaciones y conclusiones, a las que califica como “incuestionables”, lo cierto es que la publicación de edictos y el derecho de oposición de los terceros previstas en las referidas normas de la ley 19550 no pueden quedar borradas de un plumazo merced a singulares procedimientos de la ley de blanqueo del año 2016, conforme a los cuales la mera declaración del “verdadero” dueño de una propiedad coloca a su nombre la titularidad de la misma, que estaba registrada a nombre de una sociedad, que – además de extranjera y *off shore* -, aquel era su “controlante” y quien había habitado la misma durante todo el tiempo en que la referida propiedad estuvo registrada a nombre de dicha compañía externa.

b) A renglón seguido, sostuvo dicho tribunal que, independientemente de aquel argumento, la Inspección General de Justicia no

tiene competencia para juzgar inoponible la personalidad de ninguna sociedad, ni por ende, para hacer lo propio con sus actos y mucho menos respecto de actos entre particulares. Sostuvo textualmente dicho tribunal que “(...) ningún organismo estatal, ni judicial ni administrativo, podría haber dictado ese acto sin cumplir con la garantía constitucional del debido proceso”. Esta afirmación tampoco surge de ninguna norma legal ni existe, en la ley 19550, disposición alguna que prohíba a la Inspección General de Justicia declarar inoponible un acto societario, sino que, y muy por el contrario, los artículos 18 a 20 del mismo ordenamiento legal, al prescribir que las sociedades de objeto ilícito, actividad ilícita y actividad prohibida son nulas de nulidad absoluta, remiten a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 387 dispone que, tratándose de actos de nulidad absoluta, **“la nulidad puede ser declarada por el juez, aún sin mediar petición de parte, alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho...”**, resultando absolutamente indiscutible que dentro del concepto de “cualquier interesado”, que hemos querido destacar mediante letra cursiva, se encuentra la Inspección General de Justicia, que es el Organismo Estatal expresamente autorizado para el control y fiscalización de las sociedades nacionales o extranjeras que intervengan en el tráfico mercantil de la República Argentina (ley 19.550 y 22.315). De modo tal que si la ley 22.315 en el artículo 6º inciso f) faculta a la Inspección General de Justicia a “a declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, el estatuto o el reglamento”, mal puede hacerse la distraída cuando toma conocimiento de la existencia de un acto societario que causa evidentes perjuicios a terceros, cuya existencia el propio “simulante” o nuevo dueño de la propiedad, declaró expresamente conocer y detallar en el mismo instrumento público en el que formuló su declaración unilateral de voluntad, autoproclamando la titularidad de dicho inmueble y declarando simulada su anterior transferencia en favor de la sociedad Boswill SA.

Concretamente, la Inspección General de Justicia hizo estricto honor a la regla prevista en la nota al artículo 3.136 del derogado Código Civil, evitando no solo el deshonor de cerrar sus ojos ante una conducta fraudulenta, sino también - y fundamentalmente - impedir que una actuación simulada, cuya declaración de nulidad abso-

luta se impone, pudiera triunfar. Por el contrario, mal puede jactarse la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial haber “abierto los ojos” ante el expreso reconocimiento de un acto simulado, como lo fue, por contundente manifestación del autor de esa actuación prohibida, la adquisición por la sociedad “Boswill SA” de un importante inmueble en el año 1998, **que permaneció registralmente a nombre de dicha sociedad por casi veinte años, quedando fuera del patrimonio de su verdadero dueño, lo cual constituye cuanto menos, una grave infracción con lo dispuesto por los artículos 242 y 743 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reiteran el principio de la universalidad del patrimonio, conforme al cual, el patrimonio del deudor constituye la prenda común de sus acreedores.** Llama la atención que, en lugar de poner sus ojos en dicha cuestión, el Tribunal de Alzada se haya detenido en el análisis y los alcances de los artículos 54 y 124 de ley 19.550, a los cuales le conceden limitadísimos alcances y lo privan de sus mas trascendentes efectos, como ha quedado demostrado en el caso “Inspección General de Justicia contra Veritran Holdings Ltd.”, que también será objeto de algunos comentarios en el siguiente parágrafo.

c) Finalmente, no puede dejar de sorprender desagradablemente el incomprensible malestar que a la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones le provocó el hecho de que la Inspección General de Justicia haya iniciado estas actuaciones de oficio, por haber tomado conocimiento de la existencia de la escritura de “Restitución y Transferencia a título de reconocimiento de simulación”, instrumentada en la escritura n° 268 del 26 de Junio de 2020 y además, que al hacer objeto de investigación a esta actuación simulatoria, este Organismo haya – a su juicio - violado el secreto tributario propio de toda documentación efectuada en el marco del “sinceramiento fiscal” previsto en la ley 27.260, todo lo cual lleva a la conclusión que dicho Tribunal ignora cual ha sido el fundamento de la creación de la Inspección General de Justicia en el año 1893 y cual es el alcance de sus funciones, al considerar que cualquier actuación de particulares, por mas que modifique, altere o viole los procedimientos previstos por la ley 19.550, ella siempre será ajena al control estatal sobre el funcionamiento de las personas jurídicas, de evidente interés nacional y público. **Poco importa si las actuaciones fueron iniciadas de oficio cuando hay una escritura pública que reconoce la existencia de**

un acto simulado y ella es exhibida para inscribir en el registro inmobiliario una transferencia de dominio bajo la titularidad de quien se dice su verdadero dueño sin otro título que su manifestación unilateral plasmada en la aludida escritura pública. Del mismo modo, nada importa que, para evitar la concreción de daños a terceros (conducta que es impuesta obligatoriamente por los artículos 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial a todo ciudadano y obviamente a todo organismo), se ignore el secreto fiscal que es inherente a una actuación tributaria, cuando la misma involucra, como en el caso, la consecución de una actuación ilícita, despojando a una sociedad de todo su patrimonio, sin proceder a acto liquidatorio alguno.

Como es de imaginar, la Sala C de la Cámara Comercial rechazó en el caso “Boswill SA” el recurso extraordinario interpuesto por la Inspección General de Justicia y el expediente se encuentra actualmente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por vía de recurso de queja. Resulta de toda evidencia, que dicho Tribunal no quiso abrir ninguna puerta que pudiera afectar la validez de la ley 27.260 de “sinceramiento fiscal” ni la responsabilidad de quienes efectuaron, permitieron o facilitaron esos actos simulados, a quienes sus integrantes protegen sin el menor disimulo.

4. El caso “Inspección General de Justicia contra Veritran Holding LTD sobre Organismos Externos”.

Mediante la Resolución IGJ N° 66/2022 del 1° de Febrero de 2022, la Inspección General de Justicia resolvió no hacer lugar a la inscripción requerida por la sociedad extranjera “VERITRAN HOLDING LTD”, en el Registro Público, en los términos del art. 123 de la Ley 19.550 y para así decidir, tuvo en cuenta fundamentalmente que dicha sociedad encuadraba en los términos del art. 124 de la ley 19550 LGS y no en el art. 123 de la misma, toda vez que la misma reunía todos los requisitos previstos en el primer párrafo del art. 124 para considerar a la misma como una sociedad local, requisitos que – en otro orden de cosas - fueron expresamente reconocidos por la compañía requirente. Este encuadramiento en el art. 124 LGS. por parte de sociedades constituidas en el extranjero que pretenden su inscripción en los términos del artículo 123 de la misma ley ya había sido objeto de una extensa y fundamentada resolución por

la misma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E del 4 de Septiembre de 2012, fallo continente de muy sólidos fundamentos y que contó con el dictamen en el mismo sentido de la Sr. Fiscal de Cámara, Dra. Alejandra Gils Carbó en el precedente denominado “Inspección General de Justicia c/ Synfina S.A. s/ Organismos independientes”.

En el caso, se trataba, la sociedad requirente, “Veritran Holding Ltd.” de una sociedad *off shore*, constituida en las Islas Vírgenes Británicas en el año 2016, por dos ciudadanos argentinos, uno de los cuales revestía el carácter de director, socio mayoritario y beneficiario final de la misma y ambos socios tenían su domicilio real en la República Argentina. Posteriormente, al momento del pedido de inscripción en el registro local, en los términos del artículo 123 de la ley 19550, la sociedad “extranjera” contaba con 13 socios, de los cuales ocho eran argentinos, con domicilio en el país, los cuales representaban el 71,8 por ciento de su capital social. Entre los documentos acompañados a la Inspección General de Justicia en el pedido de inscripción de dicha sociedad, en los términos del artículo 123 de la ley 19.550 se destacaban los siguientes: 1) El acta del órgano de administración de dicha sociedad, en la cual la misma resolvió su instalación en la Argentina, la designación de su representante y la constitución de un domicilio en este país, comenzaba con la frase “En la Ciudad de Buenos Aires...”, lo cual revelaba que esa decisión de la sociedad no se había tomado en su país de origen sino en la República Argentina y 2) El proyecto del plan de negocios a realizar en nuestro país, que se circunscribía a participar accionariamente en la sociedad local denominada “Veritran Sociedad Anónima”, adquiriendo el 95 por ciento de las acciones de la misma. Es importante destacar también que esta sociedad nacional había sido constituida en el año 2005 por los mismos socios que la sociedad “Veritran Holding Ltd”, a la cual, posteriormente, se incorporaron las mismas personas que se denunciaron como accionistas de la compañía constituida en las Islas Vírgenes Británicas. Asimismo, conforme al referido plan de negocios presentado por la sociedad Veritran Holding Ltd. a la Inspección General de Justicia, esta entidad externa omitió denunciar la sede social de la sociedad nacional, así como también omitió informar cuales son los restantes socios de la misma luego de la incorporación de los nuevos socios, todo lo cual constituye información indispensable para la inscripción de una sociedad constituida

en el extranjero en el registro mercantil local, conforme lo dispone el artículo 3º de la Resolución General IGJ N° 8/2021, sin mencionar tampoco, en ninguna parte del dictamen de precalificación en el referido trámite, el objeto social de la sociedad extranjera.

Con base en esos antecedentes, la Inspección General de Justicia llegó a la conclusión de que los dos socios originales de ambas sociedades, de nacionalidad argentina y residencia real en el país, eran quienes ejercían el control final de ambas sociedades, en las cuales también revisten el carácter de “beneficiarios finales”, resultando claro, por todos esos datos, que la constitución de la aludida sociedad extranjera *off shore* en una guarida fiscal conocida internacionalmente por su extrema opacidad y utilización para todo tipo de actividades, conforme información emanada de los Panamá Papers, Paradise Papers y Pandora Papers, constituía un acto celebrado en fraude a la ley nacional, pues era palmario que la intención que tuvieron los fundadores y “beneficiarios finales” de ambas sociedades era ocultar el patrimonio personal de los socios de la compañía local, defraudando los intereses de terceros, ya que, realizada esta maniobra, la sociedad foránea aparecerá frente a los mismos como integrante de la sociedad nacional y no sus socios a título particular, evadiendo la responsabilidad que imponen los artículos 242 y 743 del Código Civil, que, como hemos ya señalado en párrafos anteriores, consagran el principio general de derecho y base fundamental del derecho patrimonial, conforme al cual el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores. Todo ello, sumado al hecho de que la pretensa sociedad extranjera no brindó la menor información sobre la actividad que la misma realizaba en el exterior, la Inspección General de Justicia denegó la inscripción de la sociedad “Veritran Holdings Ltd.” en los términos del artículo 123 de la ley 19.550.

Interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución administrativa, **una vez mas** la Cámara Comercial efectuó el consabido “sorteo” para adjudicar la causa a una Sala de dicho Tribunal, y – curiosamente -, le tocó en suerte entender en dicho recurso a la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. En el correspondiente recurso de apelación, la sociedad “Veritran Holding Ltd.”, si bien invocó arbitrariedad por parte del Organismo de Control respecto de cómo fueron consideradas las bases fácticas de su accionar, reconoció expresamente la calidad de argentinos tanto de

sus socios como de sus beneficiarios finales, **no adjuntando ningún tipo de documentación que acreditara sus dichos en relación a su actividad en el exterior**, lo que hace presumir que esa actividad era inexistente. Invocó también la sociedad recurrente la ilegalidad manifiesta en el procedimiento administrativo de inscripción de dicha sociedad, sosteniendo este argumento con base en la inexistencia de “vistas” por parte de la IGJ a dicha sociedad con anterioridad al dictado de la Resol. IGJ N° 66/2022, lo que consideró violatoria de derechos constitucionales como los de defensa en juicio y legalidad, invocando a su turno la procedencia de supuestas normas de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 que la Inspección General de Justicia no habría respetado.

Como era de esperar, por resolución judicial del 29 de junio de 2022, el referido Tribunal de Alzada acogió al recurso de la pretensa sociedad extranjera y revocó la resolución particular N° 66/2022 de la IGJ, imponiendo a este Organismo las costas de la instancia recursiva, sin reiterar, en este caso, los argumentos que, en los fallos anteriores, había impuesto las costas por su orden, que resultaban perfectamente al caso que nos ocupa. Para fundar su fallo, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial expresó que la Inspección General de Justicia carece de facultades para impedir que una sociedad extranjera haga uso de “los instrumentos” que consideren adecuado para su planificación económica, resaltando que este Organismo de Control exhibe una clara “aversión” a la actuación transnacional de las sociedades comerciales, ignorando sin embargo los extremos reconocidos por la propia recurrente en el trámite de inscripción ni merituando la ausencia total de pruebas que desvirtúen la razonabilidad de los extremos documentados en el trámite que finalizó con el dictado de la Resolución IGJ N° 66/2022. Por el contrario, y mediante meras afirmaciones dogmáticas, basadas en consideraciones generales en materia de inversiones extranjeras o la nula influencia de las resoluciones de la IGJ en esta materia que implican aislar a la República Argentina del mundo de los negocios, **surge evidente del Tribunal interviniente una singular toma de posición carente de toda imparcialidad por parte de los magistrados concernidos en esta causa, llegando al extremo de suscribir el fallo la Dra. Julia Villanueva, que se encontraba recusada sin causa**, lo cual provoca la nulidad absoluta de ese pronunciamiento, pues solo queda el voto del Dr. Eduardo Machin, con requerimiento

previo de la Inspección General de Justicia y pendiente de resolución de “excusación por graves razones de decoro y delicadeza”, aspecto sobre el cual este magistrado guardó absoluto silencio.

En definitiva, los argumentos utilizados por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial para revocar la Resolución IGJ N° 66/2022 de la Inspección General de Justicia fueron los siguientes: a) La IGJ no respetó las mas mínimas reglas que rigen el debido proceso, como se infiere del hecho de que la decisión que se impugna fue dictada sin dar a la perjudicada ninguna audiencia y sin respetar siquiera las etapas internas del procedimiento, lo cual constituye un argumento falso pues, como es sabido, en los trámites de inscripción de sociedades o actos societarios, en los cuales la sociedad requirente encuadra normativamente su pedido de registración y acompaña la documentación correspondiente, pero como lo prescribe la Resolución General IGJ N° 7/2015, no existe el menor trámite contradictorio en lo procedimientos de inscripción de sociedades, tanto nacionales como extranjeras. En el caso, la sociedad “extranjera” Veritran Holdings Ltd. acompañó la documentación requerida por los artículos 245 y siguientes de la aludida resolución y el Organismo de Control, luego de estudiar los antecedentes del caso, procedió a rechazar la toma de razón pretendida, mediante una resolución fundada en derecho, sobre la base de los antecedentes normativos vigentes y los precedentes judiciales y del mismo organismo. Al respecto, es tan palmario el desconocimiento por parte de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de los procedimientos de inscripción de actos societarios en el Registro Público, que dicho tribunal llegó a sostener en dicho decisorio, que la Resolución IGJ N° 66/2022, que denegó la inscripción de Veritran Holdings Ltd. en dicho registro, es por su contenido, “de índole jurisdiccional” (?), cuando es de toda obviedad concluir que el rechazo de una inscripción en el Registro Público es una decisión administrativa que corresponde adoptar al encargado de ese registro, esto es, y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia; b) A mayor abundamiento, argumentó la Sala C de la Cámara Comercial que “... la inscripción fue rechazada porque la IGJ prefiere que la sociedad local siga integrada por personas humanas en vez de serlo por la sociedad extranjera constituida por ellas, para la cual proporcionó fundamentos que no solo no coadyuvan al cumplimiento de aquellos estándares internacionales, sino que los

contradice, enrolando a la República en posiciones que perjudican su integración con esa comunidad internacional que ampliamente acepta estas herramientas”, lo cual constituye otro argumento inverosímil, pues, además de no tratarse de “preferencias” del Organismo de control, **nadie puede ignorar las diferencias que existen cuando una sociedad es integrada por personas humanas que por una sociedad constituida por las mismas, en especial cuando dicha sociedad fue constituida en el extranjero, y en particular en las Islas Vírgenes Británicas, de tan amplia y triste fama en materia de opacidad, generación de actos ilícitos y delitos internacionales de toda índole.** La Cámara olvidó asimismo que la causa de todo contrato de sociedad es la producción e intercambio de bienes y servicios para distribuir sus ganancias entre los socios (art. 1º de la ley 19.550) y no para configurar un escudo protector de la ilegalidad, constituida a los fines de repeler, mediante un mecanismo societario ficticio, las acciones judiciales que pretendan iniciar los acreedores sociales contra los socios de dicha entidad, mediante el mecanismo del artículo 54 ter. de la ley 19550 o los acreedores particulares de los socios previstas en el artículo 57 segundo párrafo de dicha normativa legal, conforme al cual “En las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades por acciones se pueden hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas”, pues en el primer caso, tratándose de ciudadanos argentinos con domicilio en la República, las acciones personales contra ellos resulta mucho más sencilla que cualquier acción que se intente contra una sociedad extranjera controlante – en especial tratándose de una sociedad *off shore* – para las cuales su jurisdicción de origen se asegura muy bien de – cuanto menos – dificultar las notificaciones y citaciones judiciales dirigidas desde un país extranjero a la sede social de dicha compañía. **Estos razonamientos son tal elemental que sorprende que el referido Tribunal de Alzada – supuestamente especializado en asuntos mercantiles, entre los que se encuentran las que involucran al funcionamiento de sociedades comerciales – pueda asimilar a una sociedad con una “herramienta”,** concepto que, en ninguno de los significados previstos en el Diccionario de la Real Academia Española, tiene absolutamente nada que ver con un contrato, como es la sociedad y mucho menos predicar, como lo ha hecho la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en su resolución del 29 de Junio de 2022, que “los riesgos que en ellas advierta el Organismo, no puede

ser enervada por vía de “mecanismos preventivos” que conduzcan al país al ostracismo, lo cual ocurrirá si no se percibe que los capitales, que giran en un mundo sin fronteras, buscan confiabilidad, valor que se traduce, en lo que interesa ahora, en que los operadores experimentan la necesidad de prácticas uniformes y los inversores, a su vez se inclinan por aquello que mejor conocen”, lo cual constituye un inadmisibles razonamiento que justifica lo injustificable, pues los valores de corrección, honestidad y decencia – propias de toda actuación humana – deben ser, para la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sacrificados en el altar de la libre circulación de los capitales por el mundo, cualquiera fuera su origen, siendo no menos evidente que la Inspección General de Justicia, a juicio del referido tribunal de alzada, no debe contribuir a esa imperiosa necesidad de “confiabilidad” que predica la referida Sala C de la Cámara Comercial, apta para evitar el ostracismo de nuestro país en el tráfico mercantil internacional, **cuando se trata de “capitales” que de extranjeros no tienen absolutamente nada, toda vez que mal puede hacerse referencia a ellos cuando quienes integran la sociedad constituida en el extranjero son ciudadanos argentinos, con domicilio real en Argentina y cuya actividad comercial será desarrollada en nuestro territorio.**

Al respecto, la Sala C de la Cámara Comercial debería recordar que la sociedad no es ni puede ser jamás un “instrumento adecuado” que pueda ser utilizado por las personas “para su planificación económica”, ni siquiera cuando ellos son, como se expresa en la resolución del 29 de Junio de 2022 “ampliamente aceptados en el mundo para canalizar los más diversos propósitos lícitos, utilizándose, entre otras cosas, como herramientas fundamentales para canalizar reorganizaciones empresarias y como mecanismos idóneos para aislar riesgos vinculados con inversiones y proyectos, todo lo cual es, obviamente, también lícito en nuestro país”. Ello constituye un contundente aunque inadmisibles reconocimiento de la posibilidad de constituir sociedades, no para intervenir en la actividad económica de un país, sino para evitar los riesgos que implica la concreción de inversiones y proyectos, actuación que muy lejos se encuentra de la licitud que predica el referido tribunal de comercio, pues ellos constituiría – como mínimo – un “fin extrasocietario” o un “fin ajeno a la persona jurídica” previsto por el artículo 54 in fine de la ley 19.550 y 144 del Código Civil y Comercial de la Nación y

merecería – como máximo – la sanción de nulidad absoluta, como lo disponen los artículos 18 y 19 de la Ley General de Sociedades.

Pues bien y sin perjuicio del recurso extraordinario interpuesto por la Inspección General de Justicia contra dicha resolución, dicho Organismo promovió de inmediato a su dictado un incidente de nulidad de ese acto jurisdiccional, **pues dicha resolución fue suscripta por la Dra. Julia Villanueva, que se encontraba recusada sin causa en tiempo y forma oportuna por la Inspección General de Justicia, magistrada que ignoró absolutamente dicha circunstancia y actuó como si nada hubiera sido planteado al respecto, suscribiendo dicha resolución junto con su colega Eduardo Machin.**

INCREÍBLE PERO CIERTO.

5. El caso “Inspección General de Justicia contra Villrey Corp. Sociedad Anónima sobre Organismos Externos”.

En este caso, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 21 de diciembre de 2021 exhibió sin disimulos su animadversión por la labor de la Inspección General de Justicia en el ejercicio de las funciones específicas conferidas por la ley 22.315 en materia de control de la actuación de sociedades nacionales o extranjeras en la República Argentina. Se trataba, en el caso, de un pedido de “adecuación” de la sociedad Villrey Corp. Sociedad Anónima”, que, si bien había sido constituida en el extranjero, reconoció encontrarse comprendida en la norma del artículo 124 de la ley 19.550, esto es, como una sociedad constituida en fraude a la ley nacional.

La Inspección General de Justicia dispuso, luego de leer los antecedentes del caso, que correspondía someter la dicha sociedad a la fiscalización permanente respecto de sus actividades en el país, como expresamente lo autoriza el artículo 301 inciso 2º de la ley 19550. Asimismo y no contando dicha sociedad con una sede social efectiva ni con libros rubricados, por tratarse de una sociedad constituida en el exterior por ciudadanos residentes en la Argentina, cuya actividad en el país consistía en la ser titular exclusiva de dos inmuebles donde residían sus socios, resolvió asimismo promover acciones judiciales de disolución y liquidación, fundado en la inactividad de dicha soci-

dad, merituando especialmente el resultado de la inspección que el mismo Organismo había dispuesto oficiosamente practicar en la sede social inscrita de dicho ente, diligencia que había demostrado que en el edificio respectivo jamás se había domiciliado la sociedad Villrey SA. En definitiva y en este caso, la Inspección General de Justicia solo resolvió someter a dicha sociedad a una fiscalización permanente, para lo cual está legalmente facultada y promover una acción judicial por disolución y liquidación de la misma, pues el hecho de promover esta acción no implica ni puede hacerlo jamás, que dicha entidad no resulte controlada por el Organismo Estatal encargado de hacerlo.

Existen innumerable cantidad de precedentes, incluso de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que sostienen que las cuestiones relativas a la procedencia de la demanda de disolución y liquidación que habría de promover el Organismo de Control contra la sociedad agraviada, deben ser analizadas por el juez que le corresponda intervenir en el proceso, pues el dictado de un pronunciamiento en estas actuaciones por la Alzada podría importar incurrir en prejuzgamiento sobre materias que deberán ser sometidas a la consideración del juez que resultará competente⁹, pero

9 CNCom, Sala E, Junio 7 de 2002, en autos “Inspección General de Justicia contra Implico Developer SA sobre Organismos Externos”; ídem, Sala E, Noviembre 15 de 2021, en autos, “Inspección General de Justicia contra Jade Investment Holding LLC sobre Organismos Externos”; Ídem Sala A, Agosto 5 de 2021 en el expediente “Inspección General de Justicia contra Inversora GMT SAS sobre Organismos Externos”; ídem, (conf. esta CNCom., esta Sala A, 05.08.2021, “IGJ c/Inversora GTM SAS s/ Organismos Externos”; arg. CSJN., 17.7.96, “Líneas Aéreas Wilson S.A. Lawsa c. Provincia de Catamarca”; esta CNCom., esta Sala A, 24.08.05, “Banco Río de la Plata S.A. c. Rodríguez Alberto y Otro s. Ejecutivo”; 06.11.08, “Spezzano María Lorena c. Banco Hipotecario SA s. ordinario”; íd., 19.12.08, “Aguero Blanca Azucena c. Interreditos Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Limitada s. ordinario”; íd., Sala C, 29.12.95, “C.A.B.I.E. c. Bco. Ciudad de Buenos Aires”; íd. íd., 31.5.93, “Ciceri Raúl c. Arte Gráfico Argentino”; íd. íd., 5.7.90, “Solari de Benson Ana c. Bco. General de Negocios S.A.” y sus citas; íd. Sala D, 30.6.95, “Plastestiba S.A. c. Bco. Extrader S.A.”; íd., íd., 7.11.90, “Asociación Atlético Argentinos Juniors c. Bco. del Interior y Buenos Aires”; íd., íd., 7.5.82, “Gorbarán, Felipe c. J. Vázquez Iglesias S.A. y otros”; íd. Sala E, “Sallyde Costa Alba c. Invercred S.A.”; íd. íd., 28.12.89, “Zambelli, Gustavo c. Ancarfin S.A.”; íd. íd., 17.6.87, “Castro Jorge c. Sanjurjo Baltasar”; CNCivil, Sala F, 24.8.95, “Saracco, Beatriz c. Otto Garde y Cía. S.A.”, L.L. 6.6.95, etc.).

ello fue totalmente ignorado por el referido tribunal, con el argumento de que si bien la anunciada promoción de las acciones judiciales de disolución y liquidación de la sociedad Villrey SA por parte de la autoridad de control no había sido iniciada, “las personas tienen el derecho a no ser molestadas arbitrariamente por el Estado y a no ser sometidas a procesos de inquisición, no siendo lícito que la Inspección General de Justicia utilice su poder de dictar actos administrativos para importunar y molestar a las personas, inmiscuyéndose injustificadamente en sus vidas privadas, sin ningún interés público que lo justifique y con grosera violación de su derecho de defensa...”.

Poco importó para la Sala C de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de que se tratara, la sociedad Villrey SA, de una sociedad constituida en fraude a la ley, incluida en los términos del artículo 124 de la ley 19.550, ni que la misma careciera de domicilio social, por haber desaparecido de la sede social o tratarse de un domicilio inventado o que dicha entidad careciera de libros de comercio. Nada de ello justificaba, a juicio de dicho Tribunal, la ampliación de su fiscalización, en los términos del artículo 301 inciso 2) de la ley 19.550 ni la promoción de acciones judiciales de disolución y liquidación, por carecer de actividad alguna y de domicilio, que es precisamente uno de las circunstancias tenidas en cuenta por los tribunales mercantiles para tornar procedente dichas acciones disolutorias. Tampoco importó al Tribunal el hecho de que dicha sociedad solo fuera titular registral de dos inmuebles donde residían sus socios. Lo verdaderamente trascendente del caso fue el derecho de la sociedad Villrey SA y de las personas que estaban detrás de la misma, de no ser molestada por el Estado, aún cuando las mismas habían violado la ley nacional desde la misma constitución de la aludida entidad, prefiriendo constituir la e inscribirla en el registro mercantil de un país vecino en lugar de hacerlo en el lugar donde correspondía en derecho, que era en la República Argentina. No es de extrañar entonces el título de esta nota: *Cosas veredes Sancho que non crederes*.

El caso “Inspección General de Justicia contra Mercados Energéticos Consultores SA sobre Organismos Externos” y el decisorio dictado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 13 de mayo de 2022.

Se trató este caso de un recurso de apelación en los autos “Inspección General de Justicia contra la sociedad “Mercados Ener-

géticos Consultores SA sobre Organismos Externos” que lleva el n° COM 1244/2022/CA01 y en el cual no podía estar ausente la intervención de la inefable Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Dicho decisorio fue dictado a raíz de que al conceder la Inspección General de Justicia el recurso de apelación interpuesto por la aludida sociedad contra la resolución particular IGJ n° 766 del 26 de Noviembre de 2021, en la cual la Inspección General de Justicia no había hecho lugar a la inscripción de una Asamblea Ordinaria y Extraordinaria celebrada en la sociedad “Mercados Energéticos Consultores SA” que había resuelto un aumento del capital social, así como todos los actos que fueron consecuencia de dicha reforma estatutaria, decisión que se adoptó como consecuencia de que en dicha asamblea de accionistas participó una sociedad extranjera que no estaba inscrita en el Registro Público a cargo de la Inspección General de Justicia sino que se encontraba registrada ante la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, por lo cual la Inspección General de Justicia llegó a la conclusión, como lo había hecho en muchos otros precedentes, expresamente incluidos en la resolución 766 del 26 de Noviembre de 2021, que se estaba en presencia de un fraude interjurisdiccional.

Pues bien, y en lo que se refiere al recurso de apelación interpuesto por la sociedad requirente de dicha inscripción, y como lo viene haciendo en todos los recursos de apelación promovidas por sociedades comerciales, la Inspección General de Justicia procedió a recusar con causa en el mismo auto que concedió el recurso, a los magistrados Julia Villanueva y Eduardo Machin, atento la manifiesta animadversión que dichos magistrados exhiben respecto de las funciones de control que ejerce la Inspección General de Justicia y de las resoluciones que son su consecuencia. Se recuerda que, conforme al sistema previsto por los artículos 16 y 17 de la ley 22.315 (Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia), las resoluciones de la IGJ son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, cuando se refieren a comerciantes o sociedades comerciales, y el recurso de apelación correspondiente debe ser interpuesto en forma fundada ante la IGJ dentro de los quince días de notificada la resolución. Luego de ello, “las actuaciones se elevarán a la Cámara respectiva dentro de los cinco días de interpuesto el recurso, y ésta

(la Cámara Comercial), dará traslado por otros cinco días a la Inspección General de Justicia... “.

De modo tal y dado que a los fines de recusar sin causa a un juez de la cámara de apelaciones, el interesado debe hacerlo al día siguiente de la primera providencia que se dicte, conforme lo dispone el artículo 14 cuarto párrafo del Código Procesal Civil y Comercial, y dado que, a diferencia de las causas ordinarias, siendo la Inspección General de Justicia quien que debe conceder el recurso de apelación interpuesto por el interesado y remitir al expediente a la Alzada correspondiente, procedió, en la misma providencia que concedió el mismo y para el caso de serle adjudicado (por sorteo) el expediente administrativo a la Sala C de la Cámara Comercial – a la cual debía remitirle dicho trámite - , dejaba aclarado que procedía a recusar con causa a los dos únicos integrantes de la Sala C y en subsidio, para el caso de que dicha recusación fuera rechazada, procedió a recusar sin causa a la Dra. Julia Villanueva.

Como consecuencia, y como en derecho correspondía, recibido el aludido expediente, la aludida magistrada, Dra. Julia Villanueva, se inhibió de entender en la causa. Ello provocó que el día 13 de mayo de 2022, esto es, una vez devuelta a la Sala el expediente, al haber sido rechazado por otra Sala del Tribunal la aludida recusación con causa, la Sala C adoptó una insólita decisión, mediante un procedimiento absolutamente opaco e ilegítimo. Tomó la palabra y pasó a exponer, el restante integrante del Tribunal recusado, el Dr. Eduardo Machin, que afirmó que dada su especial naturaleza, “... la recusación sin causa debía ser interpretada con carácter restrictivo, en cuanto importaba el desplazamiento de la competencia del juez natural llamado a intervenir”, afirmación que es realmente inverosímil, pues como dicho magistrado lo había sostenido en el párrafo anterior, “el apartamiento del juez que su aplicación habilita (la recusación sin causa) es incausado, lo cual implica tanto como afirmar que la permanencia de ese juez no ha de conllevar ningún riesgo para los derechos que el justiciable tiene involucrados en el pleito...”. De manera tal que no se entiende como una recusación sin causa debe ser interpretada con carácter restrictivo, pues ella se ejerce en tiempo legal o no, pero una vez ejercido oportunamente ese derecho no hay más que hablar pues así lo establece el artículo 16 del CP. al establecer que “Deducida la recusación sin expresión de causa, el juez

recusado se inhibirá pasando las actuaciones, dentro del primer día hábil siguiente, al que sigue en orden de turno, sin que por ello se suspenda el trámite, los plazos ni el cumplimiento de las diligencias ya ordenadas”.

Pero el Dr. Eduardo Machin fue mas allá, y partiendo de la base de que se trataba – la recusación sin causa – de un instituto que debía evaluarse con criterio restrictivo, entendió que la IGJ había ejercido ese derecho en forma inadmisibile, por haber sido interpuesta en forma subsidiaria, lo que consumió la posibilidad de ser considerado oportuno, **sin dejar de advertir, sin embargo que ambas recusaciones fueron articuladas de manera conjunta (primero la causada y luego subsidiariamente, la sin expresión de causa) en la misma providencia.** No obstante ello, transcribió doctrina nacional conforme a lo cual la recusación sin causa debió ser efectuada en forma directa y no conjuntamente con la reserva de la causal, para finalmente sostener dicho magistrado, sin que ninguna norma legal avale semejante afirmación, que “la subsidiaria recusación sin causa (efectuada por la IGJ) resulta inoportuna, contradictoria y antojadiza”.

Ello revela un grosero error, pues el Código Procesal no impone en momento alguno semejante limitación ni dispone que la recusación sin causa no puede ser deducida en forma simultánea con la recusación con causa o que sea inválida la acumulación de ambas. Por el contrario, resulta de toda obviedad apreciar las evidentes diferencias entre la recusación con causa o sin causa, en especial en lo que se refiere a sus efectos para advertir la inadmisibilidad de sostener la incompatibilidad entre el planteo de ambas recusaciones, la “sin expresión de causa” en subsidio de la “causada”, pues mientras esta última requiere la sustanciación prevista por el artículo 16 del Código Procesal, la primera está exenta del referido procedimiento y resulta suficiente su mera interposición para que el juez recusado sea inmediatamente apartado del caso, como lo establece en forma prístina el artículo 16 del Código Procesal.

Lo cierto es que cualquier cosa vale y sirve para impedir el apartamiento de la Dra. Julia Villanueva de las causas que involucran a la Inspección General de Justicia, pues dicha magistrada es quien se ha puesto a la cabeza de una suerte de “resistencia activa” del fuero comercial del Poder Judicial de la Nación para impedir que

este Organismo cumpla con las funciones de control previstas en las leyes 19.550 y 22.315 y su decreto reglamentario 1493/82, a los que prefieren ignorar, aspirando a que la República Argentina pueda convertirse en un símil del Estado de Delaware (EEUU), que en menos de tres horas inscribe cuanto documento supuestamente societario se presenta para su toma de razón en el registro correspondiente, sin importar la nacionalidad de sus integrantes, la inexistencia absoluta de capital, la existencia de un domicilio en ese Estado o la total opacidad que exhiben dichos documentos, que nunca permitirán a los terceros conocer absolutamente nada del funcionamiento interno o externo de dichas compañías ni de sus integrantes, con “patente de corso” para intervenir en todo el mundo, eludiendo cualquier control que pudiera ser efectuado sobre las mismas.

A diferencia de la adjetivación efectuada por el Dr. Eduardo Machin, la recusación sin causa no fue “inoportuna”, porque la Inspección General de Justicia - habida cuenta el especial régimen legal recursivo previsto por la ley 22.315 -, es el Organismo que debe conceder el recurso de apelación interpuesto por particulares contra sus resoluciones y remitir el expediente a la Cámara Comercial, de modo tal que, el planteo de las recusaciones - con y sin causa – de una Sala del Tribunal de Alzada, antes del sorteo correspondiente, jamás puede ser imputada como extemporánea. Tampoco fue “contradictoria”, porque la recusación con causa no es la contracara de la recusación sin causa, pues ambas tienden la mismo objetivo: apartar al juez de la causa, siendo de toda lógica que ambas recusaciones puedan ser planteadas en forma subsidiaria, dado que recusación con causa es remedio procesal susceptible – en caso de resultar exitoso - de remover todo el tribunal de alzada, mientras que la recusación sin causa solo puede ser esgrimida contra uno solo de los integrantes del órgano colegiado, resultando desde todo punto de vista válido supeditar la suerte de la recusación sin causa a la previa resolución del planteo de recusación con causa del tribunal de alzada interviniente. Finalmente, tampoco es “antojadiza”, pues la misma constituye un derecho del litigante cuyo ejercicio se encuentra previsto en el mismo Código Procesal y no de la mera voluntad del sujeto recusante. Pero a falta de argumentos lógicos y jurídicos, cualquier adjetivación siempre es útil, aunque inadecuada para quien tiene que administrar justicia.

Pues bien, y ante la opinión del Dr. Eduardo Machín, de rechazar la recusación sin causa de la Dra. Villanueva, hizo su aparición

en escena y al mejor estilo *Deus ex machina*¹⁰ el camarista Héctor Osvaldo Chomer, integrante de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial **sobre cuya presencia en ese acto resolutorio no había sido anticipado en la introducción de la aludida resolución ni tampoco existe constancia alguna sobre la forma por la cual dicho magistrado aparece en escena – pues si hubo sorteo no fue anunciado ni notificado a la Inspección General de Justicia** –. Ni lerdo ni perezoso, el Dr. Chomer pasó de inmediato a fundar su brevísimo voto, para acompañar al Dr. Eduardo Machin en su previsible parecer, afirmando al respecto en forma textual:

“ En el caso presente la recusación subsidiaria (sin motivación), no procede porque procesalmente la alternativa recusatoria sin causa se puede ejercer una sola vez y en la primera presentación posible y tal opción se agotó en la oportunidad iniciar al plantear la causada. Lógicamente, esa primera opción con causa excluye considerar luego un segundo y posterior planteo sin causa...”, argumento que no resiste el menor de los análisis, **porque en el caso, la recusación con causa y sin causa fueron interpuestos en la misma providencia que concedió el recurso de apelación**, aunque el segundo subsidiario del primero. Repárese al respecto que el Código Procesal, en su artículo 14, requiere que la recusación sin causa sea efectuada en la “primera presentación”, pero no expresa que debe ser lo primero que se solicite ante dicho tribunal, sino que se refiere claramente a la primera presentación. Es tan absurdo el criterio adoptado que en la realidad sustancial toda recusación sin causa debería ser rechazada, pues la primer petición que se efectúa en todo expediente judicial es requerir al magistrado interviniente, en el primer párrafo de todo escrito judicial, que se tenga presente el domicilio legal constituido, con lo cual, a tenor de las originales opiniones de los Dres. Machin y Chomer, esa primera petición debería descartar cualquier planteo de recusación sin causa, por extemporáneo.

De esta manera, con estos inadmisibles y “convenientes” argumentos, se permitió a la Dra. Julia Villanueva participar en la resolución judicial dictada en los autos “Inspección General de Justi-

10 Se denomina “Deus Ex Machina” a toda trama que se resuelve a través de un elemento, personaje o fuerza externa que no haya sido mencionado con anterioridad y nada tenga que ver con los personajes ni la lógica interna de la historia.

cia contra Mercados Energéticos Consultores SA sobre Organismos Externos”, en el cual **sin que hubiera una petición de la parte recurrente, como expresamente se reconoce en dicho fallo – lo cual es violatorio de los principios dispositivo y de congruencia a nivel procesal –**, el referido Tribunal procedió, citando la pretoriana doctrina de la Corte Suprema aplicada al caso “*Mill de Pereyra*” del año 2001 y omitiendo lo decidido en sentido contrario por el Máximo Tribunal en el año 2014 en las causas “*Mansilla*” y “*Whirlpool Puntana S.A.*”, a declarar inconstitucional, de “oficio” y ante un derecho absolutamente disponible por la parte recurrente como es el contenido y/o agravios de un recurso de apelación, una norma emanada de una resolución general del Organismo de control (el art. 264 de la Resolución General N° 7/2015), para permitir que una sociedad extranjera, constituida por argentinos para actuar en la República Argentina, como integrante de una sociedad nacional argentina, que controla en un 99%, haya elegido un registro provincial (Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires) a los fines de inscribirse en los términos del artículo 123 de la ley 19550, cuando la sociedad controlada tiene su sede social en CABA y se encuentra inscrita en esta Inspección General de Justicia, sin haber denunciado, la sociedad extranjera tener participación alguna en la provincia de Buenos Aires.

De esta manera continúa en la abyecta senda del derecho creativo del partido judicial.

7. El caso “Inspección General de Justicia contra Remax Argentina SRL sobre Organismos Externos”.

En este caso, la Inspección General de Justicia, mediante la Resolución IGJ n° 350/2020, resolvió hacer lugar a la denuncia presentada por el Colegio de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires y por un martillero público a título particular, disponiendo la inmediata promoción por parte del Organismo de Control contra la sociedad “Remax Argentina SA, de la acción judicial de disolución y liquidación prevista por los artículos 18 y 19 de la ley 19.550, fundados en la violación, por las sociedades denunciadas, respecto de lo normado por la ley 2.340 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la Ley de Educación Nacional N° 26.206, por la Ley de Educación Superior N° 24.521 y por la Ley de Defensa de la Compe-

tencia N° 27.442, fundada en la prohibición de que la sociedad local aludida pueda ejercer la actividad de corretaje como franquiciante de una sociedad extranjera no inscrita en los registros mercantiles locales, sin que tales sujetos se encuentren legalmente matriculados, así como el ilegal dictado de cursos y el otorgamiento de títulos de “agentes inmobiliarios” sin habilitación oficial a ese efecto.

Si bien la denuncia que originó dichas actuaciones comprendió a la sociedad “REMAX ARGENTINA SRL” en calidad de franquiciado y a la sociedad extranjera no inscrita en la República Argentina, denominada “REMAX INTERNATIONAL INC” en calidad de franquiciante, la aludida resolución IGJ N° 350/2020 solo comprendió a la sociedad de responsabilidad local, pues respecto a la sociedad constituida en el extranjero, a la cual se atribuyó la condición de sociedad extranjera *off shore* y controlante de la sociedad constituida en nuestro país, y que se la denunció por operar al margen de lo dispuesto por la ley 19550 y por competencia desleal, la misma, al carecer de inscripción en el registro público local, no pudo ser encontrada en la República Argentina, no obstante haber realizado la Inspección General de Justicia las diligencias necesarias para ubicarla – visita de inspección incluida -, siempre con sentido negativo.

Dicha resolución administrativa fue revocada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial por resolución del 24 de Mayo de 2022, por tratarse, la denunciada, de una sociedad de responsabilidad limitada, tipo social que de acuerdo con las disposiciones de las leyes 19.550 y 22.315 no quedan comprendidas dentro del control estatal permanente de la Inspección General de Justicia, solo reservadas a las sociedades por acciones y a las sociedades constituidas en el extranjero que operan en el país. Si bien puede llamar la atención el criterio del Tribunal de que el Organismo encargado de controlar y fiscalizar las personas jurídicas, deba hacerse la desentendida cuando una determinada entidad actúa en la República Argentina en flagrante violación a normas de orden público, como lo son las leyes que reglamentan la profesión de corretaje y de educación, lo cierto es que la denuncia fue acogida por la Inspección General de Justicia, pues ella involucraba no solo a la sociedad de responsabilidad limitada local, sino a la sociedad extranjera “REMAX INTERNATIONAL INC.”, infractora de la carga de inscribirse en el registro Público local, aún cuando operaba en la República Ar-

gentina a través del otorgamiento de un contrato de franquicia para el ejercicio del corretaje a favor de la aludida sociedad local, todo lo cual está descripto por el propio Tribunal en la resolución del 24 de Mayo de 2022.

Pero ello no constituye la cuestión mas importante para ilustrar sobre la arbitrariedad incurrida por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en este precedente, sino en el hecho de que, habida cuenta que dicho tribunal no se expedía sobre la suerte de la denuncia, y habiendo transcurrido casi dos años del dictado de la aludida resolución particular, la Inspección General de Justicia había promovido el 12 de Mayo de 2022 – esto es, doce días antes de la aludida resolución del Tribunal de Alzada – un incidente de caducidad de instancia, habida cuenta que se encontraban vencidos todos los plazos previstos por la ley para que dicho Tribunal se pronuncie, citando al respecto autorizada doctrina nacional que predica cuando el plazo para dictar sentencia se encuentra vencido, el plazo de la instancia se reanuda y la parte sobre quien pesa la carga de impulsar el procedimiento se abstiene de utilizar los remedios legales pertinentes, que en el caso era la sociedad apelante. **Sin embargo, la referida Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial no corrió traslado del acuse de caducidad de instancia ni dio trámite al mismo**, sino que, el 24 de Mayo de 2022, esto es, doce días después del acuse de caducidad de instancia - resolvió la denuncia revocando la resolución apelada, ignorando olímpicamente que con anterioridad al dictado de dicha resolución, existía un planteo tendiente a poner fin a este expediente, **el cual fue resuelto posteriormente, al dictado de la resolución final, petición que fue rechazada “in limine” el día 24 de Mayo de 2022, sin el menor fundamento, debiendo “estarse a lo resuelto en el día de la fecha”¹¹.**

Ante ello, y notificada la autoridad de control del dictado de la resolución judicial, interpuso de inmediato un recurso de reposición “in extremis” que fue rechazado por el Tribunal de Alzada el día 9 de junio de 2020. Ante semejante manera de proceder, la Inspección

11 La resolución completa dice lo siguiente: “Buenos Aires, 24 de Mayo de 2022, Y VISTOS: Se rechaza in limine el acuse de caducidad de la instancia en virtud de lo previsto en el Cpr. art. 313:3. sin costas atento el carácter oficioso de la presente. Por lo demás, estése a lo resuelto en el día de la fecha. Notifíquese y Comuníquese (cfr: acordada CSJN N° 15/13)”.

General de Justicia interpuso un recurso extraordinario y presentó una denuncia ante el Consejo de la Magistratura por mal desempeño de los magistrados que incurrieron en semejante conducta, los Dres. Miguel Bargalló, Angel O. Sala y Hernán Monclá, pues resulta inadmisibile que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial demore inexplicablemente la resolución del expediente administrativo, para luego resolver el mismo cuando ya existía un pedido de acuse de caducidad pendiente de trámite, que fue totalmente ignorado por el referido tribunal de alzada, el cual, y sin el menor fundamento, fue rechazado por el aludido Tribunal una vez dictada la resolución definitiva del expediente.

8. El caso Inspección General de Justicia contra Hotesur Sociedad Anónima contra Organismos Externos”

En este caso, resuelto por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 24 de Junio de 2022, se dejó sin efecto la imposición de una multa al ex interventor judicial de la sociedad Hotesur SA, contador Daniel Ernesto Altman, por no haber presentado a la Inspección General de Justicia los estados contables de dicha sociedad correspondientes a los ejercicios 2017/2020, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 67 segundo párrafo de la ley 19.550 y el art. 305 de la Resolución General IGJ N° 7/2015, sin acreditar ninguna de las excusas que dicho profesional contable invocó ante dicho Organismo para eximirse de las responsabilidades inherentes al cumplimiento de las obligaciones inherentes al referido cargo, que ejerció en la referida compañía por mas de tres años. Apelada la resolución, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ignoró completamente la extensa fundamentación jurídica invocada por la Inspección General de Justicia para proceder de esa manera y, frente a la inexistencia de toda prueba por parte de dicho funcionario, recurrió a otra de las tantas “reglas de derecho” – verdaderas muletillas o clises, carentes de todo respaldo legal – que la referida Sala F de dicho Tribunal utiliza en casi todas sus sentencias, conforme a las cuales “El Tribunal de Alzada no seguirá el método expositivo adoptado por el apelante en su memorial de agravios y no atenderá sus planteos recursivos, sino que estimen esenciales y decisivos para dictar el veredicto de la causa”, y en este caso, dicho criterio no lo aplicó contra el apelante, contador Daniel Altman, sino contra la Inspección General de Justicia, tomando exclusivamente en

cuenta para resolver la cuestión debatida, las meras manifestaciones verbales del aludido funcionario judicial en su memorial de agravios y prescindiendo absolutamente de todas las razones – debidamente fundadas – que justificaron la imposición de dicha multa por parte de la Inspección General de Justicia. Vale la pena, al respecto transcribir el fundamento expuesto por dicho Tribunal para resolver como lo hizo, sosteniendo que “Los firmantes no hallamos desidia en el obrar del contador Altman que pueda resultar la causa desencadenante de tal omisión”, sin tener en cuenta, en absoluto la fundada resolución de la IGJ del 7 de Junio de 2021, los argumentos utilizados por dicho Organismo para imputarle responsabilidad al apelante y la ausencia total de pruebas documentales que respalden los dichos del contador Daniel Altman y que éste había invocado haber remitido a la sociedad y a terceros o presentado en la causa penal en la cual lo designaron interventor judicial, para eximirse de esa responsabilidad.

Lo verdaderamente grave de todo ello es que el mismo contador Altman había reconocido, en oportunidad de ejercer su derecho de defensa en la Inspección General de Justicia, **que no solo no había presentado los estados contables de la sociedad administrada, sino que ni siquiera los había confeccionado**, por carecer de la documentación contable y de los libros de la sociedad, que estaban secuestrados en sede penal, donde jamás presentó un solo escrito para requerir los mismos y cumplir con la obligación de llevar la contabilidad de una empresa que imponen los artículos 61 a 67 de la ley 19.550.

Dicha resolución estuvo enmarcada en la línea que implementó la anterior gestión del gobierno anterior y como consecuencia, de la Inspección General de Justicia, actuante en el período 2015/2019, consistente en la persecución a la oposición, en especial respecto de la familia Kirchner, que ante dicho estado de situación, había optado, en una asamblea celebrada en la sociedad Hotesur SA en el mes de diciembre de 2017, pedir la designación en sede penal de un interventor judicial para administrar dicha firma, por resultar imposible la designación de administradores naturales ante la posibilidad de ir presos por causas de dudosa credibilidad. En este caso, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, entre las meras manifestaciones de un funcionario judicial, que no cumplió dolosamente con su obligación de confeccionar y presentar ante la

Inspección General de Justicia los estados contables de dicha sociedad, correspondientes a tres ejercicios, y los múltiples fundamentos jurídicos expuestos por dicho Organismo, adoptó el primer camino, haciendo uso de esas supuestas facultades del Tribunal de Alzada, de “elegir los planteos recursivos que estimen esenciales y decisivos para dicta el veredicto de la causa”, aún cuando los mismos no estuvieron apoyados por ninguna prueba mas que las meras afirmaciones del sujeto sancionado.

Esta vez no apelaremos al célebre pasaje del Quijote de la Mancha para calificar la actuación de La Cámara Comercial, sino uno de los dichos del *Cantar del Mio Cid*: “¡Dios, que bien vasallo, si tuviera un buen señor!”

Ante semejante resolución, se procedió a plantear Incidente de nulidad de la aludida sentencia e interponer el recurso extraordinario correspondiente, que se encuentran en trámite.

9. El caso “Inspección General de Justicia contra Salta Cotton Sociedad Anónima sobre Organismos Externos”.

Se trató de una actuación sumarial iniciada de oficio por la Inspección General de Justicia como consecuencia del resultado de anteriores investigaciones sobre ciertas operaciones de muy dudosa legalidad y que se concretaron en el expediente administrativo de dicho Organismo que investigó exhaustivamente la constitución y funcionamiento del “Fideicomiso Ciego de Administración” perfeñado por Mauricio Macri en el año 2016 y vigente entre los años 2016/2021. Dicho contrato de fideicomiso, lleno de irregularidades, involucraba las participaciones societarios que Macri era titular en diversas sociedades, y que culminó con el dictado de la Resolución IGJ N° 226/2021 de fecha 27 de Abril de 2021, mediante la cual la Inspección General de Justicia resolvió promover acciones judiciales de nulidad del “Fideicomiso Ciego de Administración” y de la sociedad “Seguridad Fiduciaria SA”, así como declarar la irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos de diversos actos societarios llevados a cabo por un grupo de sociedades anónimas que se denominaban “4 Legüas SA”; “María Amina SA”; “Molino Arroceros Río Guayquiraró SA” y “Agro G. (Agropecuaria de Guayquiraró) SA”, en todas las cuales participaba en forma minoritaria el ex presidente

de la Nación, y en la última de las cuales se comprobó la comisión de delitos tipificados en el Código Penal, que llevaron a la Oficina Anticorrupción a iniciar acciones penales contra sus responsables, que hoy se encuentra en pleno trámite. Precisamente, el hilo de la investigación efectuada por la Inspección General de Justicia sobre el funcionamiento de la sociedad “Agro G. (Agropecuaria de Guayquiraró) SA”, condujo a la investigación del funcionamiento interno y externo de otras sociedades, siempre vinculadas al referido ex mandatario, el Ingeniero Mauricio Macri, en las cuales se advirtieron también gravísimas irregularidades, en especial en torno a su funcionamiento y distribución de ganancias, que merecieron otras resoluciones particulares por parte de este Organismo de Control (Resolución IGJ N° 407/2021 del 27 de Julio de 2021, correspondiente a la sociedad “General Lighting Systems SA”; Resolución IGJ N° 360/2011, del 30 de Junio de 2021 respecto de la sociedad “Finca Cuchuy Sociedad Anónima”; Resolución IGJ n° 349/2021 del 25 de Junio de 2021, en el expediente “Latin Bio Sociedad Anónima”; Resolución IGJ n° 419/2021 del 29 de Julio de 2021 en el expediente “Salta Cotton SA” etc.), **en las cuales se puso al descubierto la actuación de sociedades simuladas y ficticias que eran meros instrumentos de prominentes funcionarios – o parientes muy cercanos – del gobierno de Cambiemos (2015/2019)**, que aparentemente funcionaban como sociedades, pero que, en la materialidad sustancial, eran meros “instrumentos” de su o sus controlantes, que disponían del patrimonio social como si fuese propio. Este mismo fenómeno fue advertido pocos meses después respecto de otro empresario extranjero también vinculado con Mauricio Macri, el Sr. Joseph Charles Lewis, respecto de sus sociedades “Hidden Lake Sociedad Anónima” y “Grupo H.L. Sociedad Anónima”, que merecieron el dictado de sendas resoluciones particulares, disponiéndose la promoción de acciones de nulidad por simulación de dichas compañías, así como la intervención judicial de la primera, lo cual fue denegado por la Sala A del Tribunal de Apelaciones en lo Comercial, seguramente horrorizado por la posibilidad de que el Sr. Lewis, residente en las Bahamas, no puede invitar a pasar unos días de vacaciones a prominentes ciudadanos argentinos a su estancia en Bariloche (de titularidad de la sociedad “Hidden Lake SA”) que incluye un lago, de evidente atracción turística, pero que es inaccesible para los ciudadanos argentinos, para los cuales Lewis reserva un ejército privado para recibirlos cuando intentan visitar una belleza natural que les está vedado contemplar y admirar.

Pues bien, y volviendo a las sociedades anónimas que participan en el “Fideicomiso Ciego de Administración”, ante la voluntad de la Inspección General de Justicia respecto a la investigación del funcionamiento de la sociedad “SALTA COTTON SA”, donde estaban comprometidos funcionarios y allegados del gobierno nacional 2015/2019, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial cerró sus filas para evitar el progreso de esas actuaciones que pusieron al descubierto un entramado de sociedades comerciales cuyo respeto a los procedimientos previstos por la ley 19.550 brillan por su total ausencia. Para lograr su objetivo, en este caso particular, se dividieron las causas que dieron lugar a un único procedimiento administrativo mediante la resolución IGJ n° 226/2021 dictada en el expediente caratulado “Fideicomiso Ciego de Administración”, separando el Tribunal de Alzada a las sociedades y fideicomisos que habían intervenido en dicha maniobra en carácter de bienes fideicomitidos y como fue de esperar, el primer sorteo fue para la Sala C de la Cámara Comercial y los expedientes que se escindieron de la causa madre fueron adjudicados – siempre por sorteo – a otras Salas del mismo tribunal, que de inmediato ofrecieron su respectiva jurisdicción a la Sala C, por tratarse de temas conexos, habida cuenta que a dicho tribunal le había tocado en suerte intervenir, conforme los resultados del el primero de dichos sorteos.

En el caso particular de la sociedad “Salta Cotton SA” se trataba de una compañía nacional constituida en el año 1997 integrada por personas humanas y personas jurídicas – nacionales y extranjeras – así como funcionarios muy vinculados con el “Grupo Socma” y el empresario Alejandro Jaime Braun Peña, pariente muy cercano del ex Jefe de Gabinete del ex presidente Mauricio Macri, el Sr. Marcos Peña. En esta sociedad también participó – como lo hizo también en el entramado societario vinculado a Alejandro Jaime Braun Peña – quien fuera el secretario legal y técnico de la presidencia del anterior gobierno, el Sr. Pablo Clusellas, quien se desempeñó como director titular y presidente del directorio de la sociedad “Salta Cotton SA” por varios períodos. Las investigaciones efectuadas por la Inspección General de Justicia revelaron manifiestas irregularidades en las actas de las asambleas y en los estados contables de la firma, incumplimientos de sus obligaciones con la Inspección General de Justicia, inexistencia de distribución de dividendos entre los accionistas

durante la mayor parte de sus ejercicios sin justificación alguna en las correspondientes memorias de los estados contables respectivos; permanentes aportes dinerarios efectuadas por su controlante exclusivo; realización de actividades totalmente ajenas a su objeto social, con participaciones en sociedades de garantía recíproca, que distribuía dividendos con los resultados de la inversión que dichas sociedades realizaban con su “fondo de riesgo”, lo cual constituye una actuación prohibida por la ley 24.467; denuncias por parte de prestigiosas organizaciones dedicadas a la protección del medioambiente por desmontes clandestinos en la Provincia de Salta; imposición de importantes multas al Sr. Alejandro Braun Peña por tales motivos; incompatibilidad del director y presidente de la sociedad “Salta Cotton SA” para desempeñar ese cargo por ejercer en forma simultánea funciones públicas, etc., resolviéndose finalmente por parte de la Inspección General de Justicia, en la aludida resolución 419/2022, disponer la fiscalización estatal limitada de dicha entidad, en los términos del artículo 301 segundo párrafo de la ley 19.550 y requerirle la exhibición de concreta documentación societaria a la aludida sociedad y sus controlantes para continuar las investigaciones del caso.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, a través de su Sala A, en fallo del 6 de Junio de 2022, resolvió revocar dicha resolución, evitando que el Organismo de Control pudiese continuar sus investigaciones, pero distribuyendo las costas en el orden causado, argumentando que existió, por parte de la Inspección General de Justicia “un exceso de celo por parte de la “IGJ” en el análisis de las circunstancias reseñadas en la resolución apelada, que pudo llevarla, con cierta ligereza, a considerar justificado el alcance de su resolución”, y para así decidir, prescindió de una cuestión fundamental que jamás debió ignorar, pues se trataba, dicha investigación, de saber si se trataba o no de una sociedad simulada y en su caso, iniciar judicialmente una demanda de nulidad fundado en tales circunstancias. La Cámara Comercial, que no podía ignorar este último dato, pues el carácter simulado de la sociedad “Salta Cotton SA” fue invocado en numerosos párrafos de la Resolución IGJ N° 419/2021, optó por ignorar este dato, de importancia fundamental para el dictado de la aludida resolución, pues de lo contrario la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial no hubiera podido resolver como lo hizo, impidiendo toda investigación respecto de dicha compañía, sus integrantes y actividades. En efecto, es conocido por todos

que, en materia de prueba de las acciones de simulación, los indicios y presunciones revisten un carácter fundamental, y al respecto, la autoridad de control había suministrado más de una docena de presunciones e indicios para acreditar ese extremo, que debía investigar a través de la documentación requerida en la aludida resolución. Sin embargo, el referido tribunal hizo caso omiso de esa característica fundamental de las acciones de simulación y procedió a considerar individualmente y refutar, también en forma individual, cada una de esas presunciones y no en conjunto, como en derecho correspondía, llegando a la conclusión que ni siquiera valía la pena realizar la investigación de las actividades internas y externas de dicha sociedad – pues de ello se trataba la resolución apelada –, revocando la misma con imposición de costas en el orden causado. Pero además de ello, el Tribunal de Alzada abrió el paraguas antes de tiempo, pues no solo no se trataba, en la resolución de la IGJ, de promover una acción judicial de nulidad por simulación, sino solo de llevar a cabo las investigaciones del caso, de cuyo resultado solo podría derivarse la promoción de esa acción judicial, siendo de toda evidencia concluir que si el mismo tribunal tiene resuelto que no que no resultan apelables las resoluciones de la autoridad de control que resuelve iniciar acciones judiciales, mucho menos recurribles pueden ser las resoluciones administrativas que deciden iniciar una investigación para tomar conocimiento del real funcionamiento del ente involucrado y decidir en consecuencia.

III . REFLEXIONES Y CONCLUSIONES DE TODO LO EXPUESTO.

Es claro – y hasta indiscutible – que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial o – con mayor precisión - la mayor parte de sus integrantes, ya sea en forma explícita o tácita, se han confabulado para revocar la casi totalidad de las resoluciones que dicte o puedan ser dictadas en el futuro por la Inspección General de Justicia, tanto particulares como generales y que pudieran tener alguna repercusión en la comunidad, sin importarle en lo más mínimo que ellas contradigan resoluciones anteriores del mismo Tribunal o que incurran en actitudes – supuestamente procesales – que impidan toda investigación sobre sospechosas sociedades comerciales, por parte del Organismo de Control societario. Tampoco les importa a la mayoría de los integrantes del referido Tribunal de Alzada que exista jurisprudencia

dencia reiterada, hasta emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que han resuelto la competencia exclusiva del fuero federal contencioso administrativo para entender en la impugnación de las resoluciones generales dictadas por la Inspección General de Justicia, en estricta aplicación de la función de dictar reglamentos, a que alude el artículo 11 inciso c) de la ley 22.315, llegando a concretar, a tal fin y como ya hemos visto, todo tipo de maniobras procesales tendientes a evitar que fuese otro tribunal de alzada la que revise las resoluciones del citado organismo. Fue tanto el descontrol que provocaba a la Cámara Comercial las resoluciones generales de la Inspección General de Justicia que en una oportunidad, y tratándose de las resoluciones de esa naturaleza dictadas en materia de sociedades por acciones simplificadas, la Cámara de Apelaciones en lo Federal Contencioso Administrativo debió revocar un fallo de un juez de primera instancia en lo comercial, que suspendió la vigencia de dichas resoluciones particulares, por entender que dicho magistrado había actuado totalmente fuera de su competencia. Estoy convencido que, en la historia del derecho nacional, han sido muy contadas las ocasiones en las cuales la Cámara de un fuero revoca una decisión de un juez de primera instancia de un fuero diferente.

Las razones para actuar de esta manera son muchas, pero fundamentalmente evitar que la Inspección General de Justicia pueda tener y poner en práctica ciertas y determinadas facultades jurisdiccionales y fundamentalmente reglamentarias, que extiendan sus efectos no solo a determinadas personas – como acontece con las denuncias o resoluciones particulares – sino que impongan nuevas conductas de aplicación obligatoria a todos quienes viven, trabajen o actúen en sociedad en la Ciudad de Buenos Aires o, en el caso de las sociedades de capitalización y ahorro, en toda la República Argentina, entidades sobre las cuales la IGJ tiene competencia federal. La mera posibilidad de que la Autoridad de Control pueda reglamentar la ley 19.550 o cubrir sus lagunas le resulta – a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – una hipótesis intolerable y ella es la razón de la construcción por el Tribunal de Alzada mercantil, a lo largo de los años, de ciertas “reglas generales” no contempladas en la referida ley, que aplican en todas sus sentencias o resoluciones judiciales con mucha más autoridad que la propia ley, cumpliendo, de tal manera y en forma ilegítima, una supuesta actividad legislativa que ninguna norma legal del derecho argentino les concede.

Pero ello no es la única razón por la cual la Cámara de Apelaciones en lo Comercial “boicotea” toda la labor de la Inspección General de Justicia desde el año 2020, pues coadyuva a lo expuesto otros fundamentos de la más variada naturaleza.

a) En primer lugar, la profunda convicción de no dejar la aplicación del derecho societario en manos de un organismo estatal, ajeno al ámbito del poder judicial, aún cuando se trate de un organismo especializado en todos los ámbitos del derecho corporativo, función que viene desempeñando en forma ininterrumpida desde hace 130 años, y a la cual la propia legislación le ha otorgado amplísimas facultades en materia de control en la constitución de todas las compañías mercantiles, tanto nacionales como extranjeras que intervengan en el tráfico mercantil local, como sobre las asociaciones civiles y fundaciones, gozando de facultades sancionatorias sobre dichas entidades, así como de amplias potestades de investigación. Pero además de ello, la Inspección General de Justicia cuenta con la posibilidad de afectar – bien que parcialmente y con algunas limitaciones – la validez de determinados actos jurídicos (v.gr. la declaración de irregularidad e ineficacia a los fines administrativos: art. 6 inciso f) de la ley 22.315) y la de dictar reglamentos con efectos *erga omnes*, sobre lagunas o cuestiones controvertidas de las cuestiones sometidas a su competencia.

Como bien es sabido y salvo importantes excepciones, el fuero comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no tiene especialistas en derecho societario, pues éste constituye una rama del derecho que requiere indudablemente de una intensa práctica que se lleva a cabo en las asambleas o en las reuniones de directorio y que no se adquiere con la consulta de libros o el examen de los repertorios de jurisprudencia, como lo hace la casi totalidad de los integrantes del fuero comercial. La práctica profesional para conocer el real funcionamiento de una sociedad comercial es sencillamente insustituible para comprender esta realidad, y la mejor prueba de ello es que son muy pocas las cátedras de derecho societario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que tengan a un magistrado como profesor titular de derecho societario, lo que no ocurre en materia de derecho procesal o en algunas otras ramas de derecho mercantil, como sucede en relación al derecho concursal

o el derecho cambiario, donde muchos jueces han demostrado suficiente idoneidad. Resulta de lamentar al respecto que los jueces en lo comercial – siempre “salvo excepciones” – no asistan a congresos o jornadas de derecho societario y cuando lo hacen les cuesta enormemente sostener ante el auditorio y en presencia de profesionales que opinan en contrario con algunas soluciones jurisprudenciales, la justicia de algunos de sus fallos, como efectivamente aconteció cuando se puso en entredicho la cuestión de la inimpugnabilidad del aumento del capital social, la adquisición de la calidad de accionista por los herederos del socio fallecido, o, sin pretender agotar el tema, la absoluta legitimación de los socios o terceros para iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores societarios, tema sobre los cuales, al momento de resolver, los magistrados mercantiles invocan siempre aquellas “reglas de derecho” que en su mayor parte son meras generalizaciones que se apartan de lo hechos cotidianos de la vida. Resultaría al respecto todo un acierto que, dentro de las reformas que se proyecta realizar al Poder Judicial de la Nación, se incluya la necesidad de revalidar en forma periódica los conocimientos de los jueces comerciales, habida cuenta la incesante evolución de las instituciones del derecho mercantil.

b) En segundo lugar, constituye una característica de las épocas que vivimos, el hecho de que los jueces resuelvan más por ideología política o económica que por respeto a la legislación vigente, lo cual no es de extrañar, pues la pertenencia al denominado “Poder Judicial” les permite hoy disfrutar con exclusividad de una serie de privilegios de los cuales no gozan el resto de los mortales: sueldos superiores a los de otros funcionarios públicos, ferias ordinarias y extraordinarias, jubilaciones privilegiadas y duración perpetua en sus respectivos cargos, además de gozar de un horario muy cómodo para cumplir con sus funciones. En consecuencia, resulta difícil concebir que quienes integran dicho poder de la Nación, adhieran políticamente a quienes prefieren un Poder Judicial con una integración más popular, con una vía de ingreso más accesible y muchísimo más democrático de lo que es hoy.

En las épocas en que ingresé al Poder Judicial, en el año 1972, las cosas eran diferentes: los jueces tenían su ideología propia – por lo general conservadora en lo político, liberal en lo económico y antes que

nada fervientemente antiperonistas (salvo el fuero laboral) – pero esas ideas jamás las exhibían en sus sentencias, que se apegaban al derecho vigente, más allá de no estar de acuerdo con alguna de las soluciones legalmente previstas. Por aquellas épocas, las “grietas” también existían – por mi parte, creo que la misma ha estado presente en toda la historia de la humanidad – pero lejos estaban los jueces de fallar en torno a sus propios intereses y de su propia ideología. Por aquellos años, el peronismo y el antiperonismo estaba más vigente que nunca, inclusive con mayor virulencia que en estas épocas, pero era imposible siquiera pensar que, **desde el Poder Judicial**, se organizaran persecuciones contra determinados sectores de la población, se generaran *fake news* o se aplicara la inadmisibles *doctrina Irurzun* para encarcelar opositores, como ocurrió en los años macristas. La propia Cámara de Apelaciones en lo Comercial, conservó, desde siempre, sus propios interlocutores con importantes funcionarios del gobierno, contactos que por lo general no se utilizaba para perjudicar la administración de justicia, dictar fallos en contra de la ley o utilizar todo tipo de artilugios o felonías procesales para sostener sus sentencias.

Esta diferente manera de suceder las cosas llevó al actual y absurdo enfrentamiento entre la Justicia en lo Comercial con la Inspección General de Justicia, pues no puedo concebir, salvo por las razones expuestas en los párrafos precedentes, que en procura de defender funcionarios de los gobiernos con los que simpatizan – ya fueren por cuestiones de conveniencia o por los motivos que fueren – o por meras cuestiones de ideología, se toleren y protejan a las sociedades *off shore*, se pretenda que las sociedades sean solo “instrumentos” o “herramientas” para esconder bienes o frustrar los derechos de terceros o se pretenda reducir al mínimo posible el control del Estado sobre la actuación de las personas jurídicas en la República Argentina, cuando está cabal y acabadamente demostrado que las sociedades mal utilizadas son una herramienta ideal para la simulación o el fraude, que a diferencia de lo que sostiene la Sala C de dicho Tribunal de Alzada, son actuaciones que nada tienen de lícitas, por más que el “*nuevo derecho societario*” que se pretende imponer actualmente por algún sector de la doctrina, formada en determinadas universidades privadas y en los grandes estudios jurídicos de la City porteña haya relativizado el concepto de sociedad, que en lugar de ser un contrato de colaboración para la obtención de ganancias, mediante el desarrollo de una actividad legítima, se haya convertido en una

burda “depositaria” de bienes, sin la menor actividad o un mero “instrumento” de planificaciones sucesorias o económicas, como ha sido sostenido en el fallo “Inspección General de Justicia contra Veritran Holdings Ltd. sobre Organismos Externos” emanado de la inefable Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y al cual nos hemos referido con anterioridad.

c. Para terminar, no puedo disimular mi preocupación sobre determinadas actuaciones del Poder Judicial que apuntan directamente a afectar los intereses de la Nación, **y que se concretan mediante la artificial creación de precedentes jurisprudenciales, que, elaborados en el marco de causas de nula trascendencia y repercusión pública, puedan ser aplicados por los mismos u otros Tribunales para resolver, con posterioridad,** causas de enorme repercusión pública. Me refiero, concretamente a los casos del “Correo Argentino”, “Vicentin” o cualquier otro caso que en el futuro se presenten y que involucre intereses muy superiores al comprometido en litigios entre particulares en los cuales se ha sentado una determinada doctrina judicial.

En el caso del Correo Argentino SA, debe recordarse que se encuentra actualmente en entredicho la validez de la sentencia de quiebra de dicha sociedad anónima, que a pesar de lo dispuesto por la ley 24.552, la jueza interviniente, Dra. Marta Cirulli decidió – en forma por demás inadmisibles – conceder el recurso de apelación contra dicho decreto, que por diversas cuestiones – absolutamente artificiales y convenientes para dicha empresa – se encuentra largamente demorado, al supeditarse la respectiva resolución a una previa sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelva sobre la competencia o incompetencia de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en el referido proceso concursal, cuestión que, como es del conocimiento de todos, constituye un verdadero dislate.

Todo parece indicar que la Corte Suprema de Justicia no va a pronunciarse en los próximos meses y que la suerte concursal de la sociedad Correo Argentino SA será postergada, por todos los medios posibles, imaginables o no, legítimos o no, y en especial mediante el accionar de una justicia cuanto menos complaciente con el gobierno neoliberal anterior y con la protección de los intereses del ex presi-

dente de la Nación, el Ingeniero Mauricio Macri y de su familia y sus sociedades, con lo cual se pretende demorar la suspensión indefinida que hoy afecta ese proceso concursal, hasta tanto se hayan llevado a cabo conocer el resultado de las elecciones del año 2023. Pero mientras tanto es necesario, para quienes así piensan, ir preparando el terreno para tornar verosímil un fallo que hoy por hoy luce absolutamente contrario al derecho vigente, como lo es, la posibilidad de que una empresa que ha incurrido en todo tipo de maniobras de nula legalidad y sin estados contables confeccionados de acuerdo a la ley, pueda evitar su quiebra y la liquidación de sus bienes, sin perjuicio de las acciones de extensión de quiebra y descomposición de su patrimonio que resulte menester llevar a cabo. Se recuerda al lector que la Inspección General de Justicia había observado los estados contables de la sociedad “Correo Argentino SA” como consecuencia de que dichos instrumentos, si bien exhibían el correspondiente dictamen de auditoría externa - documento que, como es sabido, constituye un requisito impuesto para las sociedades por acciones y es pieza fundamental de todo balance, toda vez que ese informe contribuye enormemente a su credibilidad por parte de la comunidad, a la cual interesa sobremanera que los estados contables de personas jurídicas sean veraces - en el caso de “Correo Argentino SA” tales dictámenes carecían de la opinión del contador dictaminante, esto es, se trataban de informes “con abstención de opinión” del auditor independiente instrumentos que la Inspección General de Justicia ha rechazado invariablemente. En el caso que nos ocupa, se trataba de los estados contables correspondientes a los ejercicios cerrados los días 31 de diciembre de 2008 al 31 de diciembre de 2018, que fueron declarados por dicho Organismo de Control como irregulares e ineficaces a los efectos administrativos en su totalidad¹² y esas razones fueron, entre muchas otras, las que se fundaron la declaración de quiebra de Correo Argentino SA el 1º de Julio de 2021.

Si bien el “dictamen de auditoría” no se encuentra previsto en los artículos 61 a 66 de la ley 19.550, que regulan minuciosamente la

12 Resoluciones IGJ n°s 137/2020 y 251/2020, emitidas ambas por el sector contable de sociedades comprendidas en los supuestos del artículo 299 de la ley 19550. La primera se refiere a la presentación de los EECC del ejercicio cerrado al 31/12/2018 de Correo Argentino SA y la segunda, por los ejercicios cerrados entre el 31/12/2008 al 31/12/2017 por la misma sociedad.

confección de los estados contables de las sociedades comerciales, este documento fue incorporado a las prácticas contables nacionales con el dictado de la Resolución Técnica n° 7 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas en el año 1972 y su obligatoriedad para las sociedades por acciones locales surge de normas técnicas de carácter contable, así como de la normativa reglamentaria de la Inspección General de Justicia y de la Comisión Nacional de Valores, entre otros organismos de control. La jurisprudencia, por su parte, ha admitido pacíficamente la importancia de este informe, al sostener que la auditoría consiste en un examen por parte de un profesional independiente que tiene como propósito la emisión de una opinión técnica sobre la información contable de la sociedad, a fin de asegurar el necesario grado de confiabilidad para que los usuarios de los estados contables orienten adecuadamente sus decisiones¹³. Por su parte, la Resolución General IGJ N° 7/2015, establece que “Sin perjuicio de lo requerido en disposiciones especiales de estas Normas, los informes de auditoría relativos a aquellos balances de sociedades o contratos asociativos sujetos a la fiscalización o inscripción ante este Organismo, deberán contener opinión sobre los mismos”.

Sin embargo, y en forma muy sorpresiva, y luego de la plena aceptación por la comunidad, de los colegios profesionales correspondientes y de la Justicia respecto de la importancia del dictamen de auditoría, cuya confección es requerida desde hace 50 años sin solución de continuidad, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso “De León Juan Felipe contra Compañía de Negocios del Interior SA sobre sumario”, del 9 de Noviembre de 2021, esto es, ya suspendido el procedimiento concursal de Correo Argentino SA y a la espera de una decisión de la Corte Suprema de Justicia, resolvió que “No es causa atendible de impugnación de los estados contables y la decisión asamblearia que los aprueba, la falta de dictamen de un contador externo o auditoría, pues la ley 19.550 no ha impuesto como una exigencia expresa la presencia de un dictamen profesional contable e independiente relativo a los estados contables. Y si bien hace excepción a ello la hipótesis en que la sociedad esté sujeta a fiscalización estatal permanente (art. 145 del anexo A de la Resol. Gral. I.G.J. N° 7/2005 y/o art. 154 del anexo A de la Resol.

13 CNCom, Sala E, Octubre 1° de 2012, en autos “Regueira Adela Carmen contra Antonio Regueira SA sobre ordinario, Incidente de apelación”.

Gral. I.G.J. N° 7/2015), no es tal el caso de la demandada, quien por ese motivo ha prescindido de la sindicatura”. No deja de llamar la atención el contenido de ese fallo, totalmente novedoso, **dictado después de 50 años de consolidado sin opiniones adversas la legalidad del dictamen de auditoría en la práctica contable y societaria argentina**, y tampoco lo es el hecho de que ese fallo haya sido dictado con el primer voto del Dr. Pablo Heredia, quien es quizás el magistrado del fuero comercial que mayor prestigio académico goza dentro de dicho tribunal de alzada. El lector sacará sus propias conclusiones.

El segundo caso de los “precedentes convenientes” también está referido al Correo Argentino SA, y data del mes de Julio de 2021, cuando, declarada la quiebra de la misma sociedad, la Procuración del Tesoro, presentó un escrito en dicho proceso concursal, pidiendo la extensión de quiebra a las firmas Socma SA y Sideco SA, entidades controlantes de aquella, por haber incurrido las mismas en múltiples maniobras de vaciamiento durante el concurso de acreedores de Correo Argentino a favor de sus firmas controlantes. La respuesta del Poder Judicial de la Nación, a través del fallo “Bonquim SA sobre quiebra contra Pausic Marcos y otro sobre ordinario”, dictado por la conocida Sala C de la Cámara Comercial no se hizo esperar, pues dicho tribunal, en fecha 9 de Junio de 2022 y con el voto de la Dra. Julia Villanueva, rechazó un pedido de extensión de quiebra, con argumentos muy originales en cuanto a la improcedencia de ese remedio contra quienes fueran los sujetos “controlantes” de la fallida, que en dicho caso, asumía asimismo el carácter de “administrador de hecho” de la sociedad fallida. El parecido de este precedente con el caso “Correo Argentino SA” no es mera casualidad, **pero lo peor de todo ello es cuando, y en forma totalmente contraria a derecho, la referida magistrada afirmó que el ejercicio de la administración “de hecho” de una sociedad no supone una actividad ilícita y que, en materia de extensión de la quiebra, se impone ser particularmente exigente en la apreciación de los presupuestos que su procedencia, los cuales deben ser interpretados con criterio restrictivo**. Una nueva “regla de derecho” y un “novedoso clisé” para fundar cualquier rechazo del un pedido judicial de extensión de quiebra.

De la lectura de estos fallos surge evidente – y una vez más – la preferencia que exhibe la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial por la ideología del gobierno liberal de Mauricio Macri y

ratifica que el partido judicial ya tiene su candidato para las próximas elecciones. Con esta lectura hay que interpretar también la doctrina del fallo “Raplen SRL sobre concurso preventivo”, dictado en fecha 15 de Junio de 2022, por la inefable y siempre previsible Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, cuando, receptando una cuestionable preocupación de la clase empresaria nacional, dispuso, a contrapelo de todo lo resuelto por dicho tribunal desde el año 1999 en adelante, que el carácter abusivo de la propuesta, susceptible de llevar a la quiebra a la empresa concursada, debe ser apreciada, no ya tomando en cuenta el valor presente de dichos créditos de los acreedores concursales, sino con base al hecho de que se trata de “créditos defaulteados” y con una escasa expectativa por parte de los acreedores verificados de cobrar algún magro porcentaje en la quiebra, “... que al deudor habrá de serle declarada si no lo acompañan con ese sacrificio, que guste o no, el legislador da por implícito y que tolera porque no queda otro camino que ese, ordenado a superar la insolvencia sin extinguir a la empresa. Lo que debe valorarse, entonces, es si ese sacrificio es o no excesivo, no cuando hubiera podido ganar el acreedor en una inversión que por definición no se realiza, porque no tiene nada para invertir, desde que carece – literalmente, eso es lo que le ocurre – del dinero necesario a esos efectos...”.

Con otras palabras, si este fallo hace doctrina, lo cual no llamaría para nada la atención, se terminaron las facultades del juez de examinar la justicia de la propuesta de acuerdo preventivo al momento de decidir su homologación o de no hacerlo, para el caso de que dicho magistrado resuelva que la propuesta ofrecida constituye un abuso, enmarcado en el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues de acuerdo a este novedoso y original razonamiento, jamás una propuesta podrá ser declarada abusiva, toda vez que los acreedores del concursado carecen de toda expectativa para percibir su crédito verificado, pues ese dinero debieron darlo por perdido como consecuencia de la presentación concursal de su deudor. En definitiva, se trata, una manera mas, de “naturalizar” que el riesgo empresario lo deben afrontar los acreedores y no el fallido, al quien – hoy por hoy - todo se le permite y todo se le tolera.

d. Y para finalizar, no se puede dejar de exhibir una nueva perla de la misma Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el fallo “Corso Sergio Gabriel, le pide la quiebra, Latam Exim Investment Fund.”, del 5 de Junio de 2022 que demuestra, no solo esta nueva tendencia a librar de toda responsabilidad a

los controlantes, socios ocultos, administradores, fallidos o al mismo concursado, de cualquier alternativa que pudiese implicar su responsabilidad personal, **sino al trato preferencial que se merecen las empresas extranjeras en su actuación mercantil en la República Argentina**, como dicho tribunal lo demostró fehacientemente en el caso “Veritran Holding LTD” al cual ya nos hemos abocado. Se trataba de un pedido de quiebra iniciado por una sociedad constituida en el extranjero – mas concretamente en una guarida fiscal - carente de toda inscripción en el registro mercantil local, cuya instancia había perimido por el mero transcurso del plazo legal, pero que, durante el trámite del pedido de quiebra, la sociedad acreedora extranjera había requerido el dictado de ciertas medidas cautelares, que le fueron otorgadas y efectivamente trabadas. Ante el dictado de la resolución de la perención de instancia, el presunto fallido, con toda lógica y fundamento legal, requirió el levantamiento de dichas medidas, basadas en la clarísima disposición legal del artículo 318 in fine del Código Procesal, en cuanto dispone que “La caducidad de la instancia principal comprende la reconvención y los incidentes...”, a lo cual, el juez interviniente accedió, como era de esperar. Pero el referido Tribunal de Apelaciones – seguramente influenciado por su idea de permitir libremente “la libre circulación de capitales” y evitar “el ostracismo de la República Argentina en materia de inversiones” (como fue sostenido por dicho tribunal en el caso “Veritran Holdings Ltd.”), vio las cosas de otra manera, pues no obstante confirmar la declaración de caducidad de instancia del pedido de quiebra, rechazó sin embargo el pedido de levantamiento de tales precautorias, por el hecho de que las mismas estaban efectivamente trabadas y con ello agotado el aludido incidente de medidas cautelares. Todo ello ante el hecho de que la sociedad extranjera acreedora había requerido el mantenimiento de la cautelar, porque habría de promover una nueva acción de idéntica naturaleza contenido. En definitiva, “medidas cautelares trabadas sin juicio principal vigente”, lo cual constituye un verdadero despropósito y una burla a la ley, pero todo parece que la “naturalización” de los dislates jurídicos hoy permiten resolver cualquier cosa, sin consecuencias para nadie.

En definitiva: Toda parece indicar que, para el Tribunal de Alzada Comercial interviniente, la ley no constituye fuente de derecho, exactamente como lo hizo en los casos que tuvo como protagonista a la Inspección General de Justicia y que fueron detallados en el segundo capítulo de este trabajo. Al menos queda al Organismo de

Control el consuelo de saber que no ha sido víctima exclusiva de una manera de interpretar el derecho mercantil, conforme a la cual todo vale y todo sirve en protección de la “*circulación de los capitales*” efectuada por entidades supuestamente extranjeras y cuando se trata de evitar todo tipo de responsabilidades a los concursados, fallidos e integrantes de entes societarios, y si dan la apariencia de entidades extranjeras, muchísimo mejor, para evitar el ostracismo que a la Argentina pretende imponer la Inspección General de Justicia con sus resoluciones en contra de entidades foráneas, cuya evidente falsedad puede ser advertida por cualquier ciudadano de la Nación.

Cosas veredes Sancho, que non crederes...

EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL (PARTE GENERAL)

PATRICIO MARCELO E. SAMMARTINO
UBA -Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 110-155

Índice:

- I. Introducción.
- II. Precisiones conceptuales.
- III. Causa, modo y efecto de la extinción del acto administrativo.
- IV. La relevancia del evento causal como factor determinante del modo extintivo.
- V. Clasificación de los modos de extinción, según la doctrina.
- VI. Elementos para la sistematización de los modos de extinción del acto administrativo en el derecho administrativo del Estado constitucional contemporáneo:
 1. Modos no formales de extinción del acto administrativo
 - 1.1. Agotamiento del objeto. 1.2. Vencimiento del plazo y cumplimiento de la condición resolutoria. 1.3. La extinción del acto podrá operar por imposibilidad sobrevenida. 1.4. Renuncia y rechazo.
 2. Modos formales de extinción del acto administrativo.
 - 2.1.- Extinción originada en la inobservancia del principio de juridicidad (ilegitimidad). 2.1.1. Extinción fundada en antijuridicidad estructural genética u originaria. (i) vicios puramente administrativos. (ii) vicios constitucionales (ii') infracción estructural formal directa



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

a la Constitución; (ii'') infracción estructural material directa de la Constitución convencionalizada; (ii''') infracción estructural formal y material directa de la Constitución convencionalizada. 2.1.2.- Extinción originada en una antijuridicidad estructural sobrevenida. 2.1.3.- Extinción originada en una antijuridicidad funcional; 2.2 Extinción del acto administrativo originada en la necesidad ajustar la satisfacción del interés público de acuerdo a las nuevas circunstancias de hecho; 2.3.- Extinción originada en la decisión privada lícita.

3.- Evaluación

VII.- Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones del principio de juridicidad a partir de la reforma constitucional de 1994 impactan directamente sobre el régimen legal vigente del acto administrativo.

En puridad, la Constitución convencionalizada¹, juntamente con la doctrina jurisprudencial labrada en torno a ella, han puesto en *crisis* la estructura material y formal del acto administrativo, como también su funcionalidad.

En ese marco, la tarea de hacer compatible la teoría del acto administrativo (que no es sino la concretización singularizada del principio de juridicidad) con los principios basilares del Estado constitucional contemporáneo requiere, como paso previo, identificar cuáles son los desajustes y las contradicciones de aquella con éstos.

Para cumplir ese cometido es necesario examinar cada una de las parcelas en que se fragmenta metodológicamente el estudio del instituto y recién, desde allí, proponer una construcción sistemática que resulte congruente con la Constitución convencionalizada.

En trabajos anteriores² pusimos de relieve que la dogmática del

1 El sintagma Constitución convencionalizada lo introduce y desarrolla el Prof. Néstor P. Sagüés en “De la Constitución Nacional a la Constitución “convencionalizada””, JA de 9-10-2013, p. 53 y ss.

2 Sammartino, Patricio M. E., Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho, T° I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012; “Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, en El Derecho (administrativo) de 21-5-2014, entre

acto y del procedimiento administrativo en el Estado constitucional vigente en la república a partir de 1994 se afianza, de manera predominante, en dos grandes pilares: el principio de juridicidad, atravesado en sus diversos hontanares por el deber jurídico fundamental de todas las autoridades públicas de respetar y garantizar la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que le son inherentes, y la división de los poderes del Estado, como garantía de libertad, en un marco de colaboración intraestatal como garantía de bien común.

En esta ocasión focalizaremos la atención en el segmento que concierne a la extinción del acto administrativo. Nos concentraremos, únicamente, en su parte general y en la proyección que ejercen sobre ésta los dos ejes aludidos en el párrafo precedente.

Extramuros de las cuestiones semánticas, lo concreto es que en el derecho administrativo argentino actual la extinción del acto administrativo plantea cuestiones que van más allá de lo conceptual.

La primera dificultad radica en discernir cuáles son, concretamente, las causas y los modos de extinción del acto administrativo.

Al respecto, las leyes de procedimientos, nacional (LNPA) y local (LPA CABA), resultan incompletas. Basta comparar ambos ordenamientos con algunos cuerpos normativos provinciales análogos para comprobar que los modos de extinción del acto no se limitan a los previstos en los artículos 17, 18 y 21 de la LNPA y de la LPA CABA.

De otro lado, asumido que existen modos tipificados y no tipificados de extinción, sobreviene un problema no menor: la diferente naturaleza de sus especies. En efecto: los modos de extinción del acto administrativo son múltiples y heterogéneos. También son diversas las causas y los regímenes jurídicos aplicables a cada uno de esos modos.

La disimilitud de modos, causas y efectos de la extinción del acto conspira contra la construcción de un sistema general de extinción. Aun así, se pueden vislumbrar puntos comunes que permiten vertebrar ideas rectoras generales.

Desde lo sustancial, uno de los problemas más serios que afrontan las leyes nacional y local reside en la posición prescindente que exhiben ambos cuerpos normativos con respecto a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados por el acto extintivo.

Esta aparente neutralidad e indiferencia legislativa no discierne las situaciones que atañen, directamente, a derechos fundamentales,

otros.

ora disponibles, ora indisponibles. Ese esquema general de ordenación uniforme merece ser revisado desde el vértice de la Constitución Nacional, convencionalizada en 1994, y, naturalmente, desde sus *principios preestatales* inspiradores.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

Desde el punto de vista conceptual el sintagma extinción del acto administrativo es polisémico.

Un sector de la doctrina científica anuda ese significante con el retiro del acto del campo o mundo jurídico³. Otros lo asocian con la eliminación o supresión de sus efectos jurídicos⁴, con la cesación definitiva de sus efectos jurídicos y del acto⁵ o, directamente, con la extinción de su eficacia⁶.

Existen posiciones doctrinales que distinguen el retiro del acto administrativo de su eliminación.

En tal sentido se afirma que mientras en el primero (retiro) la modalidad extintiva se refiere a razones de legalidad, la segunda (eliminación) se la reserva para cuestiones de oportunidad⁷.

3 Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, T I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, segunda edición actualizada, reimpresión, 1995, p. 547; Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, cuarta edición actualizada, 2011, p. 445. El autor citado en último término agrega que el retiro opera “por circunstancias no consideradas ni advertidas al momento de su emisión”.

El art. 103 de la Ley de Procedimientos de la Provincia de Córdoba utiliza la locución retiro para referirse a la extinción del acto administrativo antes de que hubiese adquirido eficacia. Reza la norma: “La autoridad administrativa podrá, antes de la publicación o notificación del acto, disponer su retiro, sin responsabilidad alguna para la Administración”.

4 Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 394/395.

Al respecto el Prof. Cassagne puntualiza que la extinción comprende a aquellas situaciones en que el acto cesa de operar sus efectos por causas normales o anormales sin que se requiera el dictado de un acto específico.

5 Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 3, 9° edición, 2007, p.XIII-1.

6 Santamaría Pastor, Juan A., *Principios de derecho administrativo general*, T. II, segunda edición, Madrid, 2009, p.154.

7 Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, T I, Parte General, Décima

Otros autores, en cambio, emplean indistintamente la locución eliminación para referirse tanto a la anulación (extinción del acto por razones de ilegalidad) como a la extinción por razones de oportunidad⁸ (revocación), o retirada del acto, cuando la extinción acaece por anulación o por ir en contra de los intereses públicos⁹.

Algunas posiciones doctrinales destacan diferencias entre extinción y cesación de los efectos del acto¹⁰.

Así, según Marienhoff, la extinción se produce por causas no queridas ab initio. Ella no es sino una consecuencia de hechos o circunstancias surgidos con posterioridad. La cesación de efectos, para el autor citado, ocurre de acuerdo con lo previsto de antemano¹¹. Para Gordillo, en cambio, extinción significa cesación definitiva de efectos y del acto. Afirma al respecto que no pueden imaginarse actos administrativos que subsistan sin producir efectos jurídicos toda vez que la calidad tipificante de aquéllos es precisamente producir efectos jurídicos.¹²

La noción de extinción del acto administrativo, en mi opinión, reconduce a la idea de *clausura del ciclo jurídico vital* del acto administrativo. La declaración *deja de ser* acto administrativo; *perece* en tanto tal.

La expresión retiro reconduce a la idea de separación o apartamiento del acto del mundo jurídico. De consiguiente, esa locución resulta apropiada para supuestos de extinción del acto mediante revocación, ya sea por razones de ilegitimidad o de interés público. Ahora, identificar la extinción del acto con la supresión o cesación de sus efectos jurídicos acarrea una innecesaria confusión entre el modo extintivo y su secuela jurídica inseparable.

edición, Marcial Pons, 1998, p. 219.

8 Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, T I/i 8va edición, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 254/255.

9 García Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1986, p.440

10 Marienhoff (*op. cit.*, p. 446) afirma que la cesación de los efectos del acto opera por expiración de término establecido y por cumplimiento del objeto. La extinción del acto se produce por caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión.

11 *Ibidem*.

12 Gordillo, *op.cit.*, p.XIII-1

III. CAUSA, MODO Y EFECTO DE LA EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Puntualizamos en el párrafo anterior que la extinción del acto remite a la idea de perecimiento o clausura del ciclo jurídico vital del acto administrativo.

Aunque resulte obvio, caber señalar que la extinción del acto administrativo asume como condición necesaria¹³, o presupuesto, la existencia cierta, real e indubitada, de un acto administrativo, en sentido técnico. En ese orden consideramos que en el Estado constitucional vigente en la república el acto administrativo se configura cuando un ente u órgano estatal (integrado por quién, directa o indirectamente, está dotado de legitimación democrática) en ejercicio de función administrativa, emite una declaración que, una vez notificada, produce efectos directos, concretos y singulares sobre terceros.

Quedan comprendidos en esa noción tanto los actos unilaterales individuales (escritos, aunque excepcionalmente podrán ser verbales o emitidos a través de otros medios) como también los bilaterales, en su formación y/o en sus efectos. También están incluidos los denominados actos implícitos (mas no los actos tácitos puesto que en la medida que no exista un expreso reconocimiento legal¹⁴, tales “actos” no dejan de ser meras actuaciones materiales que de manera alguna alcanzan a configurar una declaración). Sin embargo, no encuadran en el régimen jurídico del instituto bajo estudio el acto meramente preparatorio (art. 80, RPA), el hecho administrativo, las vías de hecho administrativas (art. 9, LNPA) como tampoco los supuestos jurisprudenciales en que la ausencia de una forma visceral, consustancial al nacimiento de la declaración, determina la inexistencia de acto (bilateral¹⁵). En ninguno de estos supuestos estamos en presen-

13 Una condición necesaria para que se produzca un determinado acontecimiento determinado es una circunstancia en cuya ausencia aquél no puede producirse.

14 La Ley de Procedimientos Administrativos de la provincia de La Pampa, en su artículo 34, considera expresamente acto administrativo el hecho o acción material que traduzca indubitable e inequívocamente la voluntad de la Administración Pública.

15 Así, CSJN “LixKlett SAIC v. Biblioteca Nacional — Sec. de Cultura de la Nación”, cons. 9° y sus citas, del 31/07/2012; “Sciammarella, Romeo c/ EN – Ministerio de Educación s/ proceso de conocimiento del 4-8-2009, cons. 5°; Fallos 323:1515 (“Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/

cia de un acto administrativo. Las disposiciones reglamentarias tampoco están en el régimen de extinción de los actos administrativos. En tanto actos abstractos, generales o singulares, de carácter ordinamental y vocación de permanencia, están sometidos al régimen de derogación previsto en el art. 83 del RPA y concordantes, aunque, en algunos supuestos, la derogación podrá obedecer a razones de ilegitimidad (anulación). En sede judicial, según la naturaleza del defecto, aquéllos podrán ser declarados inválidos y expulsados del mundo jurídico ora por vía de la nulidad (si se constata un vicio puramente administrativo) o mediante la declaración de inconstitucionalidad, si se verificara una incompatibilidad estructural directa de la disposición reglamentaria con la Constitución convencionalizada.

2. La extinción del acto presenta múltiples causas y modos.

Algunos modos de extinción están tipificados expresamente en las leyes de procedimientos¹⁶¹⁷. Otros, en cambio, emanan implícita-

Santiago del Estero, Provincia de s/ cobro de pesos”, del 16-2000, cons. 7); 323:3924 (“Ingeniería Omega c/ M.C.B.A”, cons. 8, del 5-12-2000); 326:1280 (“Magnarelli”, cons. 5°) entre otros.

16 La LNPA contempla la revocación por razones de ilegitimidad (anulación); la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia fundada en razones de interés público y la caducidad (artículos 17, 18 y 21, LNPA).

En relación con los contratos administrativos, que no son sino una especie de acto administrativo bilateral, la ley 27328, reguladora de los contratos de participación público privada, enumera como causales no taxativas de extinción al cumplimiento del objeto, el vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público y las razones de ilegitimidad (conf. art. 9, inciso p).

17 El Art. 89 de la Ley de Procedimientos de Mendoza establece facultad a la autoridad en ejercicio de funciones administrativas a disponer la extinción del acto por: revocación por ilegitimidad; revocación por oportunidad y caducidad. En un sentido similar el art. 85 de la Ley de Procedimientos Administrativos de Salta contempla como modos de extinción del acto por parte de la autoridad que ejerce funciones administrativas a la revocación, tanto por ilegitimidad como por oportunidad y a la caducidad.

De manera más amplia, el art. 78 de la ley de Procedimientos Administrativos del Neuquén (Ley 1284) explícitamente reconoce como causales de extinción del acto administrativo al cumplimiento del objeto; imposibilidad de hecho sobreviniente; expiración del plazo; acaecimiento de una condición resolutoria; renuncia; rechazo; revocación; caducidad y la declaración judicial de inexistencia o nulidad.

mente de la regulación del acto (v.gr., art. 7° inc. c; art. 16, LNPA y LPA CABA).

La génesis, origen o *causa* del perecimiento del acto administrativo es el evento antecedente (formal, o no formal como, v.gr., el acaecimiento de un hecho, natural o humano, que torna imposible el objeto del acto; que puede ser previsible -como v.gr. el cumplimiento del plazo fijado en una cláusula accidental- o no previsible -v.gr. imposibilidad o ilegitimidad sobrevinida-) dotado aptitud jurídica suficiente para generar su extinción.

Naturalmente entre el evento o suceso antecedente y el modo debe existir una *relación de conectividad* de manera tal que el primero opere como causa extintiva idónea del segundo. Así, v.gr., la modificación de un régimen jurídico que no guarde relación directa con el objeto del acto no puede ser invocado como causa idónea de un acto extintivo fundado en el cambio de derecho objetivo.

Ciertamente el evento antecedente predetermina el modo de extinción y este, a la vez, condiciona el régimen jurídico aplicable y el alcance de sus efectos.

Las causas de la extinción del acto no siempre están expresamente tipificadas en la norma. Tal es lo que ocurre, en el orden nacional, con el agotamiento del objeto del acto o con la imposibilidad sobrevinida de cumplimiento. En estos supuestos la causa de la extinción se extrae, de manera implícita, del art. 7, inciso c), de la LNPA y

Por cierto, *causa* y *modo* de la extinción se distinguen de sus *efectos* o consecuencias.

En ese orden, la consecuencia jurídica *natural* o *necesaria* de la extinción del acto administrativo es que *la declaración deja de ser acto administrativo*, es decir, clausura su ciclo jurídico vital.

A la vez, la consecuencia *implícita*, inescindible a todo modo de extinción, no es otra que *la cesación definitiva de sus efectos jurídicos y prácticos* (ineficacia). Según el modo extintivo, los efectos se podrán proyectar hacia el pasado (como ocurre, en principio, con la declaración de nulidad) o hacia el futuro (como sucede con la revocación por razones de interés público o con la imposibilidad sobrevinida).

Las diferencias entre los efectos de la extinción y los de la suspensión, prevista en el artículo 12 de la LNPA y LPA CABA, son evidentes. Mientras la extinción del acto hace cesar de modo definitivo sus efectos jurídicos, haciéndole perder, también de manera definitiva,

los caracteres que lo informan (presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad), la suspensión del artículo 12, en cambio, por su índole esencialmente provisional, carece de aptitud jurídica para eliminar acto alguno. Con la suspensión solamente cesan de manera transitoria sus efectos, jurídicos y prácticos. Pero el acto, en tanto tal, pervive. No ha sido expulsado del mundo jurídico. La suspensión de los *efectos* del acto paraliza temporalmente su ejecutividad (y, por ende, la ejecutoriedad), sin que pierda su presunción de legitimidad. Al respecto vale recordar que la presunción de legitimidad subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente¹⁸.

La *consecuencia jurídica eventual* depende de la causa y modo de extinción, Así, en algunos supuestos habrá de ser, v.gr., el restablecimiento del derecho lesionado; en otros, la reparación patrimonial de los daños producidos por el acto extinguido¹⁹ o por el mismo acto extintivo (v.gr., art. 18 LNPA y LPA CABA).

Como vemos el régimen jurídico de la extinción del acto administrativo exige discernir, de un lado, la *causa*, o *evento antecedente*, que da origen al perecimiento del acto; de otro, el *modo*, o técnica de extinción, que guarda inmediata conexión con la causa generadora (y que, según se verá en relación con los modos formales de extinción, la observancia de formas o procedimientos legales debidos son requisito esencial de validez); y, finalmente, los efectos o consecuencias que se derivan de aquél.

Esos tres conceptos (*causa* de la extinción, *modo* –que alguna doctrina denomina medio de extinción- y *efectos o consecuencias jurídicas*) no se yuxtaponen. Cada uno de estos estadios posee sustantividad.

Por cierto, la causa, el modo extintivo del acto y los efectos jurídico-materiales que se derivan del modo de extinción correspondiente están entrelazadas pero no se confunden. Entre ellos existe una conexión que se proyecta en el régimen jurídico aplicable para cada una de estas especies de extinción. Así, v.gr., en cuanto atañe a los modos de extinción del acto consagrados en los artículos 17, 18 y 21 de la LNPA es dable advertir que existe una *relación de conectividad* que

18 CSJN, “Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos/sumas de dinero”, cons. 4º, de 28 de junio de 2016.

19 El art. 8 de la ley 26944, de Responsabilidad del Estado, establece que “[e]l interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general ...o después de finalizado el proceso de anulación ...que le sirve de fundamento”

liga la *génesis* o *causa* de la extinción (art. 7 inc. b) con la técnica o *modo* de extinción (art. 7º inc. c), esto es la revocación por ilegitimidad, revocación por oportunidad, mérito o conveniencia y caducidad, lo cual determina, además del alcance de los efectos jurídicos y prácticos, la *competencia* del órgano estatal habilitado para extinguir el acto (art. 7 inc. a y 17, in fine, y 18 LNPA) y, naturalmente, las *formas esenciales*, previas y concomitantes, que debe observar el acto extintivo (artículos 7º, incisos d y e; 1º inc. f, 17, 18 y 21, LNPA).

IV. LA RELEVANCIA DEL EVENTO CAUSAL COMO FACTOR DETERMINANTE DEL MODO EXTINTIVO

1. La característica particularmente compleja que exhibe esta parcela de la teoría del acto administrativo se debe a que el evento jurídico antecedente, causalmente idóneo para dar origen a la extinción del acto administrativo, y su consecuente, la clausura del ciclo jurídico vital del acto, presenta múltiples variables.

Sin demasiado esfuerzo de observación se advierte que la génesis de la extinción de los actos administrativos no es singular ni única. En efecto: las circunstancias generadores del perecimiento del acto administrativo son de índole diversa; también lo son sus modos y las consecuencias que se derivan de ellos.

Así, en algunas ocasiones la extinción del acto administrativo se origina en el agotamiento de su objeto, esto es, en la consumación de sus efectos naturales; o en el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria a la que el acto estaba sometido.

En otras, la génesis de la extinción reside en el cambio de circunstancias iniciales que vuelven imposible el cumplimiento del objeto.

También la causa de la extinción del acto administrativo se podrá alojar en la decisión del interesado de declinar los beneficios que le genera el acto.

Ciertamente, en otros supuestos, en cambio, la extinción del acto administrativo opera a través de otro acto administrativo.

Así la extinción del acto se formaliza mediante otro acto administrativo cuando, v.gr., el órgano competente anula uno anterior, por haber constatado que alguna de las piezas indispensables que lo estructuran (los requisitos esenciales establecidos en el artículo 7º, LNPA y 7º, LPA CABA) exhibe defectos de tal gravedad que resultan incompatibles con el principio de juridicidad.

También la extinción del acto se encauza formalmente a través

de la emisión de otro acto cuando el primero deviene inoportuno y, por ende, resulta incompatible con las actuales exigencias del interés público (en este supuesto la génesis de la clausura del ciclo jurídico vital del acto administrativo reposa, en puridad, en la existencia de necesidades de interés público que deben ser satisfechas); o cuando se verifican inobservancias graves de deberes u obligaciones esenciales a cargo del particular (caducidad), ya sea que éstas surjan del mismo acto o de la previsión normativa que lo regula²⁰.

2. La extinción del acto administrativo presenta entonces múltiples modos que responden a causas también variadas. Ello descarta la posibilidad de que nuestro objeto de observación quede sometido a un régimen jurídico uniforme.

Desde esta atalaya se advierte que algunos supuestos la extinción del acto operan mediante una declaración formal emitida por la propia administración, como ocurre, v.gr., con el acto administrativo mediante el cual se decide la nulidad, la caducidad o la revocación (por oportunidad, mérito o conveniencia). Sin embargo, no podemos ignorar que, según lo impone el principio de juridicidad, en algunos supuestos el acto extintivo solamente podrá emanar de un tribunal judicial. Tal lo que sucede, v.gr., con el retiro del mundo jurídico de actos administrativos estables según lo disponen los artículos 18 y 17, in fine, de la LNPA y LPA CABA).

En otros casos, en cambio, la extinción del acto se produce sin una declaración formal de la autoridad pública. Así ocurre cuando se verifica el agotamiento del objeto; o cuando se cumple el plazo o acaece la condición resolutoria a la que el acto estaba sometido; o cuando el objeto del acto sobreviene imposible. En estos supuestos la extinción opera de *pleno derecho*.

Como producto de las múltiples variables que la informan, esta parcela de la teoría del acto administrativo se presenta como una figura *poliédrica*.

Es por ello que discernir correctamente cuál es el evento generador de la extinción del acto es, a esta altura, decisivo.

En efecto: el *suceso jurídico causal* del perecimiento del acto

20 Así v.gr. el art. 41 bis de la Ley 787 de la CABA establece la caducidad de la licencia de taxi cuando la prestación del servicio se realice mediante un conductor no habilitado o si la habilitación se encontrase vencida por más de treinta días.

(que según estamos viendo puede ser un acto o un hecho jurídico administrativo) determina el *modo* de extinción del acto como también el tipo y alcance de sus consecuencias.

Así, v.gr., el alcance de los efectos no son los mismos si la revocación del acto se produce por razones de interés público (art. 18 segunda parte, LNPA) o como producto de la declaración de nulidad (art. 17 LNPA) o deriva de la imposibilidad sobreviniente. Más allá de los efectos *ex nunc* o *ex tunc* que habrá de producir el retiro o eliminación del acto, las posibilidades de solicitar la indemnización (consecuencia secundaria) para el resarcimiento de los daños originados por el acto extinguido, en el primer caso, o por el acto extintivo, en el segundo, es también diferente (artículos 4º, 5º y 3º de la ley 26944). Por cierto, cabe desechar la reparación pecuniaria cuando acaezca una situación de imposibilidad sobreviniente ajena a la actividad de las partes.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS MODOS DE EXTINCIÓN, SEGÚN LA DOCTRINA

El estudio sistemático de la extinción del acto administrativo es una cuestión compleja.

La ostensible diversidad de causas y modos conspira, de inicio, contra el intento de proponer una taxonomía científicamente apropiada.

Una de las clasificaciones más usuales adopta como eje ordenador la adscripción del acto administrativo, incidido por una causa extintiva, al principio de juridicidad.

Desde este vértice la doctrina distingue la extinción según ella afecte actos ilegítimos o legítimos²¹. En relación con los primeros, se señala que la extinción puede referirse a una ilegitimidad originaria o sobreviniente. Con respecto a los segundos, extinción de actos legítimos, se asevera que la extinción opera de pleno derecho (cumplimiento del objeto, término o condición, de un lado, e imposibilidad de hecho o sobreviniente, de otro); por acto administrativo (caducidad, desuso y revocación por razones de inoportunidad); o, finalmente, a través de la declaración del particular (renuncia y no aceptación o rechazo)²².

No se nos escapa que este criterio taxonómico capta perfectamen-

21 Gordillo, *op. cit.*, XIII-2 y ss.

22 *idem*, *op. cit.*, XIII-12 y 13.

te una categoría dotada de indudable homogeneidad, la relativa a la extinción del acto ilegítimo; sin embargo, no es menos cierto que, de otro lado, se colocan a los demás modos de eliminación del acto en un grupo residual, claramente heterogéneo.

Fiorini propone una clasificación más compleja. Entiende que la extinción del acto administrativo debe ser examinada según se encuentren afectados sus elementos en cuanto a la legitimidad, al mérito y también al plazo (vencimiento del acto); o, porque no resulte posible cumplir su objeto; o como sanción por incumplimiento (caducidad); o por renuncia. Agrega finalmente a la extinción derivada de la rescisión de los actos contractuales²³.

El esquema precedente más que una clasificación, es una enumeración no sistemática de los modos y causales de extinción. En efecto: la posición de Fiorini acierta al momento de establecer la descomposición del objeto de observación (la extinción del acto y sus clases). Sin embargo no establece caracteres comunes que permitan la recomposición y posterior ordenación de los modos de extinción.

En el derecho administrativo español contemporáneo prestigiosos catedráticos asumen posiciones diversas.

Así, Muñoz Machado, clasifica los modos de extinción de los actos administrativos en formas de extinción *normal* u ordinaria, de un lado, y formas de extinción *anormal*, de otro. Se incluye dentro de la primera al cumplimiento del objeto. Se encuadra dentro de las segundas a la revocación del acto ilegítimo²⁴.

Por su parte J. A. Santamaría Pastor clasifica a la extinción del acto del siguiente modo: a) por razones objetivas (consumación de sus efectos; limitación intrínseca a la producción de determinados hechos; desaparición irreversible del objeto); b) por conducta o decisión del destinatario (renuncia a los derechos otorgados por un acto); c) por decisión de órganos públicos diferentes de la Administración; d) por decisión de la Administración autora del acto (revocación por motivos de legalidad y revocación por motivos de oportunidad)²⁵.

La clasificación precedente si bien es cuatripartita, en puridad, se edifica en torno a dos estándares: uno objetivo (v.gr., agotamiento del

23 Fiorini, *op.cit.*, p. 546.

24 Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y público general*, T. IV, Iustel, 2011, p. 218.

25 Santamaría Pastor, Juan A., *Principios de derecho administrativo general*, T. II, segunda edición, Madrid, 2009, pp.152 a 156.

objeto) y otro subjetivo (v.gr., decisión de la administración autora del acto, decisión de otros órganos públicos y decisión o conducta del destinatario). Esta segunda especie, a su vez, exhibe un grado tal de heterogeneidad que impide encontrar notas comunes de relevancia.

Naturalmente se pueden ensayar otras clasificaciones, siempre parciales e incompletas, sin suficiente relevancia jurídico práctica.

Así, sobre la base de su expresa regulación legislativa, los modos de extinción del acto administrativo se los podrá clasificar en típicos o atípicos. En el orden nacional, dentro de los primeros se aglutinan la revocación fundada en razones de ilegitimidad o de interés público (conf. artículos 17 y 18 LNPA) y la caducidad (art. 21). Dentro de las segundas, v.gr: el agotamiento de los efectos del acto; la renuncia, entre otros.

También es posible clasificar los modos de extinción por el alcance de la cesación definitiva de los efectos.

Así, en algunos casos, los efectos de la extinción del acto habrá de operar retroactivamente (*ex tunc*), como ocurre, *en principio*, con la declaración de nulidad de un acto administrativo (art. 17, LNPA y LPA CABA). En otros, como sucede, v.gr., en la revocación de un acto regular por razones de interés público, los efectos solo se proyectan hacia el futuro (*ex nunc*).

De nuestro lado, como expondremos seguidamente, consideramos adecuado distinguir las variables del perecimiento del acto administrativo en *modos no formales y formales de extinción*.

VI. ELEMENTOS PARA LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS MODOS DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

De acuerdo con lo anteriormente relacionado clasificaremos los modos de extinción del acto administrativo en *no formales* y *formales*, según que la clausura de ciclo jurídico vital del acto requiera, o no, la declaración o acto de un ente u órgano estatal en ejercicio de funciones públicas.

1. Modos no formales de extinción del acto administrativo

Los *modos no formales* de extinción del acto administrativo operan sin necesidad de que exista un acto estatal que así lo declare.

El elenco de modos no formales de extinción del acto administrativo es, por cierto, variado. Así, v.gr., el agotamiento del objeto, el vencimiento del plazo o acaecimiento de la condición resolutoria; la

imposibilidad sobrevenida, entre otros, integran este grupo.

1.1.- Agotamiento del objeto

El acto administrativo es una declaración, emanada de los órganos o entes en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos, inmediatos, concretos y singulares. Los efectos jurídicos y prácticos del acto se sitúa en el elemento objeto (art. 7 inciso c, LNPA y LPA CABA).

A partir de allí es sencillo comprender que la manera natural de extinción del acto administrativo es el *agotamiento del objeto*.

La causa de este modo de extinción reside en el cumplimiento pleno de sus efectos programados en aquél. Es, por ende, una derivación secuencial necesaria de la satisfacción de su contenido.

Este modo de extinción se configura a través de la consumación de los efectos naturales o necesarios del acto administrativo. Así, el acto que ordena remover una obra ilegal agota sus efectos en el momento mismo que el particular la demuele totalmente; la decisión de abandonar inmediatamente un inmueble que amenaza ruina se extingue por agotamiento de su objeto cuando las personas que allí habitan lo desocupan totalmente. Como ejemplo clásico se señala que la autorización para construir se extingue cuando el particular realiza la construcción²⁶.

La doctrina destaca, con acierto, que lo común, lo ordinario, es que los actos administrativos se extingan por el cumplimiento de las decisiones que contienen, voluntaria o forzosamente, por sus destinatarios o por el agotamiento de su objeto²⁷.

En el derecho positivo, la LNPA no contempla expresamente este modo natural de extinción del acto, razón por la cual se lo extrae implícitamente del art. 7, inciso c). En la misma situación se encuentra la LPA CABA. Sin embargo, algunos cuerpos legislativos provinciales, en cambio, lo regulan bajo el sintagma cumplimiento del objeto²⁸.

La extinción del acto administrativo por agotamiento de su objeto, como también la acaecida por mediar imposibilidad sobrevenida,

26 Cassagne, *op.cit.*, p. 397; Gordillo, *op.cit.*, p.XIII-14.

27 Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y público general*, T. IV, Iustel, 2011, p. 218.

28 Así, artículos: 78 de la Ley 1284, de Neuquén; 82, Ley 5348, de Procedimientos Administrativos de Salta; 84, de la Ley 3909, de Mendoza.

opera de pleno derecho, sin necesidad de otro acto posterior²⁹. Como resalta Cassagne, no resulta necesario que el órgano estatal emita declaración alguna³⁰. Naturalmente, este modo de extinción tiene efectos ex nunc, esto es, hacia el futuro³¹.

1.2. Vencimiento del plazo y cumplimiento de la condición resolutoria

La clausura del ciclo jurídico vital del acto administrativo se produce por la expiración del *plazo* al que estaba sometido o por el cumplimiento de la *condición* a la que está diferida su eficacia.

En algunos supuestos el plazo opera como contenido eventual del acto a través de las denominadas cláusulas accesorias o accidentales. Estas son un producto de la decisión discrecional del órgano emisor.

Por cierto, la ilegitimidad de tales cláusulas no acarrea la nulidad total del acto que las contiene, siempre, claro está, que aquélla resulte separable y no afecte la esencia del acto³².

En otros, en cambio, el término está predeterminado en el régimen jurídico aplicable (v.gr., designación “interina” de un profesor universitario³³; permiso de venta ambulante en la vía pública con vencimiento reglamentario de seis meses; expiración del plazo legal al que quedó subordinada la vigencia de una licencia para conducir automóviles o la licencia de radiodifusión oportunamente adjudicada).

A partir del vencimiento del término, la extinción del acto opera automáticamente, de pleno derecho.

Una vez fenecido el plazo el acto no puede ser prorrogado, es

29 Así lo establece, entre otros, el artículo 80 de la Ley de Procedimientos de Neuquén.

30 Cassagne, *op.cit.*, pp. 396/397.

31 En ese sentido v. artículos 80 de la 1284 de Neuquén; 82 de la LPA de Salta; artículo 149 de la Ley de Procedimientos de Corrientes. Esta última establece: “El acto ejecutorio se extingue con el cumplimiento de la decisión que contenga, siendo los efectos de esta extinción para el futuro”.

32 Conf. art. 16, LNPA.

33 En Fallos: 340:614 la CSJN sostuvo que “no es ocioso recordar que el nombramiento interino se extingue por el mero transcurso del tiempo previsto al momento de la designación, sin que se requiera el dictado de acto alguno por parte de las autoridades universitarias que así lo determine” (CSJN, “Ryser, Walter Adolfo c/ Universidad Nacional de Catamarca s/ apelación art. 32 ley 24.521” de 3/05/2017).

necesario la emisión de uno nuevo. Salvo que se admita el dictado de un acto con efectos retroactivos³⁴

Asimismo, el acto administrativo clausura su ciclo jurídico vital cuando adviene el hecho o acontecimiento futuro e incierto al cual quedó subordinada la extinción del acto administrativo: condición resolutoria.

En principio este modo de extinción opera de pleno derecho. Sin embargo la doctrina puntualiza que si el hecho no es de público y notorio, o no resulta concreto, claro y preciso el momento en que acaeció la condición, corresponderá a la administración declarar su cumplimiento y la extinción del acto³⁵.

De ordinario, como dijimos, la condición resolutoria se presenta como una cláusula accesoria o accidental decidida discrecionalmente por la Administración. Aunque también puede fluir de manera implícita del propio acto. Así ocurre con el acto administrativo que designa a un agente de manera interina en un cargo al que solo se accede por concurso; la vigencia de dicho acto se extiende hasta que concluya el concurso de selección y se nombre al funcionario elegido según el procedimiento previsto en las normas aplicables.

Como principio, y salvo situaciones puntuales, a partir del cumplimiento de la condición resolutoria, como del fenecimiento del plazo, el acto administrativo deja de existir automáticamente³⁶ sin necesidad de otro acto posterior³⁷ y sus efectos son hacia el futuro³⁸.

1.3.- La extinción del acto podrá operar por imposibilidad sobrevinida

El objeto del acto administrativo, además de lícito, debe ser material y jurídicamente posible (art.7 inciso c], LNPA y LPA CABA; art. 725, CCC). De no serlo, el acto administrativo es nulo (art. 14

34 Gordillo, *op.cit.*, p.XIII-13.

35 Ver: Gordillo, *op.cit.* XIII-15.

36 Garrido Falla, *op. cit.*, p.597, nota 47.

37 En ese orden véase artículo 80, de la Ley 1284 de la Provincia del Neuquén.

38 Así lo contemplan los artículos art. 84, de la ley 3909, de procedimientos administrativos de Mendoza; 82, de la Ley 5348, de Procedimientos Administrativos de Salta; 80, de la Ley 1284 de Neuquén..

inciso b)³⁹.

Ciertamente la posibilidad de cumplimiento debe pervivir durante el ciclo jurídico vital del acto administrativo.

De consiguiente, si con posterioridad a la emisión del acto se presentan nuevas circunstancias fácticas que imposibilitan su normal cumplimiento, es dable considerar que operó su extinción de pleno derecho.

En este supuesto estamos frente a un modo de extinción denominado *imposibilidad sobrevinida*⁴⁰.

La génesis o causa de este modo de extinción reside, como vimos, en el advenimiento de sucesos fácticos causalmente idóneos para impedir el cumplimiento de su objeto. Así, dentro de los primeros, el fallecimiento del titular de la licencia de conducir (de suyo intransferible) antes de que opere su vencimiento determina la extinción ipso jure del acto. También las designaciones y los títulos, como las inscripciones o registros personales, se extinguen con la muerte su titular⁴¹. Un nombramiento como profesor para dictar clases en una determinada materia se extingue si ésta es suprimida⁴².

Dentro de las causas de extinción por imposibilidad sobrevinida corresponde incluir aquellas que tienen origen en el caso fortuito o fuerza mayor⁴³.

En los supuestos de imposibilidad sobrevinida la extinción opera de pleno derecho, sin necesidad de otro acto posterior⁴⁴. Sus efectos son ex nunc, hacia el futuro⁴⁵.

39 Gordillo, en cambio, considera que si el objeto del acto es imposible de hecho, él es inexistente (*op.cit.*, XIII-15).

40 Algunas leyes provinciales la denominan “imposibilidad de hecho sobreviniente”

41 Gordillo, *op.cit.*, XIII-16.

42 Idem.

43 El CCC emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos. En ese sentido, considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (art. 1730, CCC).

44 En tal sentido, artículo 80, de la Ley 1284, de la Provincia del Neuquén.

45 Así lo prevé expresamente los artículos: 84, de la ley 3909, de Mendoza; 82, de Salta y 80, de Ley de Procedimientos Administrativos del Neuquén.

1.4. Renuncia y rechazo

La *renuncia* se configura a partir de la decisión del particular de no utilizar las ventajas o beneficios creados, declarados o reconocidos por el acto administrativo. Tal lo que ocurre con la renuncia a un beneficio promocional⁴⁶.

La renuncia se distingue del *rechazo*. Éste consiste en la declinación o no aceptación de la utilidad o bien de la vida que el acto le otorga. Así, v.gr., el rechazo a una beca⁴⁷ otorgada por un ente estatal. El artículo 82 de la Ley 1284 del Neuquén establece que “[h]ay rechazo cuando el interesado manifiesta expresamente su voluntad de no aceptar los derechos que el acto le acuerda”.

Uno y otro modo de extinción operan siempre que las ventajas o beneficios resultaran lo preponderante del acto.

En general, los efectos de la renuncia operan hacia el futuro.

Los efectos del rechazo, en cambio, son *ex tunc*⁴⁸.

Ciertamente, no procede la renuncia o el rechazo de obligaciones.

Algunos ordenamientos establecen que basta con comunicar la renuncia para que ella opere de pleno derecho, sin quedar supeditada a la aceptación de la autoridad⁴⁹.

En otros, en cambio, se requiere la correlativa aceptación de la renuncia como recaudo indispensable para su perfeccionamiento, lo cual convierte a aquélla en un acto administrativo bilateral en su formación y efectos.

Este modo de extinción asume como presupuesto necesario la preexistencia un acto administrativo bilateral en sus efectos que hubiese generado situaciones jurídicas activas a favor del particular, y que éste hubiese notificado al órgano competente su decisión de no utilizar el derecho creado, declarado o reconocido por el acto.

2. Modos formales de extinción del acto administrativo

Dentro de las técnicas formales de extinción del acto adminis-

46 Cassagne, *op.cit.*, p. 397.

47 Cassagne, *op.cit.*, p. 398; Gordillo, *op.cit.*, p. XIII-13.

48 En ese sentido: ver artículo 82, Ley 1284, de la Provincia del Neuquén

49 Art. 81, LPA de la Provincia del Neuquén.

En el mismo sentido, el art. 155 de la Ley de Procedimientos de Corrientes determina que “[l]a renuncia extingue de por sí el acto o derecho al cual se renuncia, una vez que haya sido notificada la autoridad, sin que quede supeditada a la aceptación por parte de ésta”.

trativo ubicamos aquellos modos que, en razón de su causa, y como derivación necesaria de un procedimiento o proceso previo, se exteriorizan a través de un acto estatal.

De manera preponderante los actos estatales de extinción emanan de la función administrativa. Son un producto de esa función y se exterioriza a través de otro acto administrativo.

Sin embargo, la extinción del acto administrativo puede ser decidida por un tribunal judicial. Así ocurre en los casos que se hace lugar a la pretensión judicial de nulidad de un acto administrativo, ya sea a instancia de un particular o, cuando el acto es estable, del propio Estado por conducto de la pretensión procesal administrativa de nulidad cuya causa petendi reside en la lesividad que el acto ilegítimo produce sobre los intereses públicos.

En el ámbito de la función administrativa el acto administrativo de extinción (acto extintivo) exhibe como antecedente causal a:

1. la inobservancia del principio de juridicidad (ilegitimidad);
2. la necesidad de armonizar el acto con las exigencias del interés público;
3. la decisión privada lícita tendente a satisfacer una necesidad del interesado siempre que no resulte incompatible con los intereses públicos y requiera la intervención formal de la Administración –v.gr., renuncia que debe ser aceptada expresamente-.

2.1. Extinción originada en la inobservancia del principio de juridicidad (ilegitimidad)

Dentro de las técnicas formales de extinción cuyo origen es la inobservancia del principio de juridicidad cabe discernir diferentes supuestos.

El primero de ellos se refiere al acto administrativo que presenta una *antijuridicidad estructural genética u originaria*. Nos referimos en este caso al acto que padece un defecto estructural *inicial*, grave o leve, ora en sus elementos esenciales, ora en la voluntad. Este supuesto se distingue de aquellos otros en los que ilegitimidad acaece con posterioridad a la emisión del acto.

Un supuesto diferente al anterior es el de la extinción de un acto cuyo origen reside en una *antijuridicidad estructural sobrevenida*. La doctrina la denomina como “invalidez sobrevenida”⁵⁰ o también

50 Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte general*, 17° ed, Marcial

“ilegitimidad sobreviniente”⁵¹. Ello así pues el acto, inicialmente conforme a derecho, deviene posteriormente ilegítimo en virtud del cambio de derecho objetivo o incluso por la modificación de la situación de hecho antecedente. Como bien destaca Maurer este supuesto plantea el conflicto entre la seguridad y la protección de la confianza, de un lado, y el principio de legalidad (juridicidad) por otro⁵².

Finalmente existe una tercera categoría, bien distinta a las otras dos. Es el supuesto de la antijuridicidad que se presenta en la faz de cumplimiento o ejecución del acto. Son supuestos a los que denominamos *antijuridicidad funcional*. En este caso la extinción del acto opera como sanción al incumplimiento de las obligaciones que emanan del acto. Este modo de extinción del acto se denomina causalidad.

2.1.1.- En relación con la extinción de los actos administrativos portadores de una *antijuridicidad estructural genética u originaria*, la causa determinante del retiro del acto se aloja, como dijimos, en la *transgresión*⁵³ – grave o leve -al principio de legitimidad o juridici-

Pons, 2011, pp. 266/267; 304 y 324.

51 Gordillo, op.cit. XIII-6.

52 Maurer, op.cit. p.324

53 En el régimen nacional la susodicha transgresión a sistema normativo se ha de reflejar en alguno de los elementos esenciales del acto administrativo (competencia; causa; objeto; procedimientos esenciales y sustanciales previos -debido procedimiento previo-; motivación; finalidad) o en el presupuesto del acto, la voluntad. La transgresión (manifiesta o no) a los requisitos de legitimidad establecidos en el esquema de juridicidad que condiciona la emisión del acto es aquello que, técnicamente, denominamos vicio del acto administrativo.

Por cierto, es necesario recordar que el susodicho esquema sistemático de legitimidad se compone, básicamente, de la Constitución Nacional reformada en 1994; los principios preestatales que ella reconoce; los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN); los tratados; las leyes y los reglamentos. En ese marco, los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad operan como normas jurídicas objetivas con vocación de efectividad.

La transgresión al susodicho esquema de juridicidad es, en puridad, la causa que origina el vicio.

A la vez, el vicio, entendido como transgresión al esquema de juridicidad que condiciona la legitimidad del acto administrativo, exhibe intensidades, grados o niveles diferentes.

En algunos supuestos, la transgresión al principio de legitimidad es muy

dad (utilizamos una u otra expresión de manera indistinta; lo concreto es indicar que cualquiera de esas locuciones tiene sentido diferente al de pura legalidad).

Es así que, en este caso, la discordancia del acto con el principio o bloque de juridicidad es concomitante con su nacimiento.

En este ámbito, la formación del acto extintivo de uno anterior ilegítimo se encauza, en principio, en sede administrativa a través del procedimiento administrativo previo, ya sea a través de la vía recursiva – esto es, mediante impugnación planteada por la parte interesada- o por propia iniciativa de la Administración. A este último mecanismo en el derecho comparado se lo conoce como revisión de oficio y, en nuestro medio, da lugar a la denominada anulación (o revocación, según el criterio orgánico) *de oficio* del acto administrativo. En otros supuestos, en que se verifica la presencia de un acto administrativo estable, la extinción acaece mediante la declaración judicial de nulidad. Como veremos en la parte especial⁵⁴, el régimen de extinción del acto irregular difiere del regular portador de vicios leves.

El régimen jurídico de extinción de acto portador de una antijuridicidad estructural originaria es una proyección del sistema de invalidez. De consiguiente debe guardar coherencia interna y externa con él.

grave o grave. En otros casos, es leve, aunque también puede ser muy leve o insignificante.

En el régimen legal-jurisprudencial argentino, la presencia de una transgresión grave o muy grave da lugar a un acto irregular. Por ende, el resto de los actos que no sean portadores de vicios graves o muy graves se los considera regulares. Dentro de estos últimos quedan alojados tanto actos perfectos y como los afectados por un vicio leve.

Ahora bien, la anulación de un acto administrativo guarda nexo directo e inmediato de conectividad con la existencia comprobada de un vicio. Éste, a la vez, está originado por la violación al esquema de juridicidad que condiciona su legitimidad.

54 Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E.: “La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional. De la cosa juzgada administrativa al “área de estabilidad”; LL de 20-5.2019; “La estabilidad del acto administrativo”, RDA 2019-125, de 7/10/2019, pp 883 y ss.; “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”, RDA 2021-135, de 3/06/2021, p. 3 y ss.

En el Estado constitucional vigente en la república a partir de la Constitución Nacional reformada en 1994, la extinción del acto por exhibir *antijuridicidad estructural genética u originaria* puede obedecer a la presencia de:

vicios puramente administrativos, en tanto el acto está en desacuerdo con una previsión normativa de carácter administrativo (así la violación de las formas esenciales como, v.gr., dictar un acto administrativo sin haber dado intervención a un órgano estatal o solicitar un informe según lo establece la ley administrativa aplicable - art. 7 inc. d, LNPA y LPA CABA-; o cuando se verifica un supuesto de incompetencia relativa en cuanto el órgano administrativo que emitió el acto ejerció facultades correspondientes a otro órgano de la misma Administración); o

vicios constitucionales nacidos de una:

(ii') **infracción estructural formal directa a la Constitución**. En este supuesto el acto exhibe una discordancia formal con la Constitución⁵⁵;

(ii'') **infracción estructural material directa de la Constitución convencionalizada**. Esta situación se presenta cuando el acto administrativo, de modo directo, lesiona el contenido intocable y esencial de una garantía o derecho fundamental de defensa, de protección o de participación. Así ocurre cuando: a) con desconocimiento de los antecedentes de hecho y de derecho obrantes en el expediente, la autoridad administrativa deniega una subvención a quien se encuentra en situación de evidente vulnerabilidad social, lo cual impide acceder al mínimo existencial que programan la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que la integran; b) el órgano administrativo que excede los límites de la norma atributiva de facultades discrecionales e impone una sanción pecuniaria excesiva, notoriamente desproporcionada, que produce una grave lesión sobre la sustancial constitucional del derecho de propiedad;

(ii''') **infracción estructural formal y material directa de la Constitución convencionalizada**. Quedan comprendidos aquí: a) el acto desfavorable o de gravamen emitido y notificado sin que el afectado en un derecho subjetivo o interés legítimo hubiese tenido la

55 Un ejemplo de esta situación se presenta cuando se emite un acto administrativo con incompetencia absoluta. En este supuesto la infracción constitucional se verifica por el ejercicio de funciones judiciales expresamente prohibidas por el art. 109 de la CN.

oportunidad de ser oído previamente. En este supuesto el acto exhibe un defecto estructural, en tanto se dictó en *violación grave de las formas constitucionales esenciales*: se desconoció la garantía del debido proceso legal (artículos 18 y 75.22 CN; art. 8 de la CADH; artículos 1º, inciso f ap. 1); 7º, inciso d; 14 inciso b, de la LNPA); b) se dicta un acto desfavorable fundado en una norma portadora de presunción de inconstitucionalidad⁵⁶ y, sin que la Administración exhiba razones sustanciales que la justifiquen, se lesiona el derecho a la no discriminación e igualdad; c) se emite un acto administrativo que ignora el debido procedimiento previo previsto en el art. 75.17 de la Constitución y, de ese modo, se lesiona el derecho fundamental de una comunidad indígena a participar en aquellos asuntos que conciernen a las tierras que tradicionalmente aquélla ocupa⁵⁷; d) la Administración decide denegar la matriculación de un joven estudiante de matemática por no alcanzar la estatura mínima fijada por un reglamento que exige a los estudiantes una talla mínima de un metro con sesenta⁵⁸.

La antijuridicidad estructural genética del acto, con origen en un vicio constitucional, da lugar al **acto administrativo inconstitucional o inconvenional**, según el tipo de infracción que él exhiba.

Sin embargo, según su naturaleza, la infracción constitucional tendrá efectos distintos.

Así, a diferencia de la infracción puramente administrativa, los actos administrativos que exhiban un vicio constitucional (o convencional), en tanto desafían directamente la supremacía de la Constitución convencionalizada son actos administrativos irregulares susceptibles de ser declarados nulos de oficio por el tribunal judicial⁵⁹.

56 CSJN, "Gottschau", de 8-8-06; "Mantecón Valdéz", de 12-8-08; "Pérez Ortega, Laura F. c. Honorable Cámara de Diputados de la Nación", de 21-2-13; "Zartarian J.J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción, de 20-8-2014.

57 CSJN, "Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación" de 11 de julio de 2002 y 8 de septiembre, de 2003.

58 CSJN, "Arenzon" (1984).

59 La doctrina refractaria al control de oficio de los actos administrativos, consagrada por la Corte federal en *leading case* "Ganadera Los Lagos S.A.", se extendió, no sin sobresaltos durante 60 años: desde 1941 hasta 2001. A partir de ese año el Alto Tribunal viene afirmando que la necesidad de restablecer la supremacía de la Constitución Nacional, habilita el control constitucional y convencional de oficio de leyes y reglamentos

A la vez, los supuestos encuadrados bajo el epígrafe infracción estructural *material* directa de la Constitución convencionalizada e infracción estructural *formal y material* directa de la Constitución convencionalizada, en tanto interfieren o afectan directamente la núcleo o sustancia constitucional intocable de un derecho fundamental (de defensa, protección o participación) habilitan al particular a postular una pretensión de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, tendente a restablecer o salvaguardar el contenido esencial del derecho fundamental lesionado. A la vez facultan al particular a postular directamente una pretensión cautelar suspensiva de los efectos del acto. No debemos olvidar que el amparo y la protección cautelar, en tanto mecanismos de tutela urgente, son consustanciales al derecho administrativo del Estado constitucional contemporáneo.

La proyección de la Constitución convencionaliza sobre el régimen de la extinción del acto administrativo es todavía mayor que la señalada.

Sin perjuicio de las precisiones que haremos en la parte especial, vale sí señalar que de acuerdo con el principio de dignidad humana (art. 75.22 CN) y, como correlato del deber jurídico fundamental de todas las autoridades públicas de respetar y proteger, sin discriminaciones, los derechos humanos fundamentales que son inherentes a ese principio, *todo acto administrativo cuyo objeto concretice* (esto es, implemente o desarrolle) *un derecho humano fundamental indisponible goza de estabilidad* (inmutabilidad en sede administrativa), extramuros de las calificaciones y modulaciones que en torno a ella realice la Administración según lo establecido en los artículos 17 y 18 LNPA.

En efecto: la valiosidad de los bienes jurídicos y la directa e indiscutida conectividad que tales derechos tienen con el principio preestatal de dignidad de la persona, reconocido en la Constitución convencionalizada (artículo 75.22), enerva, en estos supuestos, el ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración.

La *supremacía* de la Constitución reformada, su *fuera normativa*, juntamente con la *eficacia directa* de los derechos que ella reconoce, exige interpretar desde el principio *pro homine*, los artículos 17 y 18 de la LNPA.

La garantía de estabilidad del acto administrativo del que emanan derechos subjetivos por cuyo conducto se concretizan *derechos fun-*

(“Mill de Pereyra”, 2001; “Banco Comercial de Finanzas” y “Lapadú”, 2004; “Rodríguez Pereyra”, 2012).

damentales indisponibles alcanza también a la extinción por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, salvo que ésta se ejerza para favorecer o mejorar la situación del particular.

Esta interpretación, desde la cual consideramos inextinguible en sede administrativa el acto administrativo cuyo objeto concierna directamente a *derechos fundamentales indisponibles* queda implícitamente admitida en nuestro derecho positivo a partir del art. 9 inc. p) *in fine*, de la reciente ley 27.328⁶⁰, regulatoria de los denominados contratos de participación público privada, mientras mantenga presunción de constitucionalidad.

Esa previsión normativa produjo un impacto importante sobre el régimen de extinción de los actos administrativos. Ello es así pues si ciertos actos administrativos bilaterales de contenido *patrimonial* (como son los contratos públicos de participación público-privada contemplados en la ley 27328), que generan derechos *disponibles*, de manera general y abstracta, están dotados legalmente de *estabilidad* (en tanto se establece que la nulidad “deberá” ser declarada por el tribunal competente tornando de ese modo inaplicable el art. 17 LNPA como también el artículo 12 de la LNPA), sería incoherente para todo el sistema de potestades y garantías sobre el que afina el régimen administrativo argentino no darle idéntica o mejor protección (inmutabilidad plena en sede administrativa), con carácter igualmente general y abstracto, a los actos administrativos que concreticen derechos fundamentales indisponibles.

2.1.1.1.- Ahora bien, la extinción del acto administrativo puede ser un producto de la función judicial y expresarse a través de una sentencia judicial estimatoria de una pretensión anulatoria postulada por el particular afectado por el acto administrativo ilegítimo como por la propia Administración.

En el orden nacional y local, el proceso que tiene por objeto una pretensión anulatoria introducida por la Administración en relación con un acto administrativo estable que ella misma emitió se denomi-

60 Artículo 9 - Sin perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación-pública privada deberán contener las siguientes previsiones: p) ...La suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente.

na, impropriamente, “acción” de lesividad.

Ciertamente, en sede judicial, la pretensión procesal de extinción del acto solo acaecerá por razones relativas a la *juridicidad*.

2.1.2.- Extinción originada en una antijuridicidad estructural sobrevenida

La extinción por razones de juridicidad puede tener su génesis, además, en una *antijuridicidad estructural sobrevenida*. Tal es lo que sucede cuando, frente al cambio de derecho objetivo, alguno de los elementos esenciales del acto contraviene gravemente el nuevo régimen normativo y la autoridad administrativa, en virtud de ese grave defecto –sobrevenido- decide su revocación.

Al respecto bien puntualiza Gordillo que, en los supuestos de ilegitimidad sobreviniente por cambio en el ordenamiento jurídico o por una modificación de la situación fáctica, es necesario “pronunciar su extinción”, sea por la administración o la justicia⁶¹.

La revocación fundada en antijuridicidad estructural sobrevenida no está regulada en la LNPA ni en la LPA CABA, lo cual acarrea no pocas dificultades a la hora de fijar el alcance de sus consecuencias.

A diferencia de la extinción del acto por antijuridicidad estructural genérica, en que los defectos del acto son consustanciales con su nacimiento, y por ende los efectos de la extinción por esa causa son, en principio, retroactivos, en el supuesto de extinción por antijuridicidad estructural sobrevenida los efectos son *ex nunc*, se producen a partir del momento en que se formaliza concretamente la discordancia del acto con el nuevo ordenamiento, esto es, desde la notificación del acto extintivo⁶². Esta solución, a nuestro juicio, es la mejor resuelve la tensión entre la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima del particular con el principio de juridicidad

No se nos escapa que en cuanto a las consecuencias *eventuales* de la extinción por antijuridicidad estructural sobreviniente algunos precedentes jurisprudenciales han asimilado esta situación a supuestos de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 LNPA), habilitando de ese modo la posibilidad

61 Gordillo, *op.cit.*, XIII-8.

62 En contra Gordillo (*op.cit.*, XIII-11) para quien en los supuestos de ilegitimidad sobreviniente grave los efectos son retroactivos a la fecha que el ordenamiento cambió. Si la disparidad del acto con las nuevas normas es menos grave, en tanto anulable, la extinción tendrá efectos en nunc.

de solicitar un resarcimiento⁶³.

En el derecho público provincial se ha establecido que la falta de conformidad de un acto con el orden jurídico sobreviniente lo torna revocable en sede administrativa por razones de oportunidad, mérito o conveniencia⁶⁴.

2.1.3.- Extinción originada en una antijuridicidad funcional. El tercer supuesto de extinción formal con causa en el la antijuridicidad reside en lo que hemos denominado antijuridicidad funcional.

En el derecho administrativo nacional este modo formal de extinción se lo conoce como *caducidad* del acto administrativo. Está expresamente previsto en el art. 21, de la LNPA. Esa norma expresamente habilita a la Administración para que, por sí y ante sí, disponga la extinción del acto administrativo “cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo”. Sin embargo, la validez del acto que declara la caducidad está sujeto a un requisito de forma esencial: (i) deberá mediar previa constitución en mora y (ii) se le deberá conceder al particular un plazo suplementario razonable para su cumplimiento.

De consiguiente, la inobservancia del debido procedimiento previo establecido en la previsión legal (ora porque no existió una intimación previa, ora porque la interpelación no fijó el término para que el obligado que cumpla su obligación) determina la nulidad absoluta⁶⁵ del acto declarativo de caducidad.

La extinción del acto administrativo por caducidad⁶⁶ opera cuando se verifica una inobservancia grave de obligaciones y deberes esenciales a cargo del particular favorecido por aquél.

Su horizonte de proyección son los actos administrativos bilaterales, sobre todo en lo relativo a sus efectos.

La génesis que habilita la caducidad es el incumplimiento rele-

63 Fallos 312:670 (“Motor Once”).

64 Art. 95 de la Ley 5348, de la Provincia de Salta.

65 Fallos 308:108 (Borgo).

66 El art. 99 de la ley de Procedimientos de Salta conceptualiza a la caducidad como “la extinción de un acto o de un contrato administrativo dispuesta en virtud de incumplimiento grave, referido a obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto, o por cláusulas contractuales, e imputable a culpa o negligencia del administrado o cocontratante”.

vante de la carga modal impuesta por el mismo acto⁶⁷ o establecida en el régimen normativo aplicable⁶⁸. Así ocurre con la extinción de la autorización para construir por inobservancia de los plazos para iniciar las obras, o por desvirtuar la actividad autorizada.

El perecimiento del acto por conducto de este modo formal de extinción asume, como presupuesto, que el acto administrativo (i) es regular; (ii) generó una situación activa, favorable, provechosa al particular; (iii) que el particular incumplió de modo grave las obligaciones esenciales (iv) que emanan del propio acto o del derecho objetivo aplicable que le es aplicable.

Naturalmente si el acto es irregular, no procede la caducidad puesto que, en tal supuesto, la Administración tiene el deber de restablecer por sí y ante sí el principio de juridicidad mediante la emisión del correspondiente acto anulatorio (art. 17, primera parte, LNPA y 17, primera parte, LPA CABA).

La caducidad se exterioriza a través de un acto administrativo. Como bien lo puntualiza Soria este acto se caracteriza por ser: (i) constitutivo (puesto que extingue una relación o situación jurídica); (ii) de gravamen (en tanto incide de manera negativa sobre la esfera jurídica del destinatario) y (iii) sancionatorio⁶⁹.

Tanto la norma nacional como la local establecen, como recaudo de validez del acto que dispone la caducidad de otro anterior, la obligación del órgano competente de interpelar previamente al particular para que éste, dentro de un plazo razonable, tenga la oportunidad de cumplir las prestaciones debidas insatisfechas. Como

67 El art. 21 de la LNPA dispone que la Administración está facultada para declarar la caducidad de un acto administrativo “cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo”

En el mismo sentido el artículo 133 de la LPA de Chaco establece que se producirá la caducidad del acto administrativo cuando el beneficiario “no satisface las condiciones impuestas por el mismo”.

68 El art. 86 de la LPA de la Provincia del Neuquén denomina caducidad “a la extinción de un acto dispuesta en virtud del incumplimiento grave de obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto e imputable a dolo o culpa del interesado”.

69 Soria, Daniel F. “La caducidad del acto administrativo”, en AAVV en *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento*, organizadas por la Universidad Austral, ed. RAP, Buenos Aires, 2002, pp. 261 y ss.

En el mismo sentido, Julio Rodolfo Comadira sostiene que la caducidad es una sanción máxima, una pena administrativa (*op.cit.* p. 246).

señalamos, la inobservancia de este requisito de forma configura un defecto o vicio que, en virtud de su importancia y magnitud, origina una grave ilegitimidad. Si bien la algún precedente jurisprudencial lo encuadra en el aludido vicio en el de “violación de la ley aplicable”, en puridad, la omisión de la intimación prevista en el art. 21 de la LPA constituye un vicio grave en las formas esenciales. Más allá del encuadre legal que corresponda asignar a este vicio, lo concreto es que la magnitud o grado de la ilegitimidad torna *irregular* al acto de caducidad dictado sin la previa interpelación. En ese orden pues corresponde que el acto extintivo sea expulsado del mundo jurídico mediante la pertinente declaración de nulidad absoluta⁷⁰ (art. 14, inc. b, LNPA y LPA CABA).

El efecto jurídico del acto que dispone la caducidad de otro anterior consiste en que, hacia adelante (*ex nunc*), el particular queda privado de las ventajas o derechos que el acto administrativo le había otorgado (tal es lo ocurre cuando, en el marco de un régimen de promoción industrial si la empresa incumple el plan de inversiones acordadas con la Administración y, en virtud de esa causa, se dejan sin efecto los beneficios emanados del régimen especial de importaciones que le beneficiaba⁷¹).

2.2.- Extinción del acto administrativo originada en la necesidad ajustar la satisfacción del interés público de acuerdo a las nuevas circunstancias de hecho.

2.2.1.- Regulación legal

Las leyes de procedimientos administrativos nacional y local habilitan al órgano que despliega la función administrativa a extinguir un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Así, el artículo 18, de la LNPA, luego de fijar las excepciones a la estabilidad del acto regular del que nacieron derechos subjetivos, establece: el acto administrativo “[t]ambién podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

El artículo 18 de la LPA CABA tiene una redacción idéntica a

70 Fallos: 308:108, “Hermes Francisco Borgo c/ Junta Nacional de Granos” considerando 7°.

71 Ver: CSJN, “Metalmecánica SACI v. Nación Argentina”, de 23/12/1976

la pretranscripta.

Sin embargo, a diferencia de la norma nacional, la local predetermina el alcance de la reparación. En tal sentido la parte final de esa previsión normativa establece: "... Dicha indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una causa directa e inmediata de la revocación, excluyendo el pago del lucro cesante"⁷².

2.2.2.- Presupuestos

En estos supuestos, la clausura del ciclo jurídico vital del acto (ya sea por revocación, total o parcial, como por modificación o sustitución) tiene origen en la necesidad de salvaguardar los intereses públicos. O, como se indica en el epígrafe, se busca que la función administrativa ajuste su actividad a la satisfacción inmediata del interés público de acuerdo con los requerimientos que imponen las nuevas circunstancias de hecho.

Este modo formal de extinción del acto reposa sobre dos *presupuestos*: el acto administrativo sobre el cual habrá de operar el ejercicio de la potestad revocatoria debe ser un acto *regular*, en tanto cumple las condiciones esenciales de validez. Si no lo fuera, esto es si el acto exhibiese una grave discordancia con el principio de juri-

⁷² Vale recordar que en el orden nacional existen normas similares al art. 18 in fine de la LPA CABA. Estas previsiones normativas devienen aplicables analógicamente al art. 18 LNPA. Así el art. 10 de la Ley de Expropiaciones; el art. 12, inc. d) del decreto 1023/2001, en materia contractual; el art. 26 de la ley 25.344 y el art. 11 de la ley 25.453 y antes también en el art 5 de la ley 12.910 y 30, 38 y 54 inc. f de la ley 13.064.

El art. 5 de la Ley 26.944 (de responsabilidad del estado) excluye el daño cesante en los supuestos de responsabilidad por actividad lícita del Estado.

En línea con las normas indicadas, el art. 95, del Decreto 1030, reglamentario del decreto delegado 1023/01, dictado en 2016, establece que "[l]a 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".

También de 2016, sobre la base del proyecto enviado al Congreso por el Poder ejecutivo, la recientemente sancionada ley 27328, reguladora de los contratos de participación público privada, innova con los antecedentes normativos precitados. En ese orden el artículo 9º inciso p) establece que en caso de extinción del contrato por razones de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial las contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26944 y en el decreto 1023/2001 y sus modificatorias.

dicidad, la autoridad administrativa estará obligada, y no meramente facultada, a declarar su invalidez y expulsar, por la vía pertinente, el acto irregular del mundo jurídico mediante la secuela sancionatoria prevista en la ley de procedimientos vigente: la declaración de nulidad (art. 17, primera parte, LNPA y 17, LPA CABA);

el segundo presupuesto necesario de la revocación por razones de interés público exige que el acto aun no haya agotado su objeto. En puridad, el presupuesto es que no hubiese operado, previamente, ningún otro modo formal o no formal de extinción.

2.2.3.- Hechos determinantes que habilitan la extinción prevista en el art. 18, LNPA y LPA CABA.

(i) La validez del acto extintivo, en este supuesto, se vincula con la concreta acreditación de que el acto administrativo no armoniza⁷³ o deviene inadecuado⁷⁴ con las actuales exigencias o conveniencias del interés público.

El hecho determinante que justifica acudir a este modo de extinción reposa en que el acto ya no se acomoda a los intereses públicos⁷⁵, lo cual lleva ínsito la idea de que la pervivencia de los efectos del acto los perjudica. Como bien se ha señalado la coherencia del acto con los intereses públicos no debe estar presente cuando el acto nace sino a lo largo de toda su vida⁷⁶.

A diferencia de algunos regímenes provinciales⁷⁷, el art. 18 de la LNPA no establece pautas específicas que concreten el supuesto de hecho. Naturalmente, la escasa precisión de los conceptos jurídicos involucrados, en base a los cuales la norma precitada le atribuye a la autoridad la potestad para apreciar *in concreto* lo que conviene al bien común, no puede ser entendida como una libertad de estimación sin límites.

Marienhoff señala que los *cambios en las circunstancias de hecho*

⁷³ Marienhoff, *op.cit.*, pp. 495/496.

⁷⁴ Comadira, *op.cit.*, pp. 236/237.

⁷⁵ Parada, Ramón, *op. cit.* p. 219.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ El art. 94 de la Ley 920 de Procedimientos Administrativos de Chubut (T.O. 1995) establece que la autoridad emisora podrá abrogar el acto por razones de mérito "por haber cambiado las condiciones de hecho o *por nuevas exigencias del interés público*".

operados con posterioridad a la emisión del acto⁷⁸ son los hechos determinantes que habilitan la emisión de este tipo de actos. El Prof. Cassagne, por su parte, asevera que la revocación por razones de oportunidad aparece como una consecuencia de la modificación de la situación de interés público tenida en cuenta al dictar el acto, al producirse un cambio en las *condiciones de hecho existente*⁷⁹.

Para el Prof. Julio R. Comadira la génesis de la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia opera no solo para *adaptar el accionar de la Administración a las nuevas circunstancias de hecho* –diferentes de las apreciadas originalmente– sino también a partir de la *nueva valoración* de aquéllas o de *las actuales exigencias* del interés público⁸⁰.

(ii) La revocación de un acto administrativo regular estable por razones de oportunidad, mérito o conveniencia requiere asumir que el supuesto de hecho que habilita la emisión de este tipo de acto, extintivo de uno anterior, no puede quedar alojado en la mera voluntad de apreciación del órgano emisor. Ella, básicamente, debe reposar en la modificación de las circunstancias fácticas, objetivamente relevantes y debidamente comprobadas, que perturban, frustran o perjudican los intereses públicos protegidos por el sistema normativo sobre el que se sustenta el acto.

Desde este vértice, la posición que habilita la revocación del acto por oportunidad, mérito o conveniencia, fundado en la necesidad de adaptar la actuación administrativa a una “nueva *valoración* de los hechos” o en la invocada “necesidad de adaptar el acto a las actuales exigencias del interés público”, aun cuando los hechos que determinaron el dictado del acto permanezcan inmutables, solo podrá operar en supuestos de actos regulares no estables.

En efecto: una interpretación amplia y sin matices, como predica un sector de la doctrina, que además no distingue entre el acto regular estable del que no lo es, exacerba la potestad administrativa y pone en riesgo la básica seguridad y confianza jurídica que debe existir en el Estado constitucional vigente en la república. Por cierto, la revocación de un acto administrativo fundado en una “nueva

78 Marienhoff, “Revocación...”, op. cit.

79 Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo, Teoría y Régimen jurídico*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 419 y ss.

80 Comadira, Julio R., *El acto administrativo*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 235 y ss.

valoración de los hechos” o a la necesidad de adaptar el acto a las actuales exigencias del interés público, operará con amplitud si la relación jurídica activa generada por el acto revocado quedara en una mejor posición a la preexistente en cuanto a la protección de los derechos fundamentales del interesado.

De consiguiente la génesis de este modo de extinción, en cuanto atañe al acto regular estable, se aloja en la *necesidad de ajustar la protección, directa y concreta, del interés público de acuerdo a los cambios objetivamente relevantes de las circunstancias de hecho iniciales*. Cuando nos referimos a *modificaciones o cambios objetivamente relevantes* aludimos a nuevas circunstancias, distintas de las originarias, con aptitud suficiente para perturbar o perjudicar de modo grave los bienes jurídicos comunes que protege el sistema normativo dentro del cual se encauzó el acto administrativo que se considera inoportuno o inconveniente.

2.2.4.- Notas características del objeto del acto

El objeto o contenido del acto extintivo debe resultar *idóneo*, adecuado, para tutelar, en concreto, los intereses públicos que tutela el régimen jurídico dentro del que se encausa el acto inconveniente. Al-lende este estándar se encuentran los casos en que, mediando el retiro del acto, los intereses públicos tutelados por el sistema normativo que lo sustentan se mantendrían igualmente perjudicados.

Cuando del acto considerado inoportuno o inconveniente para el interés público hayan nacido derechos a favor del particular concierne al órgano competente realizar, *ex ante*, un juicio de previsibilidad tendente a justificar, según el curso ordinario de las cosas, que el retiro de aquél del mundo jurídico se presenta como *factor de evitación*, no solo idóneo, sino también necesario de un daño a los intereses públicos.

Ello así pues la decisión de extinguir (modificar o sustituir) un acto por oportunidad, mérito o conveniencia fundado en razones de interés público, además de idóneo para satisfacer esos fines, debe ser *necesario*. Esto significa que el órgano, al momento de adoptar la decisión deberá comparar la medida con otras jurídicamente posibles que, alcanzando los mismos fines, resulten menos gravosas. El subprincipio de necesidad, como una de las variables en que se descompone el principio de proporcionalidad, exige del órgano un juicio comparativo.

Si existen medidas alternativas, menos gravosas, que impliquen

una menor intensidad interventora, y siempre que con ellas se cumpla el fin querido por la norma aplicable, el objeto del acto extintivo, fundado en razones de interés público, habrá de exhibir desproporción. Ello así pues, *in concreto*, mediante una decisión alternativa igualmente se habría podido satisfacer, con eficacia, los mismos fines y, sin embargo, se lo hizo con la mayor lesión sobre los derechos

De consiguiente, el subprincipios de necesidad y de idoneidad opera como límite natural a este modo de extinción. La inobservancia de uno u otro torna desproporcionado el objeto del acto extintivo (artículo 7, incisos c y f, LNPA), resultando de ello un acto gravemente antijurídico (art. 14 inciso b, LNPA).

2.2.5.- Procedimiento previo ¿simple o complejo?

(i) En el orden nacional, como en la CABA, el acto que extingue otro anterior estable por inconveniente o inoportuno está programado como una derivación secuencial exclusiva de un procedimiento administrativo previo *simple*, en tanto solo participa la Administración, además del particular la LNPA. Naturalmente, en tanto acto administrativo, el acto que extingue otro anterior con fundamento en el art. 18 debe reunir todos los requisitos esenciales del art. 7°, de ley de procedimientos.

(ii) Sin embargo algunos regímenes provinciales establecen que la emisión del acto administrativo que extingue uno anterior por razones de interés público está subordinado al concurso de voluntades de órganos de diferentes poderes. En este entendimiento el acto extintivo debe cumplir un *procedimiento previo complejo* en el que intervienen la Administración y el poder legislativo.

Si se compara la LNPA -cuyo Título III asume como fuente inspiradora el pensamiento de Marienhoff- con las leyes de procedi-

mientos de las provincias de Salta⁸¹, Mendoza⁸² o del Neuquén⁸³, advertiremos que éstas, en línea con las opiniones del Prof. Gordillo⁸⁴, consideran que la potestad revocatoria por razones de oportunidad, para resultar constitucionalmente admisible, requiere de una ley especial expresa que autorice tal revocación de manera razonable, previa indemnización de daño patrimonial que irroge.

Estos cuerpos normativos, como principio, vedan la revocación del acto estable (ora regular, ora irregular) salvo que una “*norma legal expresa*” califique de utilidad o interés público el derecho creado o reconocido por el acto, declarándolo sujeto a revocación o expropiación.

2.2.6.- Límites a la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia

(i) En lo que atañe a la interpretación de la LNPA un sector de la doctrina sostiene que la revocación del acto por razones de oportunidad, en cuanto ello acarree la eliminación de los derechos subjetivos nacidos del propio acto, no puede realizarse sin que exista una *ley especial* que declare de utilidad pública el derecho de cuya expropiación se trata⁸⁵.

En tal sentido se sostiene que el artículo 18, *in fine*, de la LNPA

81 El art. art. 96 de la ley de Procedimientos administrativos de Salta prescribe: Si el acto administrativo goza de estabilidad, conforme las prescripciones de esta ley, no puede ser revocado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin norma legal expresa que califique de utilidad o interés público el derecho que el acto crea, declara o reconoce; declarándolo sujeto a revocación o expropiación.

82 En sentido casi idéntico el art. 100 de la Ley de Procedimiento administrativo de la Provincia de Mendoza establece que si “[e]l acto administrativo goza de estabilidad conforme a las prescripciones de esta ley, no puede ser revocado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, salvo norma legal expresa que califique de utilidad o interés público el derecho que aquel crea, reconoce o declara, declarándolo sujeto a revocación o expropiación”.

83 El art. 84 de la Ley de Procedimientos Administrativos del Neuquén reza lo siguiente: “[r]evocación de actos estables. Si el acto administrativo goza de estabilidad, conforme a las prescripciones de esta Ley, no puede ser revocado por razones de ilegitimidad o de oportunidad, salvo norma legal expresa que califique de utilidad o interés público el derecho que aquel crea, reconoce o declara, declarándolo sujeto a revocación o expropiación”.

84 Gordillo, *op.cit.*, p. XIII-22.

85 Las leyes de las provincias de Salta, Mendoza y Neuquén, entre otras, adscriben a este criterio.

es inconstitucional⁸⁶.

(ii) La jurisprudencia labrada por la CSJN durante los últimos lustros, sin embargo, ha reconocido la validez constitucional de la revocación por razones de interés público⁸⁷ con respaldo legal el art. 18, LNPA.

Las vacilaciones de la doctrina y de la jurisprudencia residen, sin embargo, en el alcance de la reparación⁸⁸.

(iii) En el Estado constitucional contemporáneo, las limitaciones a la revocación del acto administrativo estable por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, fundada en razones de interés público, están básicamente ligada a la naturaleza indisponible del derecho que pudo nacer de él. Estos derechos no son susceptibles de expropiación. De consiguiente, cualesquiera sea la tesis que se adopte con respecto al procedimiento previo de extinción fundado en razones de interés público, lo concreto es que la índole del derecho fija de antemano el ámbito de lo prohibido y permitido al que se habrá de ajustar este modo de extinción.

Desde este vértice, todo acto administrativo que elimine o dis ponga la clausura del ciclo vital de un acto administrativo estable, del cual emanan situaciones jurídicas activas mediante las cuales *se concreten directamente derechos fundamentales indisponibles*, es, ab initio, irregular. Ese acto resulta portador de vicio grave en el objeto, en tanto elimina un derecho que concierne al ámbito vital y existencial de la persona, no susceptible de expropiación. Esa situación, por ende, acarrea su nulidad absoluta (art. 14 inciso b, LNPA).

En ese orden, en el Estado constitucional de derecho vigente en la república a partir la Constitución convencionalizada en 1994, la raíz del acto administrativo, esto es la función administrativa, es vivificada por el interés público directa e indisolublemente asociado al principio de dignidad humana y a los derechos humanos fundamentales que le son inherentes.

86 Gordillo, op.cit. XIII-22.

87 Fallos 328:2654 (“El Jacarandá”), en especial, considerando 7°. Allí se extrae que el “cuadro manifiesto de oposición social” a la adjudicación de una licencia de radio a la actora funda “autónomamente” el “ejercicio de las facultades contempladas en el art. 18 de la ley 19.549”.

88 Comparar los votos de mayoría y minoría en el fallo citado en la nota anterior.

Como consecuencia insoslayable de ese presupuesto, si del acto administrativo emanan derechos subjetivos por cuyo conducto se concretizan derechos fundamentales *indisponibles*, la propia esencia de estos derechos se proyectan directamente sobre su estabilidad. Concretamente: los actos que hacen nacer este tipo de situaciones activas también son inmutables en sede administrativa.

Cabe así interrogarnos ¿podrán existir razones de “interés público” que habiliten revocar un acto administrativo que concede a personas en estado de grave vulnerabilidad social el derecho de acceder a un tratamiento médico, al suministro de una medicación o a una vivienda digna? ¿Podrán existir razones de “interés público” que habiliten revocar un acto administrativo que concede -a personas en situación de grave vulnerabilidad social- el derecho de acceder a una subvención para salir de un estado de desnutrición o para alcanzar el mínimo indispensable (existencial) que garantizan los instrumentos internacionales de derechos humanos por conducto del art. 75.22 CN? ¿Podrán existir razones de “interés público” que habiliten revocar un acto administrativo que concede el derecho de admisión a la educación pública, en cualquiera de sus niveles?

2.2.5.- En definitiva:

La extinción originada en la necesidad de poner en armonía el acto administrativo con las exigencias del interés público actual asume como presupuesto que el acto administrativo es regular y aun no agotó su objeto.

A la vez, su génesis reposa en una situación antecedente compleja: frente al cambio de circunstancias objetivas, acaecidas con posterioridad a la emisión del acto administrativo, el órgano aprecia que el mantenimiento de sus efectos no se acomoda, o directamente perjudica, a los bienes jurídicos comunes que protege el sistema normativo dentro del cual se dictó el acto (intereses públicos) los que, según lo aprecia en concreto el órgano emisor, guardan primacía sobre los intereses particulares que atañen al acto.

El demérito del acto administrativo fundado en *circunstancias sobrevenidas* no se identifica con la extinción originada en la discordancia, también sobrevenida, del acto con el orden normativo⁸⁹.

89 Así, en el caso “El Jacarandá” (Fallos 328:2654, considerando 7° voto mayoría y 7° de la minoría) la entrega de una licencia de radiodifusión adjudicada a la interesada en los últimos meses del período militar generó, una

En los términos del art. 18 LNPA y 18 LPA CABA, la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia de los actos administrativos establece como horizonte de proyección a los actos administrativos que crean derechos subjetivos disponibles. De consiguiente quedan fuera de ese radio los actos que concretizan derechos fundamentales indisponibles (o aquellos otros que suministran los medios con la exclusiva finalidad de acceder a derechos llamados a satisfacer el mínimo existencial de la persona).

2.3.- Extinción originada en la decisión privada lícita

También la extinción del acto puede tener origen en una la decisión privada lícita que, previa valoración de la Administración, no resulte incompatible con el interés público. Tal es lo que ocurre cuando el particular interesado, sujeto activo de un acto, renuncia o declina el beneficio que emana de un acto favorable, siempre que, al respecto, las normas vigentes exijan del órgano competente la emisión de un *acto administrativo de aceptación*. En este supuesto la extinción opera mediante un acto administrativo bilateral, en su formación y también en cuanto a sus efectos.

3. Evaluación

3.1. El sistema de extinción del acto administrativo requiere valorar, de manera general, tres parcelas: (i) la génesis, origen o causa de la clausura del ciclo jurídico vital del acto; (ii) su correlativo modo de extinción y (iii) los efectos que se derivan de éste.

La sistematización propuesta permite inferir que si el evento de la realidad se subsume en el supuesto de hecho de un determinado modo formal de extinción, deviene improcedente extinguir el acto a través de un modo distinto. Ello en la medida que el acto no se hubiera extinguido a través de un modo no formal, como v.gr., el agotamiento de su objeto.

Así, frente a una antijuridicidad estructural originaria grave que torna irregular el acto, resulta pues incongruente declarar la caducidad del acto o disponer su revocación por razones de oportunidad,

vez recuperadas las instituciones democráticas en 1983, una “oposición cierta en las fuerzas vivas de la comunidad” lo cual configuró “un cuadro de opinión pública adversa” que justifica “el ejercicio por parte de la administración de sus facultades de revocación de los actos supuestamente regulares”.

mérito o conveniencia.

Frente al acto irregular (causa generadora) el modo formal de extinción establecido por la ley es la nulidad (art. 17 LNPA y LPA CABA). La caducidad o la revocación por razones de interés público son modos de extinción que no guardan nexo de conectividad válido con el antecedente causal establecido por el derecho aplicable (antijuridicidad estructural originaria grave).

3.2. La ineficacia definitiva de un acto administrativo, en tanto consecuencia natural de la extinción, está ligada a la observancia del nexo de conectividad entre el modo extintivo y su causa generadora. En la LNPA y la LPA CABA, este vínculo está predeterminado en relación con los modos formales de extinción. En cambio, surge implícito en relación con los modos no formales.

3.3.- La clasificación de los modos de extinción del acto administrativo en formales y no formales asume como dato común homogeneizador la presencia, o no, de un acto estatal, como factor determinante del perecimiento o eliminación del acto del mundo jurídico.

De allí que, en cuanto concierne a los modos formales, mientras no se dicte el acto administrativo correspondiente –que naturalmente deberá observar los requisitos esenciales previstos en el art. 7° de la LNPA- y se lo notifique al particular – art. 11, LNPA- no será posible predicar aun los efectos que se derivan de la extinción: la cesación definitiva de sus efectos, con sus variables ex nunc o tunc, según corresponda al modo de extinción.

3.4.- Desde este vértice, resulta inadecuada sostener que frente a un acto administrativo que a juicio del particular exhibe vicios graves y ostensibles resulta válido desobedecerlo⁹⁰, a su costa y riesgo.

El incumplimiento (o la desobediencia) de un acto administrativo no se puede fundar en la apreciación subjetiva del particular. Solo a partir de que irrumpa en el mundo jurídico el modo de extinción

90 Señala el Prof. J.R. Comadira, con respaldo en la opinión del Prof. Gordillo, que frente al acto irregular con vicio manifiesto puede ser desde el comienzo válidamente desobedecido por el particular en el sentido de que por su riesgo y cuenta puede incumplirlo sin hacerse acreedor a consecuencia punitiva alguna a raíz de tal conducta. Fundamenta su posición en que ese acto (irregular con vicio manifiesto) carece *ab initio* de presunción de legitimidad y consiguiente de obligatoriedad y ejecutoriedad (*El acto administrativo*, 2003, p 197).

correlativo a esa causa (grave discordancia del acto con las normas que lo condicionan) se lo podrá considerar definitivamente ineficaz.

3.5.- La cesación definitiva de los efectos de un acto originariamente ilegítimo opera como consecuencia de otro acto administrativo que lo extingue. Salvo que medie una suspensión (administrativa o judicial) que paralice de manera provisional sus efectos⁹¹, no es jurídicamente admisible predicar el incumplimiento (o la desobediencia) de un acto administrativo hasta tanto no se observe el modo de extinción correspondiente.

Siempre que el acto no haya agotado aun su objeto, la cesación definitiva de los efectos de un acto gravemente antijurídico (*ineficacia*) reside en la previa declaración formal de invalidez y en su posterior expulsión del mundo jurídico, a través de la nulidad. De consiguiente, frente a una causa determinante de un modo formal de extinción (como habría de ser la ilegitimidad grave y originaria del acto) la cesación definitiva de los efectos del acto operará a partir de que se notifique el acto anulatorio que lo extingue⁹².

91 Ciertamente, no se nos escapa que, en el marco de los modos formales de extinción, el acto podrá volver ineficaz a partir de que se ordene, en sede administrativa o judicial, la suspensión de sus efectos. Sin embargo, a diferencia de la extinción, en el caso de suspensión la ineficacia del acto administrativo no es definitiva (como ocurre con la extinción) sino meramente provisional y transitoria.

92 En ese entendimiento, reiteradamente la Corte federal puntualiza que “la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549), por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente (Fallos: 319: 1476 cit.)” (CSJN, “Asociación Mutua del Personal de Obras y Servicios Públicos c/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente s/daños y perjuicios”, de 24-9-2013). Más reciente el Tribunal sostuvo: “...en virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, se presume que toda actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente (conf. doctrina de Fallos: 319:1476)” (CSJN, “Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina e/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos/sumas de dinero”, cons. 4°, de 28 de junio de 2016).

3.6. Los modos formales de extinción de los actos administrativos están sujetos a los límites que consagra la Constitución. Naturalmente, éstos tienen prelación sobre las previsiones normativas fijadas en la LNPA y en la LPA CABA.

El régimen jurídico de los modos formales de extinción contempla de manera uniforme a los actos administrativos según hayan generado o suprimido derechos subjetivos, con prescindencia de la *naturaleza* de la situación activa creada (declarada o reconocida) o, en su caso, suprimida (o disminuida) o de la situación pasiva creada con la emisión del acto.

De nuestro lado consideramos que frente al deber jurídico fundamental de respetar y garantizar la dignidad humana y a los derechos humanos fundamentales que le son inherentes, todo acto administrativo que concretiza, de manera directa e inmediata, un *derecho fundamental indisponible* adquiere *estabilidad plena*, esto es, *inmutabilidad* en sede administrativa, una vez notificado.

De consiguiente, tales actos no pueden ser objeto de revocación, ora por razones de ilegitimidad o de oportunidad mérito o conveniencia, salvo, naturalmente, que la revocación, sustitución o modificación esté llamada a mejorar la situación del titular de esos derechos.

En virtud de la estabilidad plena o absoluta que exhiben los actos administrativos creadores de derecho subjetivos que implementan y desarrollan derechos fundamentales indisponibles, amén de la calificación de regular o irregular establecida en los artículos 17 y 18, LNPA y LPACABA, la extinción a través de un modo formal opera, en estos casos, únicamente como consecuencia de una decisión judicial. La expulsión de estos actos del mundo jurídico, y la consiguiente cesación definitiva de sus efectos (ineficacia) solo es producto de un pronunciamiento judicial.

La *estabilidad* del acto que concretiza un derecho indisponible con miras a satisfacer el mínimo existencial de la persona es una *garantía jurídica fundamental*. Correlativamente, esa garantía fundamental impacta sobre la potestad revocatoria de la Administración en tanto le prohíbe tornar ineficaz ese derecho en sede administrativa.

El catálogo de actos comprendidos dentro de este grupo se extrae, inicialmente, de la enumeración realizada por el legislador nacional en el art. 2.2 de la Ley 26854, de Medidas Cautelares. Esta norma confiere trato procesal preferencial a quienes están en situación de vulnerabilidad social. A la vez, brinda una regulación especial a los derechos a

la vida, a la salud, a los derechos de naturaleza alimentaria y también a los relativos al ambiente. Esta enumeración no es taxativa.

Desde este vértice es dable apreciar que analógicamente deben tener trato diferenciado los actos administrativos favorables de los que emergen derechos subjetivos que conciernen de modo directo e inmediato a los derechos a la vida, la salud, el derecho a estar protegido frente al hambre, y los derechos sociales concretizados a favor de las personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad. No cabe duda que en todos estos casos el derecho administrativo asume su condición de derecho constitucional y convencional concretizado.

En el plano normativo, esta regla se consolida a partir de la decisión del legislador formalizada en el artículo 9, inciso p) *in fine*, de la ley 27.328.

El referido artículo establece, en el marco de los contratos de participación público-privada, que “la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal competente”. De este modo la ley establece que potestad anulatoria, prevista en el art. 17, LNPA, es inaplicable a este tipo de contratos.

La previsión normativa transcrita, en la medida que conserve preservación de constitucionalidad, produce un fuerte impacto sobre el todo el régimen de extinción de los actos administrativos.

De consiguiente, si ciertos actos administrativos bilaterales de contenido *patrimonial* (como son los contratos públicos de participación público-privada contemplados en la ley 27328), del cual emanan derechos disponibles, están dotados legalmente de *estabilidad*, sería incoherente para todo el sistema de potestades y garantías sobre el que afina el régimen administrativo argentino no darle *idéntica confianza de protección* (inmutabilidad plena en sede administrativa), con carácter igualmente general y abstracto, a los actos administrativos del que nacen derechos subjetivos directamente vinculados con el principio de dignidad humana.

VII.- CONCLUSIONES

1. El sintagma *extinción del acto administrativo* guarda dentro suyo múltiples variables. Es una figura poliédrica.

Su significación primaria remite a la idea de *perecimiento* o *clausura del ciclo jurídico vital del acto administrativo*.

2. El régimen jurídico de la extinción del acto administrativo no es único ni uniforme. Varía según el *modo* (que algunos denominan medio). El modo extintivo varía en función al origen o hecho generador de la extinción

3. la heterogeneidad de los modos extintivos del acto administrativo dificulta su clasificación y sistematización.

De nuestro lado consideramos apropiado distinguir *modos no formales* y *modos formales de extinción del acto administrativo*.

En general, y salvo regulación legal específica, los modos no formales operan de pleno derecho, sin requerir acto formal alguno de la autoridad pública.

Los modos formales de extinción del acto administrativo, en cambio, operan exclusivamente a partir de la emisión de un acto estatal.

En algunos casos se exteriorizan a través de otros actos administrativos, es decir mediante declaraciones que son producto de la función administrativa – v.gr. la anulación, revocación y caducidad –. En tanto actos administrativos, esos modos formales de extinción deben cumplir los requisitos esenciales de validez previstos en el art. 7° de la LNPA. Sin embargo, cuando la extinción del acto se origina en el ejercicio de la función judicial (anulación de un acto, ora a pedido de parte interesada, ora como consecuencia de la pretensión procesal de nulidad de acto administrativo postulada por la Administración) el modo formal de clausura del ciclo jurídico vital del acto administrativo opera mediante una sentencia judicial.

4. Los modos de extinción del acto administrativo se distribuyen en dos grandes clases: no formales y formales, según que el perecimiento del acto administrativo requiera, o no, la emisión de un acto estatal.

5. En lo que atañe a los *modos no formales de extinción* – que son aquellos que no requieren de un acto estatal que declare o disponga la extinción y que, por ende, operan sin estar sujetos a un procedimiento o proceso previo- es posible observar que allí conviven diversas clases: el agotamiento o consumación del objeto; imposibilidad de hecho sobrevenida; vencimiento del plazo y cumplimiento de la condición resolutoria; renuncia y rechazo.

6. La extinción mediante un acto estatal, a la vez, puede ser el producto de la función administrativa como de la función judicial. En ambos casos la extinción no es automática, antes bien, ella es el

producto de un procedimiento o proceso propio de cada función.

Así, la extinción del acto administrativo por parte órganos o entes que despliegan la función administrativa requiere la observancia del procedimiento administrativo previo (en el orden nacional, la LNPA y el RPA; en el orden local, la LPACABA, Dto. 1510/97). Ahora si la extinción tiene origen en la sentencia (v.gr., el pronunciamiento judicial que declare la nulidad del acto) ese acto estatal, como su proceso de formación, deberá responder a los recaudos formales pre-establecidas en el código procesal (en el orden nacional, el CPCCN; en la CABA, el CCAYT, Ley 189).

7. La extinción formal del acto emanado de los órganos que desarrollan la función administrativa responde a orígenes diversos.

Así, la génesis de la extinción de los actos administrativos podrán tener su causa en: (1) la inobservancia del principio de juridicidad (ilegitimidad); (2) la necesidad ajustar la satisfacción del interés público de acuerdo a las nuevas circunstancias de hecho; (3) a la decisión privada lícita que requiera la intervención formal de la Administración –v.gr., renuncia que requiera aceptación.

A la vez, la extinción del acto administrativo con sustento en razones de *antijuridicidad* (1), presenta tres hontanares: (i) la *antijuridicidad estructural originaria* (en estos supuestos el modo de extinción es la nulidad o anulación de un acto administrativo). (ii) la *antijuridicidad estructural sobrevenida* (así, ocurre en los supuestos en que se dispone la revocación de un acto que sobrevino ilegítimo a partir del cambio de derecho objetivo); (iii) la *antijuridicidad funcional* (a esta causa de perecimiento se liga el modo de extinción denominado caducidad).

8. La antijuridicidad estructural originaria tiene su causa en *vicios puramente administrativos* y *vicios constitucionales oconvencionales*.

Los vicios constitucionales, determinantes de actos administrativos inconstitucionales e inconvencionales, se podrán originar en: (i) una infracción estructural genética u originaria *formal* directa a la Constitución; (ii) una infracción estructural genética u originaria *material* directa de la Constitución convencionalizada y (iii) una infracción estructural genética u originaria *formal* y *material* directa de la Constitución convencionalizada⁹³.

93 Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E. “Introducción al estudio

La antijuridicidad estructural originaria, una vez que ha sido formalmente declarada y expulsado el acto del mundo jurídico, tiene *en principio* efectos *ex tunc*, lo cual acarrea la reposición de las cosas a su estado originario.

El origen del perecimiento del ciclo jurídico vital del acto administrativo puede obedecer a la necesidad de reencauzar la actividad de la Administración según las circunstancias sobrevenidas. En este supuesto el modo de extinción opera a través de la denominada revocación por oportunidad mérito o conveniencia fundada en razones de interés público.

También la extinción podrá derivar de la decisión privada lícita del particular no incompatible con el interés público. En este último supuesto el modo será la renuncia a un acto favorable que requiera la aceptación de la Administración.

sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”, RDA 2021-135, de 3/06/2021, p. 3 y ss.

RESPONSABILIDAD ESTATAL POR VIOLENCIA DE GÉNERO: Comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

VÍCTOR ERNESTO ABRAMOVICH COSARÍN¹
UBA - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 156-186

Resumen: El artículo analiza la violencia de género y su relación con la discriminación estructural, y los distintos modelos de imputación de responsabilidad internacional del Estado por actos de terceros que se desprenden de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México.

Palabras clave: violencia de género – responsabilidad estatal – Corte Interamericana de Derechos Humanos

Abstract: The paper analyzes gender violence and its relationship with structural discrimination, and the different models of attribution of international responsibility of the State for acts of third parties that emerge from the precedents of the Inter-American Court

¹ Abogado por la Facultad de Derecho (UBA) y LLM por la American University de Washington, D.C. Es Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 2015. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) desde 2000 a 2005, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006/2009) y Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MECORSUR (IPPDH) entre 2010/2014. Es profesor de derechos humanos en la UBA y de la Universidad Nacional de Lanús, profesor visitante de American University y autor de varias publicaciones, especialmente sobre derechos económicos, sociales y culturales.



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

of Human Rights, in the judgment of the González Case and others (Cotton Field) vs. Mexico.

Key words: gender violence – State responsibility – Inter American Court of Human Rights

INTRODUCCIÓN²

El caso denominado “Campo Algodonero”³ es un precedente paradigmático en el desarrollo de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). Por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) examina una situación estructural de violencia contra las mujeres basada en su género, esto es, el tipo de violencia que define el artículo primero de la Convención de Belém do Para (CBDP)⁴. En su sentencia la Corte IDH concluye que los homicidios de las tres víctimas definidas en el

² Este artículo se publicó originalmente en Anuario de Derechos Humanos 2010, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp.167-182. En esta versión se preservó el texto original y se incorporó en nota alguna jurisprudencia posterior relevante del sistema interamericano.

³ Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Para el análisis de este caso hemos considerado además la demanda de la CIDH y el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de los peticionarios. Ver. Demanda de la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4/11/ 2007. Escrito presentado a la Corte IDH, por Josefina González, Benita Monárrez e Irma Monreal Jaime, y por Centro de Desarrollo Integral de la Mujer (CEDIMAC), la Red Ciudadana de No Violencia y Dignidad Humana, la Asociación Nacional de Abogados Democráticos A. C. (ANAD) y el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM). También se consultó la contestación de demanda de México ante la Corte.

⁴ El artículo 1 de la CBDP define la violencia contra las mujeres como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en su ámbito público como en el privado”. Cabe mencionar que en un caso previo, la Corte IDH examinó los alegatos de las partes sobre violación del derecho a la integridad física usando como criterio de interpretación el artículo 7 de la CBDP. Ver Corte IDH, caso del Penal de Castro Castro. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C, Nro. 160, párr. 276.

caso, Laura Berenice Ramos, Claudia Ivette González, y Esmeralda Herrera Monreal, fueron cometidos “por razones de género”, esto es, constituyen casos de “feminicidio”⁵, y están enmarcados dentro de un contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez⁶.

La Corte define con cierta precisión el estándar de “debida diligencia” establecido en el artículo 7 de la CBDP, a fin determinar el alcance del deber estatal de prevención de crímenes basados en el género, tales como desapariciones, vejaciones sexuales, torturas y homicidios de mujeres. En el caso, la Corte aplica el estándar de debida diligencia respecto del deber estatal de protección de los derechos frente a actos de particulares.

También fija la Corte los criterios jurídicos que permiten atribuir esos crímenes de particulares al Estado. La definición de un campo de responsabilidad jurídica estatal por crímenes de particulares, es un tema espinoso en un contexto regional atravesado por crisis políticas recurrentes, causadas por el creciente deterioro de la seguridad ciudadana. El caso se refiere además a hechos ocurridos en una de las ciudades más violentas del continente.

En Campo Algodonero, el tribunal interamericano retomó la *doctrina del riesgo previsible y evitable* -inspirada en la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos-, que había desarrollado en fallos previos relacionados con prácticas de violencia de grupos paramilitares en el conflicto armado interno en Colombia. En esta ocasión aplicó esos estándares al contexto social de prácticas de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, definiendo un deber de protección estatal reforzado por la CBDP.

La Corte IDH examinó la situación de las tres víctimas, no sólo en función de los hechos particulares que rodearon sus desapariciones y los procesos penales en que se investigaron los crímenes, sino como miembros de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que permite

5 La Corte afirma que utilizará la expresión: “homicidio de mujeres en razón de género también conocido como feminicidio”. Ver Corte IDH, caso Campo Algodonero, párrafo 143.

6 Corte IDH, caso Campo Algodonero, párrafo 231.

entender los crímenes particulares en su real dimensión. De allí, que la decisión de la Corte en este caso profundiza una línea jurisprudencial sobre igualdad estructural que se asienta ya en varios precedentes de la propia Corte y de la CIDH. Esta tendencia jurisprudencial del SIDH reafirma la existencia de deberes de acción positiva para los Estados en la protección de colectivos expuestos a patrones de discriminación y violencia. En estos precedentes la CIDH y la Corte han considerado especialmente datos del contexto social de las víctimas y su integración a colectivos o grupos sociales discriminados, para definir el alcance de las obligaciones estatales de respeto, garantía y protección.

En este breve comentario del caso vamos a focalizar el análisis en la definición del deber de debida diligencia en la protección de la violencia de género cometida por actores no estatales. Para ello, procuraremos primero ubicar el caso de estudio en la tendencia jurisprudencial del SIDH sobre igualdad y en especial sobre protección de grupos sometidos a patrones estructurales de violencia y discriminación. Sobre el final analizaremos los principales fundamentos de la decisión de la Corte IDH en “Campo Algodonero” sobre la imputación de responsabilidad estatal por los crímenes, e intentaremos caracterizar las diferentes doctrinas usadas en el SIDH sobre el tema.

IGUALDAD ESTRUCTURAL Y DEBER DE PROTECCIÓN ANTE PRÁCTICAS DE VIOLENCIA

La perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca en nuestra opinión una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de las transiciones a la democracia en los países de América Latina, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la última década, luego del fin de las transiciones, cuando la temática de la discriminación estructural y los derechos de los grupos discriminados, se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. Así, se avanza desde una idea de igualdad entendida como no discriminación, hacia una noción de igualdad como la protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente

a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, *la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación*. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección.

En un informe reciente de la CIDH se sistematizan algunas decisiones jurisprudenciales del sistema que marcan esta evolución en el concepto de igualdad en relación con los derechos de las mujeres⁷.

Entre los sectores mencionados por el SIDH como grupos discriminados o excluidos que requieren protección especial o tratamiento diferenciado, se encuentran los pueblos indígenas⁸ o la población afrodescendiente⁹ y las mujeres en relación al ejercicio de ciertos

7 CIDH, “El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, pp. 33-51.

8 Sobre las obligaciones positivas de los Estados de garantizar el ejercicio de ciertos derechos civiles, políticos y sociales por los miembros de la comunidad indígenas, en la Corte IDH pueden revisarse los casos: Masacre de Plan Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105; Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, y; Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Recientemente este principio llevó a la Corte a reinterpretar las obligaciones del Estado respecto del derecho a la vida hasta incorporar un deber de garantizar ciertos mínimos vitales de salud, agua, y educación, vinculados con el derecho a la vida digna de una comunidad indígena expulsada de su territorio colectivo, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, y las subsiguientes decisiones de supervisión de sentencia. La Corte también fijó el alcance del deber de consulta y búsqueda de consentimiento en relación con actividades económicas que pudieran afectar recursos, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, en el Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

9 Ver el caso Simona André Diniz contra Brasil, Informe 37/02 declarado admisible por la CIDH en el que se alega incumplimiento del deber estatal de protección frente a conductas discriminatorias de particulares, basadas en el

derechos, como la protección frente a la violencia¹⁰ y la participación política¹¹. También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad, como los niños que viven en la vía pública, o en sistemas de internación, los enfermos mentales en reclusión, los inmigrantes indocumentados, la población campesina desplazada de sus territorios, o las personas pobres portadoras de HIV/ SIDA, entre otros.

El concepto de igualdad sustantiva incide en la forma en que el SIDH ha comenzado a releer las obligaciones de los Estados en materia de derechos civiles y políticos en ciertos contextos sociales, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física, a la participación política y a la protección judicial entre otros.

Así, la Corte estableció por ejemplo la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar que los pueblos indígenas puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a sus poblaciones en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones políticas y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. La Corte en la sentencia dictada en el caso Yatama¹², consideró que la legislación nicaragüense sobre mo-

color o la raza.

10 Sobre la obligación de adoptar políticas y medidas positivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, puede verse el Informe 54/01, María Da Penha Maia Fernandez contra Brasil, del 16 de abril de 2001.

11 Ver CIDH Informe 103/01, “María Merciadri de Moroni.” Argentina, del 11 de octubre de 2001, sobre cupos en el sistema electoral argentino.

12 Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. En esta sentencia la Corte comienza a definir el alcance del derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana y considera que comprende además de la participación en procesos electorales formales, la participación en otros mecanismos de discusión y fiscalización de políticas públicas. También se procura avanzar en la sentencia en mayores precisiones sobre el alcance de la obligación estatal de garantizar este derecho de participación respecto de sectores sociales excluidos o que se encuentran

nopolio de partidos políticos, y las decisiones de los órganos electorales del Estado, habían limitado irrazonablemente la posibilidad de participación en un proceso electoral de una organización política representativa de las comunidades indígenas de la costa atlántica del país. Este caso, también en nuestra opinión expresa la afirmación del principio de igualdad estructural, pues la Corte IDH obliga al Estado a flexibilizar la aplicación de las normas electorales de alcance general para adecuarlas a las formas de organización política que expresan la identidad cultural de un grupo. En definitiva, lo que la Corte reconoce es un “derecho especial o diferenciado a favor de un grupo”¹³ que fija ciertas “protecciones externas” al grupo minoritario, que se consideran indispensables para la preservación de su autonomía política, pero también aseguran su participación en la estructura institucional del Estado nacional.

La noción de igualdad material o estructural, parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren por consiguiente la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho. También conduce a examinar la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los

en situación de desventaja en el ejercicio de este derecho. Para ello el tribunal vincula el derecho a la igualdad, entendido como igualdad no sólo formal sino sustantiva, con el derecho de asociación y de participación política. Ver en tal sentido el voto concurrente del juez Diego García Sayan. Para entender mejor el sentido que la propia Corte IDH le da a su decisión en Yatama, se sugiere leer también como lo diferencia de un caso posterior sobre exclusión de candidaturas independientes, considerando especialmente en Yatama la existencia de un grupo subordinado o discriminado con características de identidad cultural diferenciadas. Ver Corte IDH, Caso Castañeda Gutman Jorge vs. Estados Unidos Mexicanos, 6 de agosto de 2008. Párrafo 172.

13 Ver al respecto, KYMLICKA, W. Nacionalismo Minoritario dentro de las Democracias Liberales. En: GARCIA, S. y LUKES, S. Ciudadanía: Justicia Social, Identidad y Participación. Madrid, Siglo XXI Editores, 1999. También KYMLICKA, W. Ciudadanía Multicultural. Barcelona, Paidós. 1996.

potenciales afectados¹⁴.

El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos, en escenarios sociales de desigualdad. Es además una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales, tanto su formulación, como sus efectos. Además, tiene consecuencias directas en el debate sobre remedios efectivos pues es sabido que las obligaciones positivas son más difíciles de exigir por ejemplo por la vía judicial doméstica. En especial cuando se exige comportamientos positivos para resolver conflictos de naturaleza colectiva.

Además, la noción de igualdad sustantiva se proyecta sobre el deber estatal de proteger a grupos sociales discriminados frente a ciertas prácticas y patrones de violencia que los afectan. Estas prácticas son el resultado de patrones de discriminación y relaciones asimétricas de poder en la sociedad, y suelen contribuir a reproducir y reforzar las desigualdades en ámbito social, cultural y político.

La CIDH consideró especialmente el impacto diferenciado sobre ciertos grupos sociales de prácticas extendidas de violencia desarrolladas por agentes estatales o por actores no estatales con la connivencia o tolerancia del Estado. En este orden de ideas, la Comisión, por ejemplo, estableció la responsabilidad de Brasil por no haber adoptado medidas para prevenir los desalojos forzosos violentos emprendidos por ejércitos privados de hacendados que eran expresión de un patrón sistemático de violencia rural tolerado por las autoridades estatales, seguido de un patrón de impunidad en las investigaciones criminales de estos hechos. Para eso la CIDH tuvo especialmente en cuenta la situación de desigualdad estructural en que se encuentra un sector de la población rural en ciertos estados del Norte brasileño, y los niveles de tolerancia y connivencia entre sectores po-

14 Para un análisis de las nociones de igualdad como reconocimiento de derechos diferenciados a ciertos grupos, puede verse además de KYMLICKA, W. *op. Cit*; YOUNG, I.M. Vida Política y Diferencia de Grupo. En: CASTELLS, C. (Comp.). Perspectivas Feministas en Teoría Política. Madrid, Editorial Paidós, 1996, p. 120; FISS, O. Grupos y la Cláusula de Igual protección. En: Gargarella, R. (comp). Derecho y grupos desaventajados. Barcelona, 1999, pp.137-167.

derosos de hacendados, las fuerzas policiales y la justicia estadual¹⁵. En otro caso, la CIDH responsabilizó a Brasil por un patrón de violencia policial dirigido a jóvenes negros en las favelas de Río de Janeiro, considerando que la ejecución extrajudicial de un joven de este grupo social, era un hecho representativo de ese patrón, el cual a su vez expresaba un sesgo racista en la actuación de la fuerza pública estadual, con la complicidad de la autoridad federal¹⁶. También la CIDH y la Corte IDH consideraron la situación de vulnerabilidad diferenciada frente a la violencia política de ciertos grupos en el marco del conflicto armado interno en Colombia, imponiendo al Estado deberes específicos de protección que implican restricciones en el uso de la propia fuerza estatal, y protección especial frente a otros actores no estatales, así como obligaciones especiales de reparación de alcance colectivo y políticas sociales diferenciadas y culturalmente pertinentes. Estas medidas de protección parten de la obligación de respetar y garantizar ciertos derechos culturales de grupos étnicos, por ejemplo, restricciones a determinadas actividades bélicas en resguardo de la integridad de territorios colectivos de pueblos indígenas y comunidades negras colombianas¹⁷.

DEBER DE PROTECCIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Podemos señalar algunos antecedentes importantes del SIDH sobre el alcance de la obligación de protección ante violencia de género cometida por actores no estatales, que están presentes en la base argumental del caso que comentamos.

15 CIDH, Informe 25/09, “Sebastiao Camargo Filho”. Brasil, del 19 de marzo de 2009.

16 CIDH, Informe 26/09, “Wallace de Almeida”. Brasil, del 20 de marzo de 2009.

17 Puede consultarse las medidas provisionales de la Corte IDH, en el caso del Pueblo Kankuamo y de las comunidades afrocolombianas del Jiguamiandó y el Curvaradó, entre muchas otras. Ver además para ilustrar el tipo de situaciones colectivas mencionadas en el marco del conflicto armado colombiano, CIDH; “Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, Municipio del Carmen del Darién, Departamento del Chocó, República de Colombia”, noviembre de 2008.

En el caso de María Da Penha Fernández contra Brasil, la CIDH, aplicó por primera vez la CBDP y fijó deberes especiales de protección estatal vinculados con el derecho a la vida y a la integridad física, en función de una interpretación del principio de igualdad en línea con la que expusimos. Frente a un patrón estructural de violencia doméstica que afectaba a las mujeres de la ciudad de Fortaleza en el Estado de Ceará, acompañada por una práctica general de impunidad judicial frente a este tipo de casos criminales, y la negligencia del gobierno local en implementar medidas efectivas de prevención, estableció que el Estado federal había violado las garantías judiciales y la obligación de actuar con debida diligencia para asegurar la integridad física de la peticionaria y su igualdad ante la ley. También estableció que los Estados tienen un deber de acción preventiva diligente para evitar prácticas de violencia contra las mujeres, aún frente a la actuación de actores no estatales, con base no sólo en el artículo 7 de la CBDP sino también en la propia Convención Americana. La responsabilidad del Estado provenía de no haber adoptado medidas preventivas con debida diligencia para evitar que esa forma extendida de violencia existiera y se reprodujera en perjuicio de un grupo o colectivo determinado, además de la falta de respuesta efectiva frente a les lesiones graves sufridas por la víctima a manos de su esposo, quien estaba sujeto a un proceso que llevaba 15 años sin juicio.

La CIDH valoró fundamentalmente en el caso *María Da Penha* la existencia de un patrón o “pauta sistemática” en la respuesta Estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada, no sólo en perjuicio de la víctima, sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. Es más, para la CIDH, la ineffectividad judicial discriminatoria crea un ambiente que favorece la violencia doméstica que sufren las mujeres.

El enfoque, como dijimos, va más allá de la situación particular de la víctima individual, pues se proyecta a la evaluación de la situación de discriminación y subordinación de un grupo social determinado. La situación estructural del grupo de mujeres afectadas por la violencia, por un lado, califica los deberes de prevención del Estado y sus obligaciones reparatorias en el caso particular, pero además justifica el tipo de recomendaciones de alcance general que fija la CIDH al Estado y que incluyen por ejemplo cambios en las

políticas públicas, en la legislación y en los procedimientos judiciales y administrativos¹⁸.

Para la CIDH no sólo se ha violado en el caso la obligación de investigación y remedio de prácticas de violencia domésticas basadas en el género, sino también el deber de previsión. Sin embargo, en el análisis que realiza al CIDH no queda claro si se refiere a la imposibilidad del Estado de prever el desarrollo de la práctica generalizada de violencia que afecta a las mujeres en el Estado de Ceará, o a la imposibilidad del Estado de prevenir la agresión de la que fuera objeto la víctima del caso. No existe en *María De Penha* una discusión particular, ni alegatos de los peticionarios, sobre si agentes del Estado demandado, contaban con información adecuada sobre el riesgo existente para la vida y la integridad de la víctima antes de que se consumara la agresión, o si estaban en condiciones de evitarla razonablemente.

EL CASO CAMPO ALGODONERO

En Campo Algodonero la Corte decide analizar la situación de las tres víctimas individuales del caso en función de un contexto de violencia contra un grupo social al cual las víctimas pertenecían. Este examen en contexto de la situación de las víctimas particulares, es indispensable para la determinación del alcance de la responsabilidad del Estado por crímenes que habrían sido cometidos según la prueba disponible, por actores no estatales.

La Corte considera que puede generarse responsabilidad internacional para el Estado por atribución a éste de actos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos¹⁹. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado en varios preceden-

18 CIDH, Informe 54/01, "María Da Penha Maia Fernández. Brasil, del 16 de abril de 2001.

19 Sobre las doctrinas de atribución de responsabilidad internacional a los Estados por actos de particulares, puede verse, BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Fifth Edition, Oxford University Press, 1998, Part VII, pp. 435-476; CHAPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Clarendon Press-Oxford, 1996, pp. 178-244.

tes que la obligación de garantía y respeto de los derechos humanos se proyectan más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos en las relaciones entre los individuos. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, con esta función de protección, pero sólo en aquellas circunstancias particulares en que se considere que los agentes estatales cumplían una posición de garantes con relación a la acción de particulares²⁰.

Los criterios para la atribución de responsabilidad al Estado por el incumplimiento de un deber de protección, no son claros en la jurisprudencia de la Corte, y en nuestra opinión suelen aparecer confusamente mezclados con otro factor de atribución de responsabilidad más directo, que es el "apoyo o tolerancia" con la acción de un actor no estatal. Este último criterio implica complicidad estatal con la violación de derechos y se ha utilizado en casos de acciones de grupos paramilitares que actúan bajo la protección de aparatos gubernamentales, e incluso bajo el amparo de normas jurídicas formales²¹. La *doctrina de la complicidad* (apoyo o tolerancia) atribuye responsabilidad objetiva al Estado como si la acción del particular hubiese sido ejecutada por un agente estatal de manera directa.

20 Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122, párr. 111, párr. 112; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 211; Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 91; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 183; aso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 71; Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 111, y Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 81.

21 Ver Corte IDH, Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37, párr. 91.

El análisis de la Corte en “Campo Algodonero”, toma como base para atribuir responsabilidad al Estado por la acción de particulares, la *doctrina del riesgo* previsible y evitable. Esta teoría que surge en el sistema europeo de derechos humanos, es incorporada por la Corte en algunos precedentes relativos a la violencia paramilitar en el conflicto armado interno colombiano, en los que se cuestionaba la evidencia sobre complicidad directa de agentes públicos. En estos precedentes la Corte desarrolla la idea de un deber estatal de debida diligencia para la protección de los derechos frente a ciertas situaciones de riesgo para su ejercicio. No se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares en su jurisdicción. El deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado, según la Corte, por el conocimiento de una situación de *riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo*²².

La *doctrina del riesgo* requiere en consecuencia, al menos la presencia en un caso de cuatro elementos: (i) que exista una situación de *riesgo real o inmediato* que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; esto es se requiere que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato²³.

22 Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140 párr. 123 y 124. En tal sentido, el tribunal sigue la jurisprudencia de la Corte Europea, la que afirma: “No todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que para que surja la obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar el daño”. Corte Europea de Derechos Humanos, Kilic. V. Turkey, sentencia del 28 de marzo de 2000. Application No. 22492/93, párr. 62-63; Osman v. United Kingdom, sentencia del 28 de octubre de 1998.

23 Sobre el concepto de “riesgo real e inmediato” y el deber de protección por acciones de particulares en manifestaciones públicas, puede verse, Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 110. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares,

(ii) Que la situación de riesgo amenace a un *individuo o a un grupo determinado*, esto es, que exista un *riesgo particularizado*. Lo anterior supone un requisito más estricto que la sola existencia de un riesgo general o una situación extendida de inseguridad que afecta al conjunto de la comunidad. (iii) Que el Estado *conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo*. En tal sentido aquí cuenta tanto la evidencia que determina que las agencias habían obtenido información sobre la situación de riesgo, como también la previsibilidad del riesgo, esto es, la posibilidad de establecer cierta presunción de conocimiento de ese riesgo a partir de las circunstancias del caso, y que está muchas veces asociada al rol de vigilancia o monitoreo que la propia Convención o la CBDP impone al Estado, como también con las características del riesgo. Así, los Estados tienen el deber impuesto por la Convención y por otros tratados y normas internas, de producir información y hacer seguimiento de la situación de violencia que sufren algunos grupos sociales y sectores de la población (ej. Violencia contra las mujeres, desplazados internos, prácticas de racismo) de modo que no puede admitirse como excusa el desconocimiento de situaciones de violencia en estos casos. Además, existen riesgos que son *previsibles* por su envergadura, por su extensión en el tiempo, porque obedecen a prácticas, por o patrones sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por la autoridad estatal. (iv) Finalmente, que el Estado *pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo*. Para poder imputar responsabilidad se requiere entonces primero que el riesgo sea por sus características evitable, y que el Estado esté en condiciones de adoptar medidas capaces de paliar la situación y evitar la materialización del riesgo. Este último elemento se refiere tanto a las características de los factores de riesgo que se presentan, como a las capacidades operativas de los agentes públicos que podían actuar en ese escenario determinado. A su vez, las capacidades operativas no corresponden sólo a la situación subjetiva de los agentes frente a la situación particular, sino que pueden estar a su vez condicionadas por aspectos más generales que suelen determinar la idoneidad de las respuestas estatales, tales como la insuficiencia del sistema legal, o el déficit de las políticas públicas, o la debilidad de las agencias compe-

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 121. Ver también voto concurrente de Diego García Sayán en Campo Algodonero, párr. 8, 9 y 10.

tentes. La posibilidad del Estado de evitar la consumación del riesgo es un elemento conflictivo del estándar. Muchas veces la dificultad de actuar deriva del incumplimiento de obligaciones impuestas por la Convención, que imponen al Estado una *posición de garante* de derechos frente a ese tipo de riesgo, por ejemplo, la falta de adecuación legislativa en materia de discriminación racial o violencia de género, o la ineficacia de los sistemas remediales en la administración de justicia que el Estado debe disponer como tutela judicial efectiva. Es razonable afirmar que el Estado no podrá invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo, si ha contribuido a ello por no adoptar medidas de garantía que la propia Convención establecía.

Así, un factor que complejiza aún más el criterio del riesgo, es que los Estados no son, por lo general, sujetos pasivos que intentan paliar riesgos sociales que les son ajenos, sino que contribuyen con sus acciones, sus políticas, sus prácticas y sus omisiones, a la creación, configuración o consolidación de las situaciones de riesgo social, aún cuando la situación riesgosa provenga de conductas criminales de particulares.

La *doctrina de la complicidad* apunta a establecer una responsabilidad directa del Estado por la acción de tolerancia, aquiescencia o apoyo de agentes públicos con los crímenes de actores no estatales. En tal sentido, la acción del particular se asimila a efectos de la responsabilidad internacional con acciones de agentes públicos. En el otro extremo, la *doctrina del riesgo*, apunta a una responsabilidad estatal indirecta por incumplimiento del deber de garantía, que incluye una obligación específica de previsión y protección frente a actos de particulares.

Pero la Corte ha desarrollado en algunos casos una teoría intermedia para aquellos casos en que, si bien no es posible afirmar que agentes públicos han sido cómplices de un acto violatorio de derechos humanos, la participación del Estado no se limita a un incumplimiento de deberes de protección, e incluye acciones públicas, normas, prácticas o políticas, que han *creado objetivamente la situación de riesgo*. Cuando el Estado ha creado el riesgo sus deberes de garantía frente a actos de particulares son más estrictos. A esta tercera doctrina de atribución de responsabilidad, podría denominarla para ordenar las ideas aquí expuestas, como *doctrina del riesgo*

creado, pues el Estado está obligado a proteger frente a un riesgo que él mismo creó, y tiene un deber particular de desactivar la situación de riesgo que ha engendrado directamente.

Así, en una serie de casos relacionados con crímenes de lesa humanidad cometidos por grupos paramilitares colombianos en un período en el que el accionar de estos grupos había sido ilegalizado, y en los cuales la Corte no encontró prueba directa de complicidad en esos casos entre paramilitares y agentes públicos, el tribunal impuso responsabilidad al Estado por incumplimiento de sus deberes de garantía, sobre la base de una aplicación particular de la teoría del riesgo, pero considerando que existía un deber agravado de protección en razón de que el Estado había creado la situación de riesgo y no había logrado luego desactivarla. Así dijo la Corte: “[d]e lo anterior se desprende que el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos, pero éstos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. Al respecto, la Corte ha observado que dichos “grupos paramilitares son responsables de numerosos asesinatos [...] y de una gran parte de las violaciones de derechos humanos en general” cometidas en Colombia. Además, se ha demostrado ante este Tribunal “la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos”. En tales casos, el Tribunal ha declarado la responsabilidad internacional del Estado colombiano por haber incumplido “con su obligación de garantizar los derechos humanos [y, en ese sentido,] haber faltado a sus deberes de prevención y protección”²⁴.

En algunos casos la Corte consideró que la creación de la situación de riesgo por haber propiciado la conformación de grupos paramilitares, había sido un aporte estatal decisivo para agravar la situación de vulnerabilidad frente de violencia de un grupo social determinado, como los defensores de derechos humanos en Colombia:

24 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 76.

“Al respecto, la Corte ha señalado anteriormente que, ‘al haber propiciado la creación de estos grupos [de autodefensas,] el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos siguieran cometiendo hechos como los del presente caso’. La Corte reconoce, como lo ha hecho en otras ocasiones, que, si bien el Estado ha adoptado determinadas medidas legislativas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de los grupos de autodefensa o paramilitares, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. Por tanto, dicho riesgo, mientras subsista, ‘acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares [...]’. El Tribunal considera que dicho riesgo generado por el Estado agravó la situación de vulnerabilidad de las defensoras y defensores de derechos humanos que, como Jesús María Valle Jaramillo, denunciaban las violaciones cometidas por paramilitares y la fuerza pública”²⁵.

De modo que entre la *doctrina de la complicidad*, y la *doctrina del riesgo*, podemos ubicar esta tercera *doctrina del riesgo creado*. Claro que quedarán zonas grises, por ejemplo, cuando el Estado no haya creado directamente la situación de riesgo, pero haya contribuido de manera decisiva a crearla o mantenerla por el incumplimiento de deberes de protección y garantía impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos. No es equivalente a la creación objetiva del riesgo (como en el caso colombiano por la sanción de leyes que autorizan a actuar a grupos paraestatales), pero si define de alguna manera la participación estatal en la configuración de los factores institucionales y sociales de los que proviene el riesgo, a raíz del incumplimiento de deberes convencionales de debida diligencia, e incluso de deberes de debida diligencia

25 Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 80 y 81; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159; Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

agravados o reforzados en ciertos contextos.

En tal sentido, el grado de contribución estatal a la existencia o persistencia del riesgo, será un factor decisivo para evaluar los requisitos de *evitabilidad* y *previsibilidad* del riesgo, en una situación determinada.

Corresponde en lo que sigue analizar brevemente los criterios de atribución de responsabilidad usados por la Corte en el caso “*Campo Algodonero*”.

La demanda de la CIDH y el escrito de los peticionarios ante la Corte, plantean con matices la hipótesis de que la situación de riesgo a evitar, obedecía a un *patrón de violencia, discriminación e impunidad*, que afectaba a las mujeres jóvenes de sectores pobres de Ciudad Juárez. Que ese patrón se había comenzado a configurar a partir de la comisión de crímenes basados en el género, que incluían homicidios, desapariciones, torturas y vejámenes sexuales, desde fines de la década del noventa. Sostienen además que el Estado no era sólo responsable de no haber previsto o evitado los crímenes, sino que había contribuido sustancialmente a la configuración de ese patrón de violencia, tanto por la falta de políticas de seguridad dirigidas a la protección de las mujeres, como por la falta de respuesta del sistema de justicia para buscar a las mujeres secuestradas y para investigar diligentemente los crímenes ya consumados. Sostenían además que la respuesta estatal deficitaria no era sólo resultado de la negligencia y la imprevisión, sino de patrones de discriminación y machismo arraigado en las agencias públicas. En tal sentido, podría afirmarse, que tanto la CIDH como los peticionarios, plantean una participación clara del Estado en la configuración y preservación de la situación de riesgo que lleva a la muerte de las víctimas. Ello pese a que no hay acuerdo entre la CIDH y los peticionarios sobre el momento exacto en que se configura responsabilidad del Estado por las violaciones consumadas. Para la CIDH, si bien el Estado es responsable de la configuración del patrón de violencia, sólo resulta jurídicamente imputable la responsabilidad internacional a partir de que toma conocimiento de las desapariciones de las tres víctimas y no actúa eficazmente para evitar sus homicidios y los crímenes que sufren en cautiverio. Para los peticionarios la responsabilidad internacional se genera un paso antes, por la falta de prevención de las desapariciones de las mujeres, que no son más que la expresión de un patrón de vio-

lencia que afecta a todo el grupo²⁶.

La Corte no adhiere a la teoría del patrón sistemático de violencia, y parece optar por una imputación atenuada de responsabilidad estatal basada en la *doctrina del riesgo*, pero con el componente particular de la existencia en el caso de un deber de *debida diligencia reforzado* en función del artículo 7 de CBDP. Lamentablemente la Corte no describe de manera precisa los criterios de atribución de responsabilidad que usa en el caso, combinando citas jurisprudenciales que refieren tanto a lo que denominados la *doctrina de la complacencia*²⁷, como de la *doctrina del riesgo* previsible y evitable²⁸.

De la lectura de la decisión, me inclino a pensar que es este último el criterio que finalmente prevalece en el análisis de la evidencia. Así, la Corte considera que el artículo 7 de CBDP, establece un deber de *debida diligencia reforzado*, lo que parece indicar que este opera estableciendo una carga adicional de deberes de prevención al Estado, por sobre un piso de *debida diligencia* en la protección de las acciones de particulares, que vendría dado, en principio, por la propia Convención Americana. Aunque en el razonamiento de la sentencia no queda claro cual sería el piso de *debida diligencia*, y qué elementos adicionales agregaría la norma especial de la CBDP, la Corte define algunos puntos que serán valiosos en el examen final sobre la imputación de responsabilidad. Sostiene la Corte que:

“Los Estados, deben adoptar medidas integrales para cumplir con *debida diligencia* en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denun-

26 Ver demanda de la CIDH, párr. 161-176. Ver Escrito de los Peticionarios, página 133. Señalan los peticionarios: “Las autoridades mexicanas al momento en que ocurrieron las desapariciones de las víctimas tenían conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato para la vida de estas. Debido a que, los casos aquí expuestos forman parte del patrón de violencia contra mujeres, niñas, y el Estado no tomó las medidas necesarias con la *debida diligencia* para evitarlo”.

27 Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párr. 236.

28 Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párr. 280.

cias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva de los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Para”²⁹.

La definición que realiza la Corte de los contenidos básicos del deber de *debida diligencia* con base en el artículo 7 de CBDP tiene indudable impacto en la aplicación de la *doctrina del riesgo*, pues implica colocar al Estado en una posición de garante respecto del riesgo de violencia basada en el género.

Así, el deber de *debida diligencia* agravado incide en la *previsibilidad* del riesgo de violencia basada en el género, pues el deber de prevención de factores de riesgo, obliga al Estado a realizar un monitoreo de la situación social de violencia. La CIDH ha establecido que:

“El deber de *debida diligencia* para prevenir situaciones de violencia, sobre todo en el contexto de prácticas extendidas o estructurales, impone a los Estados el correlativo deber de vigilar la situación social mediando la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. En tal sentido la obligación del artículo 7 inc. B de la Convención de Belém do Para debe ser interpretada en conjunción con la obligación establecida en el artículo 8 inciso H de garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencias de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra las mujeres y de formular e introducir los cambios necesarios”³⁰.

29 Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párr. 258.

30 CIDH, Informe: “El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, párr. 42.

En tal sentido a fin de considerar la previsibilidad de un riesgo de violencia contra las mujeres en una situación particular, debe partirse de considerar que el propio Estado tiene un deber de monitoreo y evaluación de la situación de violencia de género, que lo hace responsable de la ausencia de datos sociales fiables. En ese sentido, podríamos considerar que el deber reforzado de debida diligencia en la CBDP actúa imponiendo un esfuerzo adicional relacionado con el conocimiento de las situaciones de riesgo, y por lo tanto, limita considerablemente el margen del Estado para invocar su desconocimiento en una situación particular.

Por otro lado, el deber de *debida diligencia reforzado*, parece operar también sobre la *evitabilidad* del riesgo, esto es, sobre los factores que contribuyen a prevenir la materialización del riesgo y que están según la Corte en la órbita del propio Estado. Por ejemplo, la necesaria adecuación de los marcos normativos, la implementación de políticas generales de protección, la implementación de estrategias para superar la desigualdad de poder y la discriminación de las mujeres, y la efectividad de los mecanismos de tutela judicial, entre otros. También en este punto, la capacidad operativa del Estado de evitar que se materialice una situación de riesgo, no puede ser observada como si el Estado fuera un sujeto extraño al riesgo que debe reaccionar cuando lo conoce con lo que tiene disponible. El déficit de las políticas públicas y del sistema institucional determina en gran medida la capacidad de respuesta en la situación particular. También aquí está en cabeza del Estado contar con un sistema adecuado de reacción frente a este tipo de riesgos, y por lo tanto el margen para alegar la inevitabilidad de un riesgo se reduce considerablemente.

En Campo Algodonero resulta clara la vinculación entre el incumplimiento de los deberes de adopción de políticas públicas, de mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial y de adecuación normativa, con las circunstancias que contribuyen a que las agencias públicas no logren prever ni evitar los crímenes. Por ejemplo, la CIDH, los peticionarios y la propia Corte, señalan cómo prejuicios machistas en los propios operadores judiciales, demoraron el inicio de las averiguaciones de paradero de las jóvenes desaparecidas. También se identificó cómo resultaron determinante de la impunidad de los crímenes de las víctimas y de las demás mujeres afectadas por formas similares de violencia en Ciudad Juárez, las irregularidades

cometidas por los jueces, policías locales y peritos forenses que realizaron autopsias y examinaron el lugar donde aparecen los cuerpos³¹.

El otro aspecto relevante en Campo Algodonero, es la característica del riesgo que debe ser evaluado en el examen de imputación de responsabilidad estatal por actos de particulares. Como dijimos, si bien la Corte no adhiere a la tesis del patrón sistemático, brinda vital importancia a la existencia de un contexto social de violencia que presenta aspectos particulares en Ciudad Juárez. La Corte afirma:

“De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad”³².

El contexto de violencia configura para la Corte una situación general que incide sobre la situación particular de las víctimas y sobre el tipo de respuestas que debía brindar el Estado. Se trata de una suerte de “riesgo general” que a su vez califica la expectativa de respuesta del Estado ante el “riesgo particularizado” de cada uno de las tres víctimas del caso. El riesgo general contribuye a definir las

31 Ver por ejemplo descripción de irregularidades en pericias forenses realizadas a las víctimas del caso y a otras víctimas encontradas en el denominado “Campo Algodonero” y “Cristo Negro” en escrito de Solicitudes de los peticionarios, pp. 108-111.

32 Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párr. 164.

características de *previsibilidad* y *evitabilidad* del riesgo particular.

Para la Corte existen dos momentos claves en los que debe examinarse el deber de prevención estatal. El primero antes de la desaparición de las víctimas, y el segundo luego de la desaparición y antes de la localización de sus cuerpos sin vida.

Respecto del primer momento la Corte concluye que existe una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención. Sin embargo, ello no conduce a determinar la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres de Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tuviera conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas del caso. Esto es, tenía conocimiento del riesgo general de violencia de género, pero no sobre el riesgo particularizado de las víctimas individuales. De esa manera, la Corte marca un límite a la aplicación de la *doctrina del riesgo*, pues es estricta en exigir un conocimiento directo de un riesgo particularizado que afecte de manera concreta a una víctima determinada. El riesgo general genera deberes de acción, pero su incumplimiento no es suficiente, según la Corte, para atribuir responsabilidad al Estado por todo lo sucedido a cada una de las víctimas.

Es recién en un segundo momento, luego de la desaparición y antes del hallazgo de los cuerpos, que, para la Corte, el Estado tuvo ya un conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida e integridad física de las víctimas individuales. Este conocimiento se define no sólo por la prueba sobre la información que tenía el Estado respecto de la desaparición de cada una de las víctimas individuales al momento de su ocurrencia, sino también en función del contexto social descrito, de violencia extendida contra las mujeres³³.

La Corte así, agrava el deber de debida diligencia, o dicho en otros términos, somete su cumplimiento a un estándar más estricto en el caso, en función del contexto de violencia de género, considerando especialmente como ese contexto debió orientar las acciones estatales. De alguna manera como dijimos, el riesgo general verificado en el caso, incide sobre la posibilidad de prever y evitar

33 Corte IDH, Caso Campo Algodonero, párr. 282 y 283.

el riesgo particularizado, esto es los crímenes sufridos por las víctimas. Dice la Corte:

“La Corte considera que *ante tal contexto* surge un *deber de debida diligencia estricta* frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de la libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”³⁴.

La Corte concluye que el Estado no ha demostrado haber adoptado medidas razonables conforme a las circunstancias del caso, para encontrar a las mujeres secuestradas y evitar sus muertes. Las investigaciones realizadas luego de anunciada la desaparición fueron rituales e inefectivas, y los funcionarios desconfiaron de las versiones de las familias y negaron la urgencia de los casos, sin considerar el contexto de violencia que debía llevar a presumir que la vida de las jóvenes estaba en peligro inminente.

Como dijimos la falta de respuesta de los agentes públicos en el caso, se relaciona en parte con la falta de adopción de políticas más generales de prevención. La Corte señala:

“Además, la Corte considera que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los

34 Corte IDH, caso Campo Algodonero, párr. 283. Énfasis añadido.

funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato”³⁵.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Si bien en Campo Algodonero la Corte extendió el alcance de la responsabilidad indirecta del Estado por la acción de particulares que tiene como consecuencia jurídica la violación de derechos humanos, también acotó el campo de responsabilidad estatal indirecta, al definir aunque de manera un tanto imprecisa todavía, algunos criterios de atribución de responsabilidad. Estos criterios están basados en los deberes genéricos de prevención de la Convención Americana, que operan como un piso, al que se agregan deberes “reforzados” de debida diligencia, que se originan en normas específicas relacionadas con la violencia basada en el género en razón del artículo 7 de la CBDP. También en nuestra opinión, estos deberes reforzados de protección surgen de la consideración especial que realiza la Corte del contexto de violencia y discriminación que afectaba en el caso al grupo social que integraban las víctimas, esto es, a las mujeres jóvenes de sectores pobres en Ciudad Juárez, lo que permitiría afirmar que este tipo de análisis de la doctrina del riesgo podría ser aplicado en el futuro a la situación de otros grupos sociales afectados por patrones de violencia y discriminación.

La Corte fijó un límite en la atribución al Estado de crímenes de particulares, a partir de la exigencia de que éste tuviera conocimiento no sólo del riesgo general, sino de un riesgo particularizado, referido a una víctima o a un grupo de víctimas determinadas. Sólo a partir del conocimiento de ese riesgo particularizado (en el caso luego de la noticia sobre la desaparición de cada una de las víctimas), la Corte estuvo dispuesta a considerar que el Estado incumplió un deber concreto de actuación diligente, capaz de determinar su responsabilidad por crímenes de particulares³⁶. Ello sin perjuicio de considerar que

35 Corte IDH, caso Campo Algodonero, párr. 285.

36 El razonamiento de la Corte en este punto, coincide con la demanda de la CIDH. Si bien la CIDH planteó que existía un patrón sistemático de violencia e impunidad, sólo imputó responsabilidad al Estado por la falta de diligencia luego del conocimiento de las desapariciones, evaluando la conducta

existía una obligación de prevención general relacionada con el contexto de violencia de género antes de la ocurrencia de las desapariciones de las víctimas.

Surge de la lectura del razonamiento de la Corte, que si en lugar de examinarse secuestros seguidos de muerte, se hubiera tratado de homicidios directos, el Estado hubiera sido en principio exonerado de su responsabilidad internacional. Aún cuando se hubiera concluido su contribución con la situación general de violencia. También que, si las desapariciones de las tres víctimas hubieran sido hechos particulares y aislados y no parte de un contexto general, la Corte hubiera evaluado de una manera diferente la posible imputación al Estado de los casos. Quizá hubiera puesto más énfasis en el grado de información concreta con la que contaba el Estado respecto de cada hecho, a fin de prevenirlo o evitarlo³⁷.

estatal también en función de su conocimiento de la existencia de un patrón de violencia en el cual debieron encuadrarse la ocurrencia de los crímenes. Los peticionarios coincidieron con la CIDH en señalar que existía un patrón sistemático de violencia, pero exigieron que se responsabilizara al Estado por no evitar y alimentar ese patrón, y en tal sentido, extendieron la atribución de responsabilidad por las desapariciones y no sólo por lo ocurrido luego de ellas. El Estado reconoció que existía un contexto de violencia contra las mujeres y el componente de género de algunos de los crímenes, reconoció también algunas las fallas denunciadas en la investigación penal de los crímenes de las tres víctimas, pero negó que de las circunstancias del caso derivaran elementos para atribuirle al Estado responsabilidad internacional por conductas de particulares.

37 Al respecto puede cotejarse el examen que realiza la CIDH en un caso en el que aplica la teoría del riesgo, pero sin considerar como marco la existencia de un patrón o contexto de violencia. En esta situación, el análisis del deber de actuación diligente requiere evaluar la información específica con que cuenta la autoridad pública en las distintas etapas de la acción criminal de un particular para determinar si la autoridad estaba en conocimiento de la existencia de un riesgo inminente y particularizado (ver CIDH, Informe 80-11, Caso 12.626, “Jessica Lenahan Gonzalez y otros c. Estados Unidos, informe del 21 de julio de 2011). Por otro lado, puede analizarse la aplicación de la doctrina del riesgo por la Corte IDH en una serie de casos referidos a la respuesta diligente de las autoridades policiales y judiciales guatemaltecas en los que se discute la existencia de un “patrón” o “contexto” de violencia de género (Corte IDH, “Veliz Franco y otro c. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, “Velásquez Paiz y otro c. Guatemala”, sentencia de 19 de noviembre de 2015, “Gutiérrez Hernández y otro c. Guatemala”, sentencia de 24 de agosto de 2017). Respecto del desarrollo del deber de investigación con debida

Un factor que complica el análisis de la aplicación futura del precedente, es que la Corte además de utilizar la *doctrina del riesgo*, cita jurisprudencia referida a otros criterios de atribución de responsabilidad por actos de particulares, como es la doctrina que denominamos de la complicidad (apoyo o tolerancia estatal con el crimen). Por lo demás la Corte incorpora el examen de las obligaciones del artículo 7 de la CBDP en el examen general sobre la obligación de prevención y protección. Por eso si bien se refiere a que el artículo 7 de la CBDP fija un estándar reforzado de debida diligencia que opera sobre el estándar genérico de la Convención, no llega a definir en que consiste el estándar genérico y que cosas agrega en particular el estándar reforzado. En el análisis del caso hemos intentado responder a esta cuestión preliminarmente. Lo que ya es definitivo, es que ese deber de debida diligencia reforzado del artículo 7 de CBDP coloca al Estado en una posición de garante ante el riesgo de violencia basada en el género, y ello se refleja en el examen de los factores de previsibilidad y evitabilidad en la aplicación de la *doctrina del riesgo* como criterio de atribución de responsabilidad por actos de particulares.

Es difícil anticipar hasta donde podría llegar la Corte en el futuro si se plantean por ejemplo nuevos casos de atribución de responsabilidad estatal por crímenes de particulares que no involucren violencia basada en el género de las víctimas.

Si bien es claro que en la evaluación de la situación particular de las víctimas del caso, la Corte consideró especialmente el contexto social y la situación de vulnerabilidad frente a la violencia del grupo social al que las víctimas pertenecían, al no establecerse una relación explícita en los fundamentos de la sentencia, entre la situación de desigualdad del grupo y los deberes de prevención y protección, no es posible anticipar con certeza si los mismos criterios de atribución de responsabilidad que se usan en el caso serían aplicados por la Corte a situaciones similares de otros grupos sociales discriminados, que no fueran alcanzados por la Convención de Belém do Para.

En nuestra opinión, más allá de la imprecisión de la sentencia en

diligencia de casos de violencia sexual, ver Corte IDH, “V.R.P, V.P.C. y otros c. Nicaragua”, sentencia de 8 de marzo de 2018 y “Caso de Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco c. México”, sentencia de 28 de noviembre de 2018.

este punto, la condición de las víctimas como miembros de un grupo social afectado por un contexto persistente de violencia y discriminación, es un factor clave del examen de la responsabilidad estatal en este caso, lo que debería permitir trasladar este precedente a otras situaciones similares de violencia sistemática o estructural contra grupos sociales desaventajados³⁸.

De alguna manera, el esquema de obligaciones de la Convención de Belém do Para y en especial el deber de debida diligencia, sólo puede entenderse a partir de la relación que se establece en ese instrumento entre violencia y desigualdad. Las relaciones desiguales de poder son claves para entender la dinámica de la violencia de género y de allí la imposición al Estado de un deber de prevención y protección diferenciado o “reforzado” en palabras de la Corte. Esta conclusión ubica el caso que examinamos, en nuestra opinión, en la línea de una tendencia más amplia en el sistema interamericano en el tratamiento de cuestiones relacionadas con la protección especial y diferenciada de ciertos grupos sociales afectados por patrones de desigualdad. El Estado es garante de la igualdad, y por lo tanto tiene una posición de garante frente a patrones de violencia que afectan a grupos subordinados. Su deber de debida diligencia en la protección del grupo discriminado es en consecuencia un deber calificado o más intenso. La posición estatal de garante afecta fundamentalmente el examen de su capacidad o posibilidad de prevenir o evitar un riesgo

38 La Corte IDH aplicó la teoría del riesgo para imputar responsabilidad por incumplimiento de deberes de prevención con debida diligencia en un caso de trabajo esclavo realizado por empresarios privados. En ese caso consideró la situación de discriminación estructural de los trabajadores sometidos a esta práctica y en línea con el test establecido en Campo Algodonero diferenció “dos momentos”, distinguiendo, por un lado, un deber genérico de prevención, y por otro lado, un deber específico ante una situación de riesgo cierto y determinado (cfr. Corte IDH, “Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil”, sentencia de 20 de octubre de 2016, parr.327 y 328). Con anterioridad, el tribunal había aplicado la teoría del riesgo para atribuir responsabilidad estatal por la omisión de adoptar medidas necesarias para prevenir una situación de riesgo de vida que afectaba a una comunidad indígena desplazada arbitrariamente de su territorio cultural. En este caso, si bien el Estado no había provocado el desplazamiento forzado del territorio en disputa, si era responsable directo por el retardo injustificado del proceso de reconocimiento del título de propiedad colectivo, lo cual había contribuido a agravar las condiciones de vulnerabilidad extrema de la comunidad indígena (ver Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, parr.151-159)

real e inmediato contra el grupo o contra individuos del grupo. Conduce a ser menos rígido en el estudio de los requisitos de atribución del riesgo, y más estricto en la evaluación de las excusas del Estado.

Por último, me parece importante apuntar que los criterios usados por la Corte para definir los deberes positivos de prevención y protección del Estado frente a actos de particulares, a la luz de las obligaciones generales de garantía de la Convención y de las específicas de la CDBP, no resultan sólo fuente de responsabilidad internacional, sino que son criterios para imputar responsabilidad a los Estados en los sistemas jurídicos nacionales, donde ambos instrumentos se han incorporado como derecho doméstico, incluso en ocasiones con rango constitucional. Esto es, deberían tener un correlato en las doctrinas sobre responsabilidad administrativa por la prevención y reparación de daños causados por particulares.

Sin duda un tema pendiente es como profundizar la interpretación de estos principios a fin de alcanzar un mayor nivel de exigibilidad de estas obligaciones en los sistemas de justicia de los Estados, que deben brindar protección primaria y preferente, antes de que un conflicto se convierta en un litigio internacional. Lamentablemente, existen pocos precedentes de decisiones de tribunales nacionales que declaren la operatividad y exigibilidad de las obligaciones positivas y de alcance general contenidas en el artículo 7 de la CDBP. Por ejemplo, la obligación de adoptar políticas públicas preventivas, regular mecanismos judiciales, y producir información estadística para el monitoreo de la situación social de violencia de género. Es posible que el precedente de la Corte en “Campo Algodonero” permita avanzar en esa dirección.

BIBLIOGRAFÍA:

- BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. Fifth Edition, Oxford University Press, 1998, Part VII, pp. 435-476
- CASTELLS, C. (Comp.). Perspectivas Feministas en Teoría Política. Madrid, Editorial Paidós, 1996, p. 120;
- CHAPHAM, Andrew. Human Rights in the Private Sphere. Clarendon Press-Oxford, 1996, pp. 178-244.
- CIDH, caso Simona André Diniz contra Brasil, Informe 37/02 declarado admisible por la CIDH.
- CIDH, “El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, pp. 33-51.
- CIDH, Informe 54/01, “Maria Da Penha Maia Fernández. Brasil, del 16 de abril de 2001.
- CIDH Informe 103/01, “María Merciadri de Moroni.” Argentina, del 11 de octubre de 2001.
- CIDH, Informe 25/09, “Sebastiao Camargo Filho”. Brasil, del 19 de marzo de 2009.
- CIDH, Informe 26/09, “Wallace de Almeida”. Brasil, del 20 de marzo de 2009.
- CIDH;” Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, Municipio del Carmen del Darién, Departamento del Chocó, República de Colombia”, noviembre de 2008.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Kilic. V. Turkey, sentencia del 28 de marzo de 2000. Application No. 22492/93, párr. 62-63; Osman v. United Kingdom, sentencia del 28 de octubre de 1998.
- Corte IDH, Caso Castañeda Gutman Jorge vs. Estados Unidos Mexicanos, 6 de agosto de 2008. Párrafo 172.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006
- Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124
- Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140 párr. 123 y 124
- Corte IDH, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 3
- Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

- Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148;
- Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Excepciones preliminares. Sentencia 7 de marzo 2005. Serie C No. 122,
- Corte IDH, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195
- Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194
- Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192
- Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- FISS, O. Grupos y la Cláusula de Igual protección. En: Gargarella, R. (comp). Derecho y grupos desaventajados. Barcelona, 1999, pp.137-167.
- KYMLICKA, W. Ciudadanía Multicultural. Barcelona, Paidós. 1996
- KYMLICKA, W. Nacionalismo Minoritario dentro de las Democracias Liberales. En: GARCIA, S. y LUKES, S. Ciudadanía: Justicia Social, Identidad y Participación. Madrid, Siglo XXI Editores, 1999.

ENTREVISTA A VÍCTOR ABRAMOVICH

GUIDO LEONARDO CROXATTO

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 188-201

Víctor Abramovich, actual procurador ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se constituyó, tanto en su destacada producción académica junto a autores como Christian Curtis y Laura Pautassi, como en su labor ejecutiva en el CELS, en uno de los referentes argentinos en materia de operatividad de derechos sociales y económicos. Esto es: que los derechos no sean veleidades “programáticas”, como muchas veces ha sostenido nuestra jurisprudencia, sino exigibles. Plenamente “operativos”. Si no lo son: son veleidades escritas en un papel. En ningún campo es tan dramática ni visible la distancia entre la teoría y la práctica como en los derechos humanos, campo en el que se destaca Abramovich. Los DDHH no toleran más esa separación¹.

Conocí, como otros abogados y abogadas de mi generación, a Víctor Abramovich en el CELS (su nombre se asocia inmediatamente a esa ONG en DDHH), pero también en una oficina en el piso 8 de la secretaria de derechos humanos, en la antigua sede de 25 de mayo, edificio que llevaba el nombre de Bidart Campos. En aquel entonces Víctor estaba armando, en una oficina donde

1 Curtis, C. y Abramovich, V. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, Madrid, 2002. Curtis, C. y Abramovich, V. *El Umbral de la Ciudadanía: El Significado de Los Derechos Sociales en El Estado Social Constitucional*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006. Dos libros con Laura Pautasi: Pautassi, Laura y Víctor Abramovich (comp.). *La medición de Derechos en las Políticas Sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2010. Pautassi, Laura y Víctor Abramovich (comp.). “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”. En *La revisión judicial de las políticas sociales*. Estudio de casos. Del Puerto Editores. Buenos Aires; Año: 2009; p. 279 – 34.



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



había libros de Mattarollo, en la gestión de Eduardo Luis Duhalde, el IPPDH (fue Secretario Ejecutivo del IPPDH del 2010 al 2014), que actualmente dirige Remo Carlotto, profesor, como Víctor, en la Maestría en derechos humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLA). Víctor daba la materia problemas especiales de acceso a la justicia, junto a Diego Morales, actualmente a cargo del área de litigio del CELS². Víctor Abramovich fue el primer director ejecutivo del IPPDH, tema sobre el que se explaya en esta entrevista, crítica de la visión meramente “subsidiaria” del Estado, cuya función primera es garantizar derechos.

Antes de comenzar la entrevista, mientras repasa sus trabajos junto a Cristian Curtis, Víctor menciona, como profesor de derechos humanos en el ciclo básico común de la carrera de Abogacía en la UBA, casi al pasar, que vive cierto retroceso en las aulas, que discute cosas que antes no venía discutiendo: como si hubiéramos dado, como sociedad, un paso para atrás.

Siempre buscaste relacionar el campo de la administración pública con los derechos humanos. **¿Cuál fue tu rol en el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos?**

A: Lo primero que quisiera mencionar es que en el IPPDH (Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos) la idea era, básicamente, fortalecer las áreas de DDHH que se habían ido generando en los gobiernos de los cuatro países del MERCOSUR, y también la idea de lo que se denominaba (y se sigue denominando) “enfoque de derechos de la política pública”. Supone incorporar la perspectiva de los órganos de DDHH de la comunidad internacional de DDHH en los procesos de formación e implementación de políticas públicas. Dentro de lo que se discute en relación con eso, nosotros lo que trabajamos fue la perspectiva de derechos en el campo de la política social. Hicimos muchos trabajos de investigación, documentos y capacitación con funcionarios sobre cómo incorporar perspectivas y enfoques de derechos humanos en el campo de la política pública

2 La primera vez que pude ver la bandera de la UNLA fue en el salón del CELS, en el primer piso, sobre la calle piedras, donde los y las estudiantes de abogacía de la UBA de último año realizan su práctica profesional. Estaba esa bandera color bordo y blanco colgada allí porque en el CELS se daban y aun se imparten las clases de la Maestría en Derechos Humanos.

social, tanto los temas de seguridad social, los temas de salud y los temas ligados a la transferencia de ingresos condicionadas.

G: ¿Este acuerdo de políticas se dio en todo el MERCOSUR?

A: En todo el MERCOSUR. ¿Qué implicaba esto? Cómo incorporar perspectiva de enfoques diferenciados de género, enfoques diferenciados por discapacidad, mecanismos determinados por la vinculación de problemas de desigualdad.

G: ¿Este Instituto está en Buenos Aires?

A: El Instituto está en Buenos Aires, pero trabaja con los cuatro países.

G: ¿Nace con el MERCOSUR?

A: Sí, lo proponen los mismos gobiernos.

G: ¿Se puso en práctica recién en 2014?

A: Yo lo empecé a armar en 2010. El proyecto viene de 2009, se empezó a formalizar en 2010, se armó la estructura, se hizo un concurso internacional para nombrar a los directores de los cuatro países.

G: ¿Tiene directores de los cuatro países?

A: Sí, y el secretario ejecutivo, que lo nombra el MERCOSUR y que va rotando. Actualmente el secretario ejecutivo es Remo Carlotto. Antes fue Paula Brown, Juan Miguel Gonzalez Bibiloni, de Paraguay, Paulo Abrao, de Brasil, y Ariela Peralta, por Uruguay.

G: ¿Y por qué funciona en Buenos Aires?

A: Porque se decidió que la sede estuviera en Buenos Aires. El MERCOSUR tiene todas las instituciones en Montevideo, el instituto de política social en Asunción y se decidió que este estuviera en Buenos Aires y se localizara en la ESMA.

G: Vos fuiste quien le dio forma.

A: Exactamente. Mi idea no es contarte tanto del instituto, sino del enfoque de derechos de política social. Creo que tiene que ver con la tarea que actualmente realizan ustedes en la escuela (ECAE). Los DDHH tienen una perspectiva sobre la manera en la que se piensan los derechos, pero también sobre la manera en la que se organiza la administración pública. Parte del desafío de estos institutos es cómo incorporar esta perspectiva en el campo de la política pública, que muchas veces no le presta atención a todos estos desarrollos. Por ejemplo, pienso en todo lo que fue la discusión del modelo social de discapacidad, que suelen ser más bien tutelares, la incapacitación. La idea es cambiar esos enfoques. Lo mismo pasa en la infancia. No hablamos ya de “incapaces” o de “personas inválidas” o de “menores”. En temas vinculados a política social también hay toda una tradición que tiende a pensar la política social como beneficios-asistencia. Entonces, empezar a hablar de derechos sociales, principios de igualdad y no discriminación en el campo de la política social obliga a repensar muchos aspectos de la Administración. Implica repensar ciertos aspectos que antes no se consideraban y que ayudan a pensar al Estado en general y al servicio jurídico en concreto.

G: ¿Este instituto le hace recomendaciones a cada gobierno del Mercosur en materia de administración pública?

A: El instituto tiene varias funciones. Una de ellas es el asesoramiento y cooperación técnica. Tiene un área de investigación aplicada. El MERCOSUR se organiza mediante reuniones de autoridades ministeriales. Una de ellas es la de la Secretaría de Derechos Humanos, que se llama RAT, y que le da mandato al instituto para que haga proyectos de investigación. Forman parte las Secretarías de DDHH y las secretarías de DDHH de las cancillerías del MERCOSUR. Tuvimos varios mandatos vinculados a la investigación. Todos los temas vinculados a migraciones son muy importantes. La idea era buscar temas que fueran de interés regional, no solo de un gobierno. Uno puede pedir asesoramiento técnico, también se le dan mandatos de investigación; además tiene su propia agenda. No es del gobierno argentino, es del MERCOSUR.

G: ¿Lo empezaste a armar con gente de todo el MECOSUR?

A: Claro. Hay que articular con cada gobierno, que además no

tienen una sola voz. Son las áreas de gobierno de cada país, que no son solo secretarías de DDHH. Brasil tiene una estructura distinta. Tiene un área para temas de género, una para discriminación racial y otra para DDHH. Los tres eran interlocutores del IPPDH. Había un trabajo de coordinación muy importante, casi permanente, que demanda un horizonte común de ideas. Eso se construye.

G: ¿Qué surgió de esos diálogos?

A: Primero se hizo una estructura. Después hubo que aprobar la normativa vinculada al acuerdo de la sede, porque era la primera institución que estaba en Buenos Aires.

G: ¿Tiene algo que ver la fecha y lugar en la que se organiza el IPPDH con la política de DDHH de Argentina? No parece casual que sea en Argentina y en esos años.

A: Sí, obvio. Surge de un proyecto de Argentina y Brasil. Eduardo Luis Duhalde y Paulo Vanuci. Fue en esa etapa. Tocaba nombrar la primera secretaría ejecutiva argentina.

G: Además de funcionar en Argentina, lo cual desde el origen estaba pautado, es interesante porque esa decisión, y perdón que vuelva sobre este punto, es simultánea a la política de DDHH de Argentina, ¿o no?

A: Está vinculada en esa etapa. Se empezó a pensar en 2007-2008.

G: Pero el origen formal, institucional y en los papeles, ¿de cuándo es?

A: Más o menos en 2008. La iniciativa fue, centralmente, de Argentina y Brasil, y adhieren Uruguay y Paraguay.

G: ¿Cómo se formaliza la creación de un instituto del MERCOSUR?

A: Se aprueba en una reunión de presidentes, después se arma un acuerdo. Estaban Lula, CFK, Lugo y Tabaré Vázquez. Hay una decisión que se llama “mercado común”. Es una decisión conjun-

ta que se toma primero los presidentes y luego los cancilleres del MERCOSUR, le dan forma de acuerdo. Eso tiene que ser aprobado por los congresos porque tienen que hacerle aportes presupuestarios. Por Argentina pasó, adicionalmente, un acuerdo de sede. No es una decisión de un día para el otro, lleva tiempo. Brasil tardó un poco más. Se demoró en el senado. Una vez que todo eso está instalado se comienzan a hacer aportes. Al inicio hubo una etapa de transición. Argentina tuvo un rol central. Bancó gran parte de la transición; sino no se hubiera podido hacer. Hasta que está formalizado y los países comienzan a hacer aportes presupuestarios.

G: Entonces la creación de este instituto era parte de la política de DDHH de Argentina.

A: Era parte de la política exterior argentina y brasileña.

G: Yo me acuerdo mucho de vos en la secretaría de DDHH, en el fondo del piso 8, con un bolso repleto de libros. Recuerdo un libro verde de Rodolfo Mattarollo en tu oficina. Me fui a leerlo. Duhalde quería que lo leyera.

Rodolfo Mattarollo, que fue representante diplomático en Haití y Sierra Leona, y que desde el exilio en Francia durante la dictadura fue impulsor de la Comisión Argentina de Derechos Humanos (CAD-HU)³, precisamente fue uno de los que más impulsó junto a Duhalde el IPPDH. Había varias discusiones en este momento. Una era no generar un mecanismo de protección. Lo que querían era generar un organismo vinculado a la promoción, pero que no fuera simplemente como el instituto interamericano. Que no sea solo educación, entonces le incorporaron la idea de trabajar políticas públicas vinculadas.

G: ¿Crees que el trabajo que está haciendo hoy el instituto fortalece el Estado constitucional, las políticas sociales o hay que reforzarlo?

A: No tengo una evaluación. Tuvo muchas idas y vueltas. Los cambios de gobierno en Brasil y Argentina debilitaron mucho el

³ Cuyo poster estaba en la entrada del piso 8 de la Secretaría de DDHH de la Nación durante la gestión de Eduardo Luis Duhalde.

MERCOSUR y, sobre todo, las instancias económicas del MERCOSUR, como el caso del IPPDH. Mi gestión fue inicial. Luego la de Paula Bravo fue muy buena. Cuando salió ella, Brasil la reemplazó con uno o dos diplomáticos, que la verdad no sostuvieron las líneas estratégicas. Y eso se notó en áreas en las que se desinfló mucho el MERCOSUR político. Y ahora se empezó a reactivar con el gobierno de Alberto Fernández. Pero hay un tema: vos podés tener un gobierno que tire para adelante, pero es el MERCOSUR. Las decisiones se toman por consenso. Es complicado, vamos a ver qué pasa con Lula, sobre todo en este momento en el que se desmanteló la UNASUR.

G. Quisiera agregar que los cambios de gobierno debilitaron también el MECIMAE, que era un mecanismo de cooperación entre escuelas de abogacía estatal de todo el Mercosur, que era una política que se había trazado también en Buenos Aires, con un convenio en 2009. Los cambios de gobierno paralizaron también este mecanismo decisivo para la integración regional y la defensa de los recursos de nuestros Estados.

G: Uno de los conceptos sobre los que más eje hacemos en la ECAE es el de la abogacía pública. Tratamos de diferenciar bien, de manera categórica, la abogacía privada y corporativa, con una mirada empresarial, que reduce todo a una lógica de costo/beneficio, de la pública, que defiende intereses colectivos, cuestiones sociales, soberanía nacional y regional e integración latinoamericana. Entendemos que la abogacía es pública por definición y que si hace falta volver a aclararlo, como hacemos desde la ECAE, es por la magnitud de los retrocesos vividos, con carreras que se han tecnocratizado demasiado, vaciando a la abogacía de su rol social y su aspiración básica y primera que es la construcción de justicia, una aspiración que parece muchas veces haber sido olvidada o haber caído en desuso, como si la cuestión de la justicia fuera una cuestión de filósofos que se hacen preguntas abstractas. Sos uno de los abogados que más eje ha hecho en la importancia de la política de DDHH y las políticas públicas transformadas a partir de este concepto o paradigma o cultura. Si tuvieras que rescatar este concepto de abogacía pública, ¿cómo lo harías?

A: No sé si hay una relación de preminencia, pero sin dudas hay

una formación específica que requiere la abogacía pública que implica entender cuáles son las funciones del Estado, cuál es el modelo de Estado constitucional, y eso cambia mucho dependiendo de cómo se lea. Yo siempre parto de la idea de un Estado social y democrático de derecho, y eso implica reconocer que el Estado cumple determinadas funciones y que constitucionalmente está obligado a cumplirlas. Tiene que establecer algún tipo de relación particular con la ciudadanía y partir de un campo de reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos que tienen que condicionar la acción del Estado. Eso me parece que se puede formar: se pueden formar profesionales con un perfil vinculado con esa actividad pública.

G: ¿Pensás que las universidades tienen esta impronta?

A: Hay de todo. Es difícil generalizar. En la UBA hay áreas de derecho público que son muy fuertes. Y en las Universidades nacionales en general lo veo. Por otro lado, también existe el derecho privado y comercial y hay que formar abogados que trabajen en ese campo. A mi me toca dictaminar ante la Corte Suprema en casos vinculados con derecho privado, temas de familia, de derecho civil, de derecho comercial. Hay aspectos que hacen al interés público. Por ejemplo: los concursos y quiebras, el tratamiento vinculado a lo laboral, a la seguridad social o todo el tema de cómo reconfigura el derecho privado, derechos de usuarios y consumidores, que implica un cambio en la manera de pensar ciertas relaciones contractuales, de servicios. Incluso, hasta garantías procedimentales específicas. Entonces, yo creo que se puede pensar en cómo identificar intereses públicos en el campo del derecho, no solo en el derecho público, que atraviesan diferentes disciplinas jurídicas. Uno puede identificar intereses públicos en conflictos que tienen que ver con derecho comercial, derecho privado.

G: Aquí surge un tema central que vos has trabajado mucho: la responsabilidad internacional del Estado.

A: Así como te decía que en el IPPDH pensamos en cómo trasladar las perspectivas, los enfoques de los organismos de protección de los DDHH al campo de la política pública, en términos de cómo aplicar reglas de igualdad de oportunidades, pero también igualdades sustantivas. Igualdad formal e igualdad real de oportunidades o sus-

tantiva. O temas vinculados con derecho de participación, derechos colectivos. La sola idea de reconocimientos de derechos sociales y pensar cómo eso impacta en esas políticas sociales lo trabajamos bastante. Otro campo que para mí es importante es cómo trasladar, al ámbito del derecho administrativo, criterios de responsabilidad internacional del Estado. Pasa mucho que los Estados son responsabilizados en la esfera internacional por temas que no necesariamente generan responsabilidad administrativa interna, porque la manera en la que se organizan obligaciones y responsabilidades en el derecho administrativo es distinta al derecho internacional de los derechos humanos.

G: ¿Ahí habría un déficit de *aggiornamento* en la esfera interna?

A: Bueno, hay que empezar a pensar cómo ciertos criterios de responsabilidad del Estado en el campo del derecho internacional de los DDHH se pueden traducir en la esfera del derecho administrativo y en la responsabilidad administrativa. En el curso que organizamos para la ECAE (Maestría ECAE-UNTREF en Abogacía Pública) analizamos dos temas: uno tiene que ver con cómo el derecho internacional desarrolla el concepto de deberes de cuidado, vinculados con la protección de patrones o riesgos estructurales de violencia que afectan a grupos estructuralmente discriminados. Impone a los Estados no solamente el deber de no generar violencia de manera directa, sino prevenir y actuar con debida diligencia en la prevención de riesgos de violencia que afectan a determinados sectores de la población. La Convención de Belém do Pará establece el deber de debida diligencia en la prevención de violencia de género. Tanto en Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano fue desarrollando la idea de que frente a riesgos que son previsibles y evitables la inacción del Estado puede generar responsabilidad estatal, incluso cuando esa violencia proviene de actores no estatales o privados. Y es un poco la conclusión del caso del campo algodonero.

G: ¿Cómo se puede hacer para actualizar la esfera administrativa interna?

A: En el derecho administrativo, el Estado puede ser responsabilizado por incumplimiento en sus deberes de servicio. Para que haya incumplimiento de deberes de servicio tiene que haber una obliga-

ción específicamente establecida en la legislación del Estado. Nosotros tenemos esta obligación de debida diligencia en la normativa constitucional y supra constitucional, como puede ser la Convención Americana. Y después está objetivado en la reglamentación legislativa. Por ejemplo, toda la ley de prevención de violencia de género. Entonces, en mi opinión hay que empezar a pensar en todo un campo de servicios vinculado con la prevención de violencia estructural, tanto en temas de género como de otras áreas. Y hay algún desarrollo de alguna jurisprudencia que establece responsabilidad del Estado cuando hay situaciones de violencia estructural que configuran un riesgo que el Estado conocía o podía conocer actuando razonablemente, y que estaba en condiciones de evitarla. Ahí hay un campo enorme de trabajo de cómo compatibilizar los estándares de derecho administrativo a lo que se va desarrollando en el plano del derecho internacional.

G: ¿Argentina está atrasada respecto de los otros países del MERCOSUR en este aspecto?

A: No sé si está atrasada. De los países de América Latina sé que se hizo un interesante trabajo de compatibilización en Colombia, pero se fue dando que tenían una gran cantidad de casos en el sistema interamericano y se atribuía responsabilidad al Estado por distintos motivos, desde violencia estatal directa hasta violencia paraestatal. Hubo todo un proceso de armonización del derecho administrativo colombiano para tratar de que el Estado respondiera en sede interna y no ser demandados en la esfera internacional. Por el costo y por la necesidad de no tener un doble sistema, que las víctimas tuvieran que ir fuera de Colombia. Entonces, generar una armonización normativa para que los criterios de responsabilidad internacional en materia de derechos humanos sean compatibles con la materia administrativa de derechos humanos.

G: ¿Esto solo en materia de derechos humanos?

A: Además de teoría del riesgo y deberes de debida diligencia, hay desarrollos del comité de DESC de Naciones Unidas sobre obligación de servicios sociales: en temas de salud y seguridad social. Se establecen una serie de deberes prestacionales, pero también deberes regulatorios y de fiscalización de servicios. Al mismo tiempo se esta-

blece responsabilidad internacional al Estado no solo por incumplimiento de prestaciones, sino también por déficit en la regulación y fiscalización; incluso, cuando se trata de prestadores privados que se incorporan en el ámbito de servicios públicos sociales. Por ejemplo, hay un caso reciente contra Chile llamado “Vera Rojas”, donde se condena a Chile por el déficit de regulación de los contratos de las aseguradoras privadas de salud en la cobertura de enfermedades graves. Es un caso en el que Chile termina siendo responsabilizado por violar el derecho a la salud, por el déficit en la regulación de la salud nacional. Un aspecto muy particular es cómo se incorporan y bajo qué reglas contractuales las aseguradoras. Esas obligaciones de regulación y fiscalización provienen de normas internacionales, pero se reflejan en obligaciones administrativas, por lo tanto, al mismo tiempo los criterios de responsabilidad internacional del Estado deberían tener una traducción en términos de responsabilidad administrativa, por déficit de regulación, por déficit de fiscalización o por déficit de otros elementos. Entonces, hay que empezar a pensar cómo se armoniza la normativa administrativa en términos de servicios públicos, de funciones estatales y de responsabilidad administrativa a lo que son los desarrollos de la normativa internacional.

Además de cómo incorporar estos criterios de responsabilidad internacional del Estado a la esfera del Derecho Administrativo, de la responsabilidad administrativa... otro tema que también me parece importante es cómo pensar en la aplicación de las obligaciones del Estado de materia de derechos sociales, sobre todo, en áreas que tradicionalmente se vieron como esferas de discrecionalidad administrativa. Pienso, por ejemplo, todo lo que es la política social y la esfera de la Seguridad Social no contributiva. O sea, cuando hay seguridad social contributiva, hay todo un desarrollo de derecho a la jubilación, de los derechos adquiridos. Ahí a nivel federal hay un fuero de la Seguridad Social. Pero cuando estamos en la esfera de los sistemas no contributivos; pienso gran parte de las políticas de transferencia de ingresos, los subsidios, los programas alimentarios, los programas de vivienda, los subsidios vinculados con la situación de desempleo o de emergencia alimentaria y demás; todo eso es un terreno que habitualmente se percibe como de discrecionalidad administrativa donde los programas o las prestaciones que se suelen organizar sobre la base o sobre la idea de un beneficio asistencial y no la idea de la contracara de un derecho. Y eso influye en cómo funciona la administración y también en el tipo de control que se hace,

incluso judicial del funcionamiento de la Administración, porque son áreas de enorme deferencia judicial.

Croxatto: es una zona de reserva...

A. Claro, se lo ve como una zona de reserva, como decisiones que son discrecionalidades o de mérito y conveniencia y donde el espacio de revisión judicial tiene que ser muy diferente a la Administración del Estado. Nosotros lo que vemos, por ejemplo en el litigio de casos ante la Corte es -y tratamos de pensar- cómo bajar principios constitucionales también a ese campo. Y lo vemos, por ejemplo, en discusiones muy particulares. Por ejemplo, cuando se analizan las reglas de compatibilidad entre programas sociales. Y los análisis que se hacen es que suelen ser muy diferentes a la administración y nosotros consideramos que esa diferencia se limita cuando hay derechos en juego, cuando hay derechos constitucionales en juego, y por lo tanto tiene que haber, digamos, cualquier restricción en el acceso a esos programas funciona como una restricción el ejercicio de derechos: el derecho a la alimentación, el derecho a la salud, el derecho a la atención de la discapacidad, y por lo tanto tienen que ser reglas que respondan a una racionalidad, que sean fundadas, que no sean discriminatorias, que sean transparentes. Y eso implica también generar un espacio reglado de funcionamiento de la Administración Pública. Y esto es también un campo novedoso porque por lo general no hay mucho desarrollo de aplicar derechos en la esfera de la Seguridad Social no contributiva.

G: Hay muchas generaciones jóvenes de abogados que están iniciando sus carreras administrativas en el Estado, sus carreras académicas en la ECAE, sus especializaciones en la AFIP, la UIF. ¿Tenés alguna recomendación para darles a esos abogados y abogadas que están ingresando al Cuerpo de Abogados del Estado (CAE) en este momento?

A: Yo creo son importantes los esfuerzos que se están haciendo por jerarquizar la abogacía del Estado, que quienes ocupen esos cargos, cualquiera sea el lugar que ocupen, entiendan la importancia que tiene la labor que desempeñan para el funcionamiento de la estructura del Estado en general, y al mismo tiempo, la importancia de fortalecer los aparatos estatales. Se vio en la crisis vinculada con la

pandemia: sin la intervención del Estado o sin la función coordinadora del Estado al integrar los distintos subsistemas de salud hubiera sido imposible sortear la emergencia que fue el COVID. Entonces, la jerarquización del CAE es parte de jerarquizar la función pública y el papel de los Estados. Yo pienso que tenemos un sistema constitucional que establece un Estado social y constitucional de derecho. Ese Estado social depende en gran medida del Estado como garante de derechos, como regulador del mercado. No es una función subsidiaria, sino de garantía de los derechos fundamentales. Entonces, eso depende de que esa estructura funcione adecuadamente. Lo que nosotros estamos planteando sería imposible llevar a la práctica sin el papel que ocupa el CAE.

NO ES “ACTIVISMO”

Sobre el cierre de la entrevista, (realizada de manera fortuita en los esteros del Iberá) Abramovich hace una crítica de la mirada predominante, que subrayara el rol “subsidiario” del Estado frente a un mercado “libre” que derrocharía, sin la acción del Estado, sus riquezas y recursos. La realidad desmiente este optimismo. También impugna cierta visión conservadora en el ejercicio o en el lenguaje de la abogacía estatal. Percibe a muchos abogados “atados aún a las fórmulas más tradicionales, repitiendo” así se hacen las cosas”, percibe muchos argumentos en defensa de la administración y mucha distancia respecto del campo de los derechos: nosotros nos defendemos “de esto”, en lugar de decir –los abogados del Estado- nosotros “defendemos derechos“. Abramovich, profesor en diversas universidades y en la maestría de la ECAE, advierte que muchos profesionales “ven los temas de derechos humanos y de igualdad sustantiva como si fueran perspectivas o miradas del activismo social y no de la función estatal primaria”.

Muchos abogados te dicen, agrega Abramovich, ‘nosotros no podemos hacer activismo’. Pero es un error: es el Estado el que tiene que garantizar todo esto: derechos colectivos, igualdad de género. No es un tema del activismo social. Es un tema de la función estatal básica, de hacer valer el derecho. Defender el derecho no es hacer “activismo”. Es semejante a la crítica que se le hace al “garantismo” en el campo penal: pero la constitución argentina es “garantista”. El garantismo no es un “exceso”. No es una “ideología”. No es “activismo” de los jueces. Es ella la que consagra las garantías. Es la función

central del Estado hacerlas valer: es el campo de la responsabilidad estatal. No del activismo. La inacción genera responsabilidad. Para comprender lo que hay detrás de esta mirada “no activista” hay que entender la forma en que avanzó, precisamente, en el campo del derecho administrativo, el principio de subsidiariedad, que Abramovich, referente en materia de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, con razón, no comparte.



DOCTRINA

JUAN PABLO BOHOSLAVSKY - FRANCISCO
CANTAMUTTO - LAURA CLÉRICO

GUILLERMO ALEJANDRO ZUCCOLO -
GABRIEL DEL MAZO

MARTÍN RODRÍGUEZ LUNA

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

LA POLÍTICA DE SOBRECARGOS DEL FMI COMO UNA AMENAZA AL DERECHO AL DESARROLLO

JUAN PABLO BOHOSLAVSKY, CONICET-UNRN¹,
FRANCISCO CANTAMUTTO CONICET-UNS²
LAURA CLÉRICO CONICET³

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 205-226. Recibido 1/9/22 - Aceptado 12/9/22

Resumen

Este artículo se centra en las implicaciones que tienen las políticas de sobrecargos del FMI, y el carácter de acreedor preferente *de facto*, en el derecho al desarrollo de los deudores soberanos. El artículo argumenta que los sobrecargos no son eficaces para limitar el acceso al crédito del FMI, realizan una distribución poco equitativa de los costos operativos del FMI, son desproporcionados, procíclicos, muy costosos para los países en desarrollo y poco transparentes. Por otra parte, si los sobrecargos representan, teóricamente, una forma de proteger al FMI frente a los posibles riesgos de default, el artículo cuestiona el carácter de acreedor preferente *de facto* del FMI ya que,

1 Investigador Adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina y UNRN-CIEDIS (Universidad Nacional de Río Negro - Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Derechos, Inclusión y Sociedad, Patagonia). Este artículo amplía y actualiza la versión en inglés que se publicó originalmente en *Development*, Vol. 65:2, (agosto de 2022).

2 Investigador Adjunto del Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales del Sur (IIESS), Universidad Nacional del Sur (UNS) - CONICET, Bahía Blanca, Argentina

3 Investigadora Independiente del CONICET, Argentina. Profesora de Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires) y Profesora Honoraria en Derecho Constitucional Comparado y Protección de Derechos Humanos (Universidad Friedrich Alexander, Erlangen-Nuremberg).



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

precisamente, niega la posibilidad de una reducción de la deuda por insolvencia del deudor, lo cual, en última instancia, afecta al derecho al desarrollo de los países deudores de ingresos medios.

Palabras clave: FMI; sobrecargos; desarrollo

Abstract: This article focuses on the implications of the IMF's surcharge policies, and the de facto preferred creditor status, on the right to development of sovereign debtors. The article argues that surcharges are not effective in limiting access to IMF credit, unfairly distribute IMF operating costs, are disproportionate, procyclical, very costly for developing countries, and not very transparent. On the other hand, if the surcharges represent, theoretically, a way to protect the IMF against possible risks of default, the article questions the character of the IMF as a de facto preferred creditor since, precisely, it denies the possibility of a reduction in the debt due to insolvency of the debtor, which ultimately affects the right to development of middle-income debtor countries.

Key words: IMF; surcharges; development

1. LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS INTERNACIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS PUESTOS EN CONTEXTO

El Fondo Monetario Internacional (FMI) tiene un rol fundamental en la arquitectura financiera internacional. Esta institución no solo es responsable de brindar asistencia a los países miembros que enfrentan una crisis económica –de balanza de pagos-, sino que también, en la práctica, da forma a las economías nacionales a través de sus recomendaciones (asesoramiento político) y las condicionalidades asociadas a sus préstamos (asistencia financiera).

Mientras que las implicaciones de las políticas del FMI en términos de derechos humanos son evidentes, hace décadas que esta institución afirma estar por encima del derecho internacional sobre derechos humanos (Gianviti 2005), lo que incluye el derecho al desarrollo. Como afirmó el Representante Especial del FMI ante las Naciones Unidas (ONU) en una carta enviada en el año 2017, “el FMI no ha aceptado la Declaración de Derechos Humanos como principio motor de nuestras operaciones” (FMI 2017). Sin embargo, el Comité

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR 2016: 3) fue muy claro al referirse a las obligaciones del FMI y del Banco Mundial en materia de derechos humanos:

El Comité es plenamente consciente de que, en el caso del FMI o del BIRF, los convenios constitutivos por los que fueron establecidos han sido, en ocasiones, interpretados por ambas instituciones en el sentido de que no están obligadas a incluir consideraciones de derechos humanos en sus procesos de toma de decisiones. El Comité no está de acuerdo con esa interpretación. Al cumplir con su deber de respetar los derechos humanos de conformidad con el derecho internacional, las instituciones internacionales no están ejerciendo facultades que no tienen ni están teniendo en cuenta consideraciones que deberían obviar en virtud de sus estatutos; antes bien, es en el ejercicio de las facultades que les han delegado sus Estados miembros que deben abstenerse de adoptar medidas que puedan suponer violaciones de los derechos humanos. Es más, como organismos especializados de las Naciones Unidas, el FMI y el BIRF tienen la obligación de actuar con arreglo a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, que establece la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales como uno de los propósitos de la Organización, que deben alcanzarse, en particular, por medio de la cooperación económica y social internacional.

Siendo innegables tanto los efectos de las prácticas del FMI sobre los derechos humanos como el hecho de que está obligado por el derecho internacional de los derechos humanos (Bohoslavsky y Cantamutto 2022), este artículo se centra en las implicaciones que tiene en el derecho al desarrollo de los Estados deudores sobre las políticas de sobrecargos del FMI –que encarecen considerablemente ciertos préstamos para los Estados prestatarios- y el carácter de acreedor preferente *de facto* –que niega la posibilidad de una reducción de la deuda por insolvencia-. Es necesario analizar de manera conjunta los sobrecargos y el carácter del acreedor, ya que esto permite ver el contrasentido que existe entre afirmar que los primeros son necesarios para minimizar la exposición del FMI a los riesgos de default, mientras que el carácter de acreedor preferente absoluto lo protege contra los incumplimientos. Hay una evidente superposición (y duplicación) de los objetivos que persiguen ambos instrumentos, que termina agotando el doble de los recursos valiosos provenientes de los países deudores. Luego de esta introducción, la Sección 2 aborda la relación de las políticas del FMI con el derecho al desarrollo.

Luego la Sección 3 analiza las inconsistencias de los sobrecargos, mientras que la Sección 4 cuestiona el supuesto estatus de acreedor preferente. La Sección 5 cierra el artículo con conclusiones derivadas del análisis previo.

2. LAS POLÍTICAS DEL FMI Y EL DERECHO AL DESARROLLO

Las condicionalidades asociadas a los acuerdos de deuda pública con el FMI no solo son el resultado de la posición de poder de *facto* del FMI frente a los países de ingresos bajos y medios, sino que también se basan, en primer término, en una concepción puramente economicista del desarrollo, contrapuesta al derecho al desarrollo.

Por ejemplo, en los países de ingresos bajos y medios, algunos proyectos de infraestructura tienen un impacto directo en el acceso a la atención médica de calidad, la educación pública gratuita y la movilidad, entre otros. A esos efectos, los Estados pueden movilizar recursos internos o endeudarse con distintos acreedores. Es muy dificultoso para estos países adoptar impuestos directos que graven la riqueza y las ganancias (incluso a las ganancias inesperadas en contextos de crisis o emergencia), teniendo en cuenta el lobby de las élites económico-financieras, que suelen ir acompañados de otras formas de captura del Estado (Cañete Alonso 2018; Nercesian 2020). La deuda externa parece ser una de las pocas opciones disponibles, como demuestra el alto nivel de endeudamiento público observado en los países periféricos en la etapa abierta con la pandemia. Debido a las circunstancias de subordinación en las que se encuentran los Estados deudores, estos préstamos suelen ir acompañados de condicionalidades, que generalmente no son negociadas en igualdad de condiciones entre los Estados, ni mucho menos están sujetas a la participación de las poblaciones en situación de vulnerabilidad estructural, lo que en última instancia afecta negativamente a los derechos humanos (Experto Independiente 2019).

La respuesta del FMI en este sentido no es coherente: el FMI tiende a reivindicar el éxito cuando los préstamos contribuyen al desarrollo (Centro de Derechos Económicos y Sociales 2021), pero evita rendir cuentas de sus acciones cuando el crédito concedido genera efectos perniciosos sobre los derechos humanos (Scali 2021; de Moerloose et al. 2022), o incluso sobre los indicadores macroeconómicos. Además, el CESCR (2018: párr. 16), al hacer referencia a las

“Obligaciones de un Estado parte en virtud del Pacto como Estado miembro de instituciones financieras internacionales”, lamentó que los Estados miembros del FMI “no [hayan] ejercido suficientemente su influencia para garantizar que las condiciones impuestas por estas instituciones en la concesión de un préstamo no supongan para el Estado prestatario una regresión injustificable en la esfera de los derechos reconocidos en el Pacto.”

En cuanto a las controversias sobre las concepciones del derecho al desarrollo (Rajagopal 2021), basta, a los fines de este artículo, con hacer referencia a dos de ellas, que se sitúan en extremos opuestos del espectro. La primera se centra en los aspectos económicos, mientras que la segunda concibe este derecho de forma más bien integral, como desarrollo sostenible. Para la primera, la deuda pública, así como las condicionalidades y los sobrecargos, son atribuibles a los “costos” del desarrollo. Esta concepción surgió en simultáneo con las medidas del Consenso de Washington aplicadas en los años 90 en el Sur Global, cuyos marcos económicos y políticos -e incluso culturales- aún se mantienen. Las medidas son las mismas: disciplina fiscal, financiarización de las arcas del Estado y de los hogares, flexibilización laboral, privatización de servicios públicos, apertura y desregulación de la balanza de pagos, lo que, entre otras cosas, favorece el extractivismo.

Detrás de estas recomendaciones existe la idea de expansión infinita de la economía y del consumo, como un motor que produciría un efecto dominó, generando bienestar económico y social para toda la población. Sin embargo, el efecto dominó nunca llega a las poblaciones en desigualdad estructural; por el contrario, la mayor parte de los grupos sociales terminan “pagando” el costo de la deuda sin gozar de sus beneficios. Asimismo, este modelo de desarrollo ocasionó una explotación excesiva de la naturaleza y, por tanto, una catástrofe climática. Aunque todo el planeta se ve afectado, es el Sur Global el que sufre -y sufrirá- las peores consecuencias, y el que además está en una posición desigual para exigir una distribución más equitativa de las contribuciones financieras para mitigar estos efectos (Goldston 2022: 107)⁴ y para debatir sobre las concepciones

4 A/HRC/50/57, 2022, párr. 43, sostuvo que si bien “los países desarrollados se han comprometido a liderar la movilización de la financiación para el clima teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas en el marco del Acuerdo de París, más de tres cuartas partes de dicha financiación

de la transición energética (Svampa y Bertinat 2022). Por otra parte, el FMI no tiene en cuenta el pedido de reducción o cancelación de la deuda que hacen los países de ingresos bajos y medios, que son de hecho acreedores medioambientales, ya que contribuyeron muy poco a la catástrofe climática y son los que más han mitigado su impacto debido a su riqueza en biodiversidad.

Todo lo anterior se opone a la otra concepción del derecho al desarrollo. Esta interpretación proviene de la Declaración Universal sobre el Derecho al Desarrollo (ONU 1986), como un derecho humano individual (“todo ser humano”) y colectivo (“todas las personas”) a “participar en”, “contribuir a” y “disfrutar de” el desarrollo. Esta definición se refiere no solo a los aspectos económicos, sino también a los aspectos sociales, culturales y políticos, para que “todos los derechos humanos puedan realizarse plenamente”. El desarrollo debe ser sostenible, es decir, la satisfacción de las necesidades de la generación actual no debe comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Lo anterior comprende, entre otras cosas, al derecho a la protección del medio ambiente (Corte IDH 2017; Corte IDH Llaka Honhat c. Argentina 2020; Corte CIDH 2021b) y al “derecho a un sistema climático capaz de sustentar la vida humana” (Rodríguez Garavito 2022: 16).

En este sentido, los Estados deberían trabajar juntos para fortalecer la realización de los derechos humanos (ONU 1986, art. 6), “cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo” y “realizar (...) sus deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados” (ONU 1986, art. 3., párr. 3). Sin embargo, el FMI no lo cumple, ni tampoco lo hacen los Estados más poderosos de los organismos internacionales de crédito: “... las obligaciones onerosas del servicio de la deuda y las condicionalidades relacionadas suelen

se canaliza a nivel nacional. A menudo no existen o no se aplican con eficacia los mecanismos que aseguren el acceso, la inclusión, las salvaguardias y la reparación, por ejemplo en el caso de los pueblos indígenas. Los países desarrollados deben mejorar e intensificar el apoyo brindado a las actividades destinadas a compensar las pérdidas y los daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático y las repercusiones de las pérdidas tanto económicas como no económicas en los recursos y los derechos humanos, incluidos los derechos a la cultura, la vida, los medios de vida y el territorio, prioritariamente en beneficio de los más vulnerables.”

debilitar las estrategias nacionales de desarrollo de los países, lo que constituye una amenaza al derecho al desarrollo” (Hurley 2018: 252, 254). Además, las restricciones a los derechos de las poblaciones en situaciones de vulnerabilidad son extremas. En concreto, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas (Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas 2020, párr. 12) destacó que la falta de inversión de los gobiernos en servicios públicos e infraestructuras, “así como los persistentes recortes de financiación (como consecuencia de las condicionalidades que imponen las instituciones financieras internacionales)”, suelen acarrear, por caso, repercusiones más graves para las trabajadoras del sector informal.

Por ejemplo, en virtud del acuerdo firmado por el gobierno argentino con el FMI en 2018, que exigía desembolsos equivalentes al 960 % de su cuota, Argentina pagaría entre 2021 y 2026 unos USD 4.096 millones en concepto de sobrecargos, superando los USD 3.642 millones en cargos y comisiones sobre el préstamo. En otras palabras, los sobrecargos duplican con creces el costo del acuerdo (lo incrementan en un 113 %). Los sobrecargos pagados por Argentina equivalen a más de la mitad de lo que el FMI estima recaudar en concepto de intereses y comisiones en este período. En el contexto actual, estos intereses impiden la realización de inversiones clave, debido a la relación directa entre la disponibilidad de recursos fiscales y las obras de infraestructura y servicios públicos necesarios para seguir generando condiciones que garanticen el goce efectivo de una serie de derechos humanos, particularmente los derechos al agua potable, al saneamiento y a la vivienda digna, entre otros. En 2021, se exigió a Argentina pagar sobrecargos que excedían el presupuesto total asignado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

A pesar de la situación de pandemia y crisis global, las obligaciones derivadas de este préstamo fueron cumplidas rigurosamente (a diferencia de lo ocurrido con los acreedores privados –con los cuales se incurrió en diversos incumplimientos entre 2019 y 2020–), incluyendo el pago de sobrecargos. En diciembre de 2021 se llegó a un nuevo acuerdo, en este caso uno de Facilidades Extendidas. El nuevo préstamo ofreció un plazo mayor para refinanciar el Stand By de 2018, pero no eliminó ni redujo las obligaciones existentes en relación a los sobrecargos. De modo que durante la crisis nacional, la pandemia y la crisis mundial, es decir en condiciones sumamente

extraordinarias y dramáticas, el FMI obtuvo de la Argentina rendimientos derivados de los sobrecargos, sin tener suspensiones ni interrupciones en su cobro.

La situación descrita para el caso argentino expresa con claridad cómo la combinación de los fenómenos aquí estudiados impone severas limitaciones para que los países deudores puedan adoptar políticas tendientes a garantizar los derechos humanos, entre ellos, el derecho al desarrollo sostenible. Además del persistente rechazo del FMI en cuanto a reducir el capital o los intereses de sus préstamos, aun ante la insolvencia extraordinaria de los deudores soberanos, los sobrecargos simplemente posponen las inversiones públicas imprescindibles para realizar el derecho al desarrollo. De esta forma, en vez de contribuir al desarrollo sostenible, el FMI, al implementar estas políticas, perjudica este proceso.

3. POLÍTICAS DE SOBRECARGOS DEL FMI

Los sobrecargos son intereses impuestos por el FMI por encima de la tasa correspondiente según la línea de crédito. Son aplicados a los países que requieren acuerdos que superan el importe de su cuota de acuerdo con su participación en el organismo. Cada país miembro del FMI tiene una cuota que le da derecho a acceder a una determinada cantidad de fondos en caso de celebrarse un acuerdo. Cuando el acuerdo supera el 187,5 % de la cuota asignada, los sobrecargos implican un aumento de 200 puntos básicos sobre los intereses. Si la cancelación del préstamo es superior a 36 o 51 meses (según el tipo de crédito), se aplican 100 puntos básicos adicionales (FMI 2021a). Estos aumentos de las tasas de interés desafían la idea de que el FMI concede préstamos bajo condiciones favorables, lo que resulta aún más problemático en un contexto internacional de tasas de interés cercanas a cero.

Los pagos de sobrecargos tienen un supuesto objetivo de precaución. Concretamente, buscan reducir la exposición del FMI al riesgo de default (FMI 2021b). En los últimos años, los sobrecargos se incrementaron hasta el punto de convertirse en una de las principales fuentes de ingresos del FMI: llegando a representar el 41 % de los ingresos (Arauz et al. 2021).⁵ A pesar del gran peso de los sobrecargos,

⁵ Una parte importante de los fondos precautorios aportados por los sobrecargos se retiró en forma de pagos de pensiones a los funcionarios del

el FMI obtendría resultados positivos incluso si los eliminara (Arauz y Hansen 2022). Por lo tanto, el FMI no depende de los sobrecargos para operar: son su principal fuente de ingresos, pero, aun así, son innecesarios. Por otra parte, cabe destacar que los principales fondos prestables del FMI no provienen del flujo de pagos, sino de los aportes de capital de los países miembros (Galant y Khan 2022). En consecuencia, estos intereses no incrementan realmente la capacidad prestable. Por consiguiente, los sobrecargos son una fuente central de ingresos, pero no son necesarios a los efectos del funcionamiento del FMI, ni para su capacidad de préstamo.

Según el FMI, los sobrecargos tendrían un carácter disuasorio y tratarían de desalentar la toma excesiva de deuda (FMI 1997). El mayor costo sería un incentivo para solicitar menos fondos y devolverlos antes. El objetivo sería limitar el acceso a la liquidez para forzar un retorno más rápido a los mercados de crédito. En otras palabras, el FMI supone que los países que solicitan estos créditos afrontan una crisis de liquidez, y no una de solvencia. Esta fue la razón por la cual se crearon los sobrecargos en 1997, en respuesta a la crisis del sudeste asiático. Sin embargo, su uso se ha extendido a otros países bajo diversos acuerdos en el marco de las reformas de 2000 y 2009. Se trata de una expansión fuera de contexto, que no se sostiene a la luz del supuesto objetivo inicial de los sobrecargos. Su aplicación a otros países afectó a economías con problemas de solvencia (Arauz et al. 2021).

Esta política se aplica a los países de ingresos medios y altos, que obtienen sus créditos de los recursos generales del FMI. Los países más pobres reciben financiamiento a través de líneas de crédito en condiciones favorables para la reducción de la pobreza, donde no se exigen sobrecargos. Esto forma parte de una importante distinción que se hace entre los países pobres y los de ingresos medios. El supuesto subyacente es que estos últimos pueden -y deben- recurrir al mercado de crédito lo antes posible. No obstante, se ha demostrado que la amplia asistencia financiera del FMI puede, de hecho, expulsar al crédito privado, ya que su carácter de acreedor preferente aumenta las pérdidas de los inversores privados ante el -probable- caso de incumplimiento (Krahnke 2020).

En otro orden, tal como señalaron un centenar de organizaciones sociales en una carta abierta, “cabe señalar que los gobiernos no

organismo (Arauz et al. 2021; FMI 2021b).

siempre tienen plena conciencia de la existencia de los sobrecargos, que quedan ocultos del escrutinio público, ya que el FMI no los identifica en los informes técnicos ni en sus estados financieros disponibles al público. Los sobrecargos se parecen a las comisiones ocultas que las tarjetas de crédito cobran a los consumidores desesperados.” (Global Action for Debt Cancellation 2022). Por lo tanto, es un mecanismo poco transparente (Galant y Khan, 2022).

Hacia fines de 2021, el FMI mantenía créditos de recursos generales con 52 países, y 14 de ellos superaban el 187,5 % de su cuota, por lo que estaban sujetos a sobrecargos. Por orden de utilización de la cuota, los países eran Argentina, Ecuador, Egipto, Angola, Ucrania, Mongolia, Gabón, Túnez, Barbados, Albania, Jordania, Pakistán, Armenia y Georgia. Todos estos países tuvieron que afrontar sobrecargos por créditos acordados antes de la pandemia y, en 5 casos, era en relación con programas ya implementados (Albania, Georgia, Túnez, Egipto y Mongolia). El pago de sobrecargos significó la pérdida de fondos disponibles para hacer frente a la pandemia en una situación de crisis global sin precedentes en el último siglo. Es una contradicción, ya que los sobrecargos agravaron la vulnerabilidad de los países que requerían asistencia porque estaban en crisis (Bohoslavsky et al. 2021). En este sentido, los sobrecargos tienen un comportamiento procíclico, es decir, aumentan a medida que se desata la crisis, empeorándola. Es por ello que no constituyen un método para acelerar el pago, sino para castigar a los países por su necesidad de tomar deuda (Bohoslavsky et al. 2021).

Según la Red Europea de Deuda y Desarrollo, estos 14 países pagarán alrededor de USD 7.900 millones en concepto de sobrecargos entre 2021 y 2028, lo que representa un aumento del 64 % en los costos de obtención de crédito del FMI (Munevar 2021). En lo peor de la crisis generada por la pandemia, entre 2020 y 2021, los sobrecargos ascendieron a USD 2.356 millones. Esta cifra equivale a 2,4 veces el importe asignado por Estados Unidos, Europa, el Reino Unido y Japón para financiar el Fondo Fiduciario para Alivio y Contención de Catástrofes, para reducir la deuda de los países más pobres. Estos países ricos solamente aportaron el equivalente a USD 965 millones para hacer frente a la crisis en forma de alivio en esos dos años. Por ende, los países de ingresos medios sobreendeudados contribuyeron más al FMI que los países ricos para lidiar con la situación de los países pobres endeudados, en términos comparativos y absolutos. Claramente, no parece una situación de igualdad entre

los países ricos y los de ingresos medios, ni es sostenible para estos últimos. Por supuesto, esto conlleva un efecto desproporcionado e injustificado sobre los derechos de las poblaciones vulnerables de estos últimos países. Los fondos pagados en concepto de sobrecargos durante la pandemia implicaron un costo concreto en términos de derecho al desarrollo, teniendo en cuenta que podrían haberse utilizado, por ejemplo, para vacunar a la población (Stiglitz y Gallagher 2022).

Los sobrecargos no tuvieron mucha atención del público en general hasta hace poco (Gallagher 2021). A pesar de la crítica de la sociedad civil (Proyecto Bretton Woods 2022), del G24 (2021) y del grupo de respuesta a la crisis de la ONU (2022), este tema todavía no fue revisado detalladamente. En la reunión que mantuvo en diciembre de 2021, el Directorio del FMI pospuso este debate debido a la oposición de Estados Unidos, Japón, Alemania y Canadá. El argumento (FMI 2021c) fue que, incluso con estos sobrecargos, los préstamos del FMI no son nada onerosos y sirven para mitigar riesgos mayores. Notablemente, unos años antes, el propio organismo reconoció que, precisamente, en virtud de sus tasas bajas con respecto a las tasas de mercado, no se desalienta el endeudamiento (FMI 2016). De esta forma, el propio organismo señala que los sobrecargos intentan limitar el endeudamiento excesivo, pero al mismo tiempo admite su ineficacia.

De hecho, los sobrecargos funcionan como una herramienta de intervención en la política interna, ya que el FMI controla a los países de ingresos medios en su propio territorio. Lamentablemente, ese control no tiene por objeto facilitar la realización del derecho al desarrollo de poblaciones en condiciones de desigualdad estructural y con escasas posibilidades de acceder al derecho efectivo al agua potable, vivienda digna, salud y educación de calidad y protección social, entre otros. En este sentido, los sobrecargos son regresivos en términos de derechos humanos, incluso del derecho al desarrollo, ya que redirigen los escasos recursos fiscales a favor del pago a un acreedor solvente y -en sentido concursal- súper privilegiado. Esto contradice al artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que los Estados deben destinar el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la efectividad de estos derechos. Se sostuvo que el pago de sobrecargos limita la capacidad de los Estados para invertir en infraestructuras de atención, salud o educación, lo que afecta especialmente a las mujeres (Galant y Khan 2022).

En consecuencia, los países tienden a evitar contraer nuevos préstamos con el FMI, ya que las tasas más bajas que se cobran con respecto a las de mercado conllevan un fuerte control y condicionales sobre las políticas económicas. De esta manera, el ahorro en las tasas se compensa con la pérdida de soberanía. Sin embargo, los países no se sobreendeudan con el FMI porque éste ofrezca créditos poco onerosos, sino porque están en crisis y se les cierran otras fuentes de financiamiento alternativas (Galant y Khan 2022). Incluso cuando recurren al FMI, los países tratan de evitar el default (Proyecto Bretton Woods 2021), debido a los altos costos en términos de reputación que dicha situación genera: sin el aval del FMI, se pierde el acceso a los fondos de otros organismos internacionales y el crédito privado se encarece considerablemente.

En consecuencia, los sobrecargos afectan de forma desproporcionada a los países en crisis. Si los países recurren al crédito del FMI por encima de sus cuotas cuando están enfrentando una crisis grave, los sobrecargos imponen un costo adicional en una situación de especial vulnerabilidad. Esto viola la misión fundamental del FMI de proporcionar financiación temporal a los países sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional (Artículo 1, apartado V del Convenio Constitutivo). Al obligar al pago de sobrecargos en una situación de crisis, estos intereses se convierten en procíclicos, ya que inducen a los países con dificultades económicas a dirigir sus esfuerzos al servicio de la deuda en lugar de aprovechar sus escasos recursos para combatir la crisis o sus efectos sobre los ingresos, la salud, la educación o el trabajo, entre otros.

De esta forma, los sobrecargos: a) no son eficaces para limitar el acceso al crédito del FMI; b) distribuyen de forma poco equitativa los costos operativos del FMI; c) son desproporcionados; d) son procíclicos; e) son muy costosos para los países en desarrollo, ya que afectan directamente su derecho al desarrollo; y f) son poco transparentes. Lo que resulta muy extraño es que el FMI aplique estos sobrecargos preventivos para protegerse del posible riesgo de incumplimiento, mientras que al mismo tiempo se considera un acreedor privilegiado, de modo que la posibilidad de default es tomada como una imposibilidad ontológica, incluso en caso de crisis. ¿Por qué imponer sobrecargos para protegerse del riesgo de default si el mismo organismo afirma (como sucede en efecto) que su crédito tiene preferencia de cobro sobre cualquier otro acreedor del deudor?

4. CARÁCTER DE ACREEDOR PREFERENTE. ¿SIN SUSTENTO?

En la práctica internacional, se suele creer que, debido a su carácter de acreedor de última instancia y su función de “bombero financiero” (préstamos de emergencia), en situaciones en las que ningún otro prestamista estaría dispuesto a dar asistencia a los países con problemas financieros (Krueger 2002; Roubini y Setser 2004: 252-6), el FMI goza de una preferencia absoluta como acreedor en caso de insolvencia de los Estados deudores. También se ha explicado que, de hecho, el FMI fue reembolsado décadas antes que cualquier otro acreedor (Mussa 2006: 421; Boudreau y Gulati 2014).

Además, se sostuvo que el supuesto carácter de acreedor preferente absoluto del FMI evita el riesgo moral por parte de los Estados deudores, que podrían sobreendeudarse en exceso de un modo oportunista u optar por dar prioridad a otros acreedores; y también por parte de otros acreedores, ya que deberían evaluar seriamente el riesgo debido a que, en caso de default, el FMI gozaría de preferencia (Bianco 2021). No obstante, el carácter de acreedor preferente también genera problemas de riesgo moral en relación con la calidad de las evaluaciones de riesgo del propio FMI (ver, por ejemplo, el caso de Argentina, FMI 2021e). También se ha señalado que el FMI no puede aceptar la reducción de la deuda (FMI 1988; FMI 1989; FMI 2021d), aun en el caso de la insolvencia evidente de un Estado deudor, en virtud del impacto que podría tener el default soberano sobre la eficiencia del FMI como institución financiera cooperativa.

Sin embargo, el Convenio Constitutivo del FMI no reconoce, ni siquiera implícitamente, su carácter de acreedor preferente (Rutzel Silvestre 1990; Raffer 2016). Se ha afirmado que se trata de una preferencia *de facto*, reconocida de este modo incluso por el propio FMI (FMI 2021d). Por otra parte, ¿existen restricciones legales que le impidan al FMI reconocer un caso de insolvencia y, en consecuencia, conceder una reducción de la deuda? La iniciativa para los Países Pobres Fuertemente Endeudados (HIPC, por su acrónimo en inglés) demostraron que existe un margen de maniobra económica y legal (y, en particular, una serie de argumentos basados en los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo) para aceptar que, en determinadas circunstancias, el FMI debe conceder una reducción de la deuda (Raffer 2009).

También se ha analizado si el supuesto carácter preferente del

FMI se basa en el derecho consuetudinario, como fuente del derecho internacional (Boudreau y Gulati 2014). Sin embargo, la existencia del derecho consuetudinario requiere prácticas estatales uniformes y la creencia jurídica (*opinio juris*) de que el comportamiento en cuestión es consistente con el ordenamiento jurídico. En el caso de los préstamos del FMI, y en contra de lo que se suele creer, las críticas de los deudores han sido permanentes, hasta el punto de que se produjeron diversos casos de mora en este contexto (Oeking y Sumlinski 2016). Aunque esos atrasos no significaron necesariamente una reducción de la deuda, los deudores desafiaron el carácter preferente del FMI (Boughton 2001: 757-846). Igualmente importante es el hecho de que el FMI haya concedido una reducción de la deuda en determinados casos, como ocurrió con la Iniciativa para la Reducción de la Deuda de los HIPC y otros programas relacionados en situaciones extraordinarias (como fue el caso de algunos países durante la pandemia de COVID-19, a través del Fondo Fiduciario para Alivio y Contención de Catástrofes). De hecho, el Comité Provisional del FMI “exhortó a todos los miembros, dentro de los límites de sus sistemas jurídicos, a considerar al Fondo como un acreedor preferente” (FMI 1988, énfasis añadido). El carácter preferente del FMI es, por ende, un resultado endógeno de la relación entre los países afectados y sus acreedores, más que un mandato jurídico.

El Mecanismo de Reestructuración de la Deuda Soberana (SDRM) propuesto y promovido en 2002 por el FMI sí contemplaba la institucionalización del carácter de acreedor preferente. Este proyecto naufragó, como también lo hizo la posibilidad de construir un consenso fuerte entre los Estados miembros del FMI sobre los términos del SDRM. La sentencia en la causa *NML Capital, Ltd. c. República Argentina* (2012)⁶ también ilustra la discusión sobre la prioridad legal del FMI, ya que proveyó una interpretación amplia a la cláusula *pari passu* en la emisión de bonos soberanos, negando en la práctica el carácter preferente del FMI en relación con un préstamo concedido por este prestamista a la Argentina.

En resumen, no existe ninguna fuente en el derecho internacional que reconozca el carácter de acreedor preferente absoluto al FMI. De hecho, en las últimas décadas, esta entidad concedió numerosas condonaciones de deuda a los países más pobres y endeudados. No existe ningún elemento jurídico que impida hacer lo mismo con los

6 699 F.3d 246 (2d Cir. 2012), cert. denied, 134 S. Ct. 201 (2013).

países de ingresos medios, que necesitan con urgencia una reducción de sus deudas (capital, intereses, sobrecargos) a fin de cumplir con sus propias obligaciones internacionales en materia de derechos económicos y sociales respecto de sus propias poblaciones. Los prestamistas y donantes públicos tienen la responsabilidad de participar de buena fe en los programas de reducción de la deuda y en las negociaciones de reestructuración (Naciones Unidas 2018, Principio 15.2).

Claramente, debido a la prioridad de reembolso del FMI, la calidad de los préstamos concedidos se torna irrelevante (Schadler 2014). Esto, indudablemente, genera el riesgo de desconectar las decisiones de los resultados, precisamente un principio económico básico promovido por las Instituciones Financieras Internacionales (IFI) entre sus Estados miembros. Si consideramos que, luego del fracaso de los programas económicos financiados por el FMI, éste concede nuevos préstamos para intentar solucionar o estabilizar estas situaciones críticas, se puede afirmar que el FMI se beneficia de sus propios errores porque, al estar garantizada su preferencia (que abarca tanto al capital como a los intereses), cuanto mayor sea el importe del crédito y el plazo de cancelación, mayores serán los beneficios (sobrecargos), independientemente del destino final de los fondos prestados o de la suerte de las políticas económicas impuestas a los Estados deudores.

Como explicaron recientemente Tito Cordella y Andrew Powell (2019) en un documento de trabajo de investigación de políticas del Banco Mundial, “si las IFI fijaran el precio de los préstamos en función del riesgo, como hacen los prestamistas privados, admitirían que sus préstamos están sujetos a riesgo y que los deudores pueden entonces incurrir en default. Aplicando esta lógica al límite, las IFIs se convertirían así en un prestamista más (sujeto al default), y perderían su tratamiento de acreedor preferente”. Los sobrecargos funcionan como una tasa de interés basada en el riesgo de default, precisamente cuando el derecho al desarrollo está seriamente amenazado.

5. CONCLUSIONES

El FMI continúa afirmando que está por encima del derecho internacional en materia de derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo. Este artículo se centra en las implicaciones que tienen sobre el derecho al desarrollo de los deudores soberanos las políticas de sobrecargos del FMI -que encarecen considerablemente ciertos préstamos para los Estados prestatarios- y su carácter de acreedor

preferente *de facto* -que niega la posibilidad de una reducción de la deuda por insolvencia-.

Según lo explicado en las Secciones anteriores, los sobrecargos: a) no son eficaces para limitar el acceso al crédito del FMI; b) distribuyen de forma poco equitativa los costos operativos del FMI; c) son desproporcionados; d) son procíclicos; e) son muy costosos para los países de ingresos medios, ya que afectan directamente el derecho al desarrollo sostenible y en especial de las poblaciones en situación de vulnerabilidad y; f) son poco transparentes.

Lo que resulta desproporcionado es que el FMI aplique estos sobrecargos preventivos para protegerse del posible riesgo de incumplimiento mientras que, al mismo tiempo, se considera y exige ser tratado como un acreedor privilegiado, de modo que la posibilidad de default es concebida como una imposibilidad ontológica, incluso en caso de insolvencia evidente de los deudores. ¿Por qué imponer sobrecargos para protegerse del riesgo si el mismo organismo afirma (como sucede en los hechos) que su crédito tiene preferencia de cobro sobre cualquier otro acreedor? En todo caso, este artículo también explica que, de hecho, no existe ninguna fuente en el derecho internacional que reconozca el carácter de acreedor preferente absoluto al FMI.

En 2010, el propio FMI explicó que “en particular, cuando un miembro solicite cierta cantidad de recursos generales del Fondo de forma tal que las disponibilidades del Fondo en moneda del miembro superen el 200 por ciento de la cuota, el Fondo podrá exigir, como condición para conceder la solicitud, que el miembro ofrezca una garantía en activos aceptables que, en opinión del Fondo, tengan un valor suficiente para proteger los intereses del Fondo” (FMI 2010: 19-20). Es completamente válido que los acreedores traten de protegerse contra el default de sus deudores. Lo que parece excesivo e innecesario es exigir sobrecargos elevados y ser reembolsados, siempre, en su totalidad, en carácter preferente con respecto a cualquier otro acreedor, además de imponer políticas macroeconómicas a los deudores soberanos para garantizar que puedan reembolsar el préstamo.

Este artículo demostró que los sobrecargos no sirven para evitar endeudarse con el FMI ni para acelerar los reembolsos. No obstante, si los sobrecargos representan una forma de proteger al FMI contra el posible riesgo de default, entonces no podría sostener su carácter de acreedor preferente. Este carácter no tiene ningún sustento en el derecho internacional. Si esta preferencia es aceptada para proteger

la capacidad del FMI de interceder en una crisis económica, entonces esta institución no puede al mismo tiempo perjudicar con los sobrecargos a los países en crisis. Ambos (preferencia de cobro y sobrecargos) conceptos son lógicamente incompatibles.

No es de extrañar entonces que organizaciones de la sociedad civil de todas las regiones y, en menor medida, de algunos Estados en desarrollo (como Argentina, México y Sudáfrica) hayan planteado, desde el surgimiento de la pandemia del COVID-19, que los sobrecargos sean a) eliminados o, al menos, b) reducidos (Proyecto Bretton Woods 2022). Una parte esencial de los argumentos es que esas políticas usureras de sobrecargos están agotando recursos fiscales valiosos de los países endeudados y, de esta forma, afectando el derecho al desarrollo.

Existe una tercera opción que podría considerarse en los debates públicos para limitar los efectos perniciosos de los sobrecargos en el derecho al desarrollo. Como se explicó en el contexto de las primas de riesgo (Pahnecke y Bohoslavsky 2021), los sobrecargos deben ajustarse luego del pago del total de capital, ya que así se evita la discriminación, al garantizar la igualdad de trato de todos los deudores soberanos una vez que han pagado el capital, a la vez que se ponen recursos a su disposición para mejorar sus condiciones de vida. Como sucede con las garantías de los contratos financieros, los sobrecargos (si no son eliminados o reducidos) deben devolverse una vez que se cumple el propósito de garantizar el capital, ya que el riesgo de default deja de existir.

La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo establece que “deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de erradicar todas las injusticias sociales.” (art. 8). Entre las posibles medidas para lograr este objetivo se encuentran la reducción de la deuda pública para los países en desarrollo y que las políticas de las IFIs no impliquen modelar las economías de los países deudores en base a teorías económicas ortodoxas que, previsiblemente, perjudican a esos mismos países y aumentan los niveles de desigualdad y degradación medioambiental. Una concepción del desarrollo sostenible que -entre otras condiciones- respete las diversidades naturales y reconozca la posición de liderazgo de las comunidades indígenas en su contribución a la protección del medio ambiente (CIDH 2015; 2019; 2021a, 2021b, 2021c) requiere necesariamente que el derecho financiero internacional no legitime condiciones de endeudamiento usureras que dejen a los países en desarrollo sin espacio fiscal para ejercer plenamente el derecho al desarrollo sostenible.

REFERENCIAS

- Arauz, Andrés, y Odd Hansen. 2022. IMF Projects No Losses if Surcharges Are Removed, *Centro de Investigación en Economía y Política*, 16 de mayo. <https://cepr.net/imf-projects-no-losses-if-surcharges-are-removed/>
- Arauz, Andrés; Mark Weisbrot, Christina Laskaridis, y Joe Sammut. 2021. IMF Surcharges: Counterproductive and Unfair, *Centro de Investigación en Economía y Política*, septiembre, <https://cepr.net/wp-content/uploads/2021/09/IMF-Surcharge-Report-2.pdf>
- Bianco, Giuseppe. 2021. Moral hazard at the IMF: An analysis of the Fund's policies and status, Juan Flores Zendejas et al. (eds.), *Moral Hazard. A Financial, Legal, and Economic Perspective*, Routledge.
- Bohoslavsky, Juan Pablo et al. 2021. IMF Surcharges Punish Developing Countries, *Proyecto Bretton Woods*, junio. <https://www.brettonwoodsproject.org/wp-content/uploads/2021/06/Surcharges-Open-Letter-Former-UN-IE-on-debt-and-Human-Rights-June-2021.pdf>
- Bohoslavsky, Juan Pablo y Cantamutto, Francisco. 2022. Not Even with a Pandemic: The IMF and the Neoliberal Roots of its Reluctance to Human Rights, *Human Rights Quarterly*, (próximamente).
- Boudreau Melissa y Gulati, Mitu. 2014. The International Monetary Fund's Impaired Priority, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Vol. 10: 119-148.
- Boughton, James. 2001. *Silent Revolution: The International Monetary Fund 1979-1989*, IMF, Washington DC, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/history/2001/>
- Cañete Alonso, Rosa. 2018. *Captured democracies: Government for the few. How Elites Capture Fiscal Policy, and its Impacts on Inequality in Latin America and The Caribbean (1990-2017)* OXFAM/CLACSO.
- Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2021. Los derechos humanos y la reacción del FMI frente al COVID-19 *Derechos En Acción* 18(18): 494-495 <https://doi.org/10.24215/25251678e494>.
- CESCR 2018. Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, Doc. ONU CESCR E/C.12/DEU/CO/6, 2018.
- CESCR. 2016. Public debt, austerity measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Doc. ONU E/C.12/2016/1, 22 de julio
- CIDH, Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. 2021c. Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales: Estándares interamericanos.
- CIDH. 2019. Informes sobre empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos.
- CIDH. 2021a. Informe sobre el derecho de los pueblos indígenas y tribales.
- CIDH. 2021b. Emergencia Climática: Alcance de las obligaciones interamericana-

- nas en materia de derechos humanos. Resolución No. 3/2021.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2015. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.
- Cordella, Tito y Andrew Powell. 2019. Preferred and Non-Preferred Creditors, Policy Research Working Paper 8941, Banco Mundial, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/578451563797490303/pdf/Preferred-and-Non-Preferred-Creditors.pdf>
- Corte IDH 2020. Indigenous Community Members of the Lhaka Honhat (Our Land) Association vs. Argentina, 6 de febrero
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) 2017. Derechos Humanos y Medio Ambiente, Opinión Consultiva OC-23/17.
- De Moerloose, Stéphanie; Gamze Erdem Türkelli, y Joshua Curtise Moerloose. 2021. Extraterritorial human rights obligations and international financial institutions, en G.E. Türkelli, M. Krajewski, y W. Vandenhole *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations* Routledge: 271-283.
- Experto Independiente sobre Deuda y Derechos Humanos. 2019. Responsabilidad por complicidad de las instituciones financieras internacionales en las violaciones de los derechos humanos en el contexto de reformas económicas regresivas, Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/74/178.
- FMI. 1989. Comunicado del Comité Provisional de la Junta de Gobernadores del FMI, Comunicado de prensa Nro. 89/83, 4 de abril.
- FMI. 1997. Comunicado de prensa Nro. 97/59, IMF Approves Supplemental Reserve Facility, 17 de diciembre. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/14/01/49/pr9759>
- FMI. 2010. The Fund's Mandate—The Legal Framework, prepared by the Legal Department, approved by Sean Hagan, 22 de febrero.
- FMI. 2016. Review of Access Limits and Surcharge Policies. Documentos sobre políticas, abril. <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2016/012016.pdf>
- FMI. 2017. Carta del Representante Especial del FMI a la ONU con respecto al Experto Independiente de la ONU sobre la Deuda y los Derechos Humanos, 27 de julio <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IEDebt/impactassessments/IMF.pdf>
- FMI. 2021a. Informe Anual 2021, Construir un futuro mejor, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2021/eng/downloads/imf-annual-report-2021.pdf>
- FMI. 2021b. Review of the Adequacy of the Fund's Precautionary Balances. Documento sobre políticas Nro. 2021/005, 18 de febrero. <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2021/02/18/Review-of-the-Adequacy-of-the-Funds-Precautionary-Balances-50105>
- FMI. 2021c. IMF Executive Board Discusses the Adequacy of the Fund's Precau-

- tionary Balances, Comunicado de prensa Nro. 21382, 16 de diciembre. <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/12/16/pr21382-imf-executive-board-discusses-the-adequacy-of-the-fund-precautionary-balances>
- FMI. 2021d. Fund Support For Debt- and Debt-Service Reduction Operations, 3 de febrero, <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2021/03/16/Fund-Support-for-Debt-and-Debt-Service-Reduction-Operations-50266>
- FMI. 2021e. Ex-Post Evaluation of Exceptional Access Under the 2018 Stand-By Arrangement, Informe País del FMI Nro. 21/279, diciembre, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/largea2021001_eng.pdf
- Fondo Monetario Internacional (FMI). 1988. Comunicado del Comité Provisional de la Junta de Gobernadores del FMI, Comunicado de prensa Nro. 88/33, 26 de septiembre.
- G24. 2021. Comunicado del Grupo Intergubernamental De Los Veinticuatro Para Asuntos Monetarios Internacionales y Desarrollo, 5 de abril. <https://www.g24.org/wp-content/uploads/2021/04/G-24-Comunicu%C3%A9-Final-Spring-Meetings-2021.pdf>
- Galant, Michael, y Aliza Khan. 2022. “Examining the Gendered and Other Impacts of IMF Surcharges” Event Transcript, CEPR, 17 de mayo. <https://cepr.net/examining-the-gendered-and-other-impacts-of-imf-surcharges-event-transcript/>
- Gallagher, Kevin. 2021. The IMF’s surcharges are unfit for purpose, *Financial Times*, 2 de marzo. <https://www.ft.com/content/cc82f5bf-36c6-454f-b7f0-a4a18576ff2b>
- Gianviti, François (2005), “Economic, Social and Cultural Rights and the International Monetary Fund”, *Current Development in Monetary & Financial Law*, Vol. 3.
- Global Action for Debt Cancellation. 2022. IMF Surcharges are Unfair, Counterproductive and a Threat to an Equitable Global Economic Recovery. They Should be Eliminated Immediately, 7 de abril. <https://debtgwa.net/statements/eliminate-imf-surcharges-immediately>
- Goldston, James. 2022. Climate litigation from an inequality perspective, en: Rodríguez Garavito, César (Ed.) *Litigating the climate emergency: Citizen mobilisation in the courts to confront the environmental crisis and secure basic rights*. Siglo XXI Editores.
- Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres y las niñas (2020), “Informe sobre los derechos humanos de la mujer en el cambiante mundo del trabajo,” Doc. ONU A/HRC/44/51.
- Hurley Gail. 2018. Sovereign Debt and the Right to Development, en Ilias Bankteas, y Cephas Lumina (eds.) *Sovereign debt and human rights*. Oxford University Press: 248-266.
- Krahnke, Tobias (2020), “Doing more with less: The catalytic function of IMF lending and the role of program size,” Discussion Paper Deutsche Bundesbank

- No 18/2020.
- Krueger, Anne. 2002. *New Approaches to Sovereign Debt Restructuring: An Update on Our Thinking*, abril, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/exrp/sdrm/eng/sdrm.pdf>
- Munevar, Daniel. 2021. A guide to IMF surcharges. Eurodad, 2 de diciembre. https://www.eurodad.org/a_guide_to_imf_surcharges
- Mussa, Michael. 2006. *Reflections on the Function and Facilities of IMF Lending*, in Edwin Truman (ed.), *Reforming the IMF for The 21st Century*, Peterson Institute for International Economics.
- Naciones Unidas. 1986. Declaración sobre el derecho al desarrollo, Asamblea General, Resolución 41/128, 4 de diciembre.
- Naciones Unidas. 2018. UN Guiding principles on human rights impact assessments of economic reforms, Independent Expert on Debt and Human Rights, Doc. ONU A/HRC/40/5719.
- Naciones Unidas. 2022. Global impact of the war in Ukraine: Billions of people face the greatest cost-of-living crisis in a generation, Grupo de Respuesta a la Crisis Mundial en materia de Alimentación, Energía y Finanzas. https://news.un.org/pages/wp-content/uploads/2022/06/GCRG_2nd-Brief_Jun8_2022_FINAL.pdf?utm_source=United+Nations&utm_medium=Brief&utm_campaign=Global+Crisis+Response
- Naciones Unidas. 2022. Informe del Secretario General sobre los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad en el contexto del cambio climático. A/HRC/50/57. 6 de mayo.
- Nercesian, Inés. 2020. *Presidentes empresarios y Estados capturados América Latina en el siglo XXI*, Editorial Teseo.
- Oeking, Anne, y Mariusz Sumlinski. 2016. Arrears to the IMF – A Ghost of the Past?, IMF Working WP/16/225.
- Pahnecke, Oliver, y Juan Pablo Bohoslavsky. 2021. Interest Rates and Human Rights: Reinterpreting Risk Premiums to Adjust the Financial Economy, *Yale Journal of International Law*, Vol. 46: 1-46.
- Proyecto Bretton Woods. 2021. IMF’s punishing surcharges strain Covid-19 response and recovery efforts, 9 de diciembre. <https://www.brettonwoodsproject.org/2021/12/imfs-punishing-surcharges-strain-covid-19-response-and-recovery-efforts/>
- Proyecto Bretton Woods. 2022. More than 150 groups call for the IMF to end its “unfair” and “counterproductive” surcharges, 7 de abril. <https://www.brettonwoodsproject.org/2022/04/more-than-150-groups-call-for-the-imf-to-end-its-unfair-and-counterproductive-surcharges/>
- Raffer, Kunibert. 2009. Preferred or Not Preferred: Thoughts on Priority Structures of Creditors, paper prepared for discussion at the 2nd meeting of the ILA Sovereign Insolvency Study Group, 16 de octubre. <https://homepage.univie.ac.at/kunibert.raffer/ila-wash.pdf>

- Raffer, Kunibert. 2016. Rethinking Sovereign Debt: Pleading for Human Rights, the Rule of Law, and Economic Sense, *Accounting, Economics, and the Law: A Convivium*, Vol. 6:3: 24-262.
- Rajagopal, Balakrishnan. 2021. Development theories, old and new and their implications for human rights. *Critical Issues in Human Rights and Development*. Edward Elgar Publishing.
- Rodríguez Garavito, César (ed.). 2022. *Litigar la emergencia climática: La movilización ciudadana ante los tribunales para enfrentar la crisis ambiental y asegurar derechos básicos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Roubini, Nouriel, and Brad Setser. 2004. *Bailouts or Bail-Ins? Responding to Financial Crises in Emerging Economies*, Peterson Institute for International Economics.
- Rutsel Silvestre, Martha. 1990. Preferred Creditor Status under International Law: The Case of the International Monetary Fund, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39: 4: 801-826.
- Scali, Emma L. 2021. Extraterritorial human rights obligations and sovereign debt. En *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations* Routledge: 242-254.
- Schadler, Susan. 2014. Creditor Status: Does It Still Make Sense After The Euro Crisis, Center For International Governance Innovation (CIGI) Policy Brief No. 37, marzo.
- Stiglitz, Joseph, and Kevin P. Gallagher. 2022. IMF surcharges: A lose-lose policy for global recovery, *VoxEu CEPR*, 7 de febrero. <https://voxeu.org/article/imf-surcharges-lose-lose-policy-global-recovery>
- Svampa, Maristella and Pablo Bertinat. 2022. Final reflections. Debates and struggles for transition. in M. Svampa and P. Bertinat (Comps.). *La transición energética en la Argentina: Una hoja de ruta para entender los proyectos en pugna y las falsas soluciones*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores: 229-252.

FACULTADES SANCIONATORIAS DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

GUILLERMO ALEJANDRO ZUCCOLO¹ UBA-Argentina
GABRIEL DEL MAZO² UBA-Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 227-254. Recibido 1/9/22 - Aceptado 16/9/22

¹ Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires, y cuenta con estudios de posgrado en el Programa de Especialización en Derecho Bancario en esa casa de estudios (S/T). Desde 1982 trabaja en el Banco Central de la República Argentina. Actualmente, con el cargo de Subgerente General, colabora en forma directa con el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias. Desde 2003 a 2006 fue Subsecretario de Servicios Financieros de la Secretaría de Finanzas de la Nación. Junto con otros autores escribió el libro “Tratamiento Integral del Fideicomiso” y publicó en diferentes medios numerosos artículos sobre temas jurídicos y financieros. Es profesor en el Curso de Posgrado en Administración y Gestión de Entidades Bancarias de la Escuela de Negocios y Administración Pública de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Fue profesor en el programa de posgrado “Negocios Bancarios y Financieros” de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA); del “Curso de Posgrado en Regulación y Gestión Bancaria” en la Universidad del Salvador (USAL); y del “Programa Ejecutivo en Regulaciones Financieras, Bancarias y del Mercado de Capitales” de la Universidad del CEMA (UCEMA).

² Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Comenzó su carrera profesional en el Poder Judicial de la Nación, desempeñando los cargos de Secretario de la Justicia en lo Civil y Comercial Federal y Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (1988 a 1997). Desde el año 1997 hasta el año 2018 se desempeñó en el Banco Central de la República Argentina, ocupando las posiciones de Abogado Jefe Principal, Gerente Principal de Estudios y Dictámenes Jurídicos y de Estudios y Dictámenes de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias y asesor de la Gerencia General y de esa Superintendencia. Como experto en legislación bancaria participó en consultorías en varios países que versaron sobre temas relacionados con el sistema financiero. Fue profesor del “Curso de Posgrado en Regulación y Gestión Bancaria” en la Universidad del Salvador (USAL); y del “Programa Ejecutivo en Regulaciones Financieras, Bancarias y del Mercado de Capitales” de la Universidad del CEMA (UCEMA) y es profesor en el “Curso de Posgrado en Administración y Gestión de Entidades Bancarias” de la Escuela de Negocios y Administración Pública de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.



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

Resumen: El artículo desarrolla las facultades sancionatorias que el marco normativo le atribuye al Banco Central de la República Argentina para que pueda cumplir con su cometido de regular el funcionamiento del sistema financiero y de aplicar la Ley de Entidades Financieras y las restantes normas dictadas en su consecuencia.

El reconocimiento de facultades sancionatorias al organismo resulta coherente y proporcionado con las mencionadas atribuciones de regulación y fiscalización del sistema financiero, para cuyo adecuado ejercicio es necesaria la existencia de facultades coercitivas y disciplinarias sin las cuales no tendría sentido la atribución de las primeras, que se tornarían inoperantes e ineficaces.

Se describe el procedimiento sancionatorio actualmente vigente, denominado “Régimen Disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina”, que fue establecido en 2017 con el objetivo de lograr dotar a la tramitación de los sumarios financieros de la mayor transparencia, previsibilidad, legalidad, razonabilidad, trato igualitario y economía de recursos, tiempos y costos tanto administrativos como judiciales posibles.

Finalmente, se diferencia a las sanciones que puede aplicar el BCRA en el marco de un sumario financiero de otras medidas que pueden adoptar la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEFyC) o el Directorio contra las entidades financieras.

Palabras clave: fiscalización – sanciones – procedimiento - medidas

Abstract: The article develops the sanctioning powers that the regulatory framework attributes to the Central Bank of the Argentine Republic so that it can fulfill its mission of regulating the functioning of the financial system and of applying the Law of Financial Entities and the rest of the regulations issued as a consequence.

The recognition of sanctioning powers to the body is consistent and proportionate with the aforementioned powers of regulation and supervision of the financial system, for the proper exercise of which the existence of coercive and disciplinary powers is necessary, without which the attribution of the former will not make sense, which is would become inoperative and ineffective.

The sanctioning procedure currently in force is described, called “Disciplinary Regime in charge of the Central Bank of the Argentine Republic”, which was established in 2017 with the aim of providing the processing of financial summaries with the greatest transparency,

predictability, legality, reasonableness, equal treatment and economy of resources, time and possible administrative and judicial costs.

Finally, the sanctions that can be applied by the BCRA within the framework of a financial investigation are differentiated from other measures that can be adopted by the Superintendency of Financial and Foreign Exchange Entities (SEFyC) or the Board of Directors against financial entities.

Key words: supervision - sanctions - procedure - measures

CONTENIDO

1. Facultades sancionatorias del Banco Central de la República Argentina.
2. Fundamento, legalidad y condiciones de validez del ejercicio de facultades sancionatorias.
3. Sujetos sobre los que el Banco Central puede ejercer facultades sancionatorias.
4. Sanciones aplicables y criterios que se deben tener en cuenta para determinar las sanciones aplicables.
5. Características distintivas del actual “Régimen Disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias (Texto ordenado al 25/08/2022)”.
6. Procedimiento sancionatorio.
7. Vías recursivas administrativas y judiciales.
8. Régimen de facilidades del pago de multas.
9. Diferencias entre las infracciones y sumarios financieros y cambiarios.
10. Diferencias de las sanciones con otras medidas de Superintendencia.
11. Alcance de la responsabilidad atribuida en el ámbito disciplinario.
12. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo vamos a referirnos a las facultades sancionatorias que la legislación de fondo atribuye al Banco Central de

la República Argentina (BCRA), así como al andamiaje de normas reglamentarias y resoluciones de ese organismo que constituyen el plexo normativo aplicable a la materia.

Detallaremos las razones que dan fundamento, legalidad y condición de validez a la atribución de facultades sancionatorias al mencionado organismo administrativo, y precisaremos cuáles son los sujetos alcanzados por ese marco disciplinario.

Las sanciones que el BCRA puede aplicar, taxativamente previstas en la Ley de Entidades Financieras (LEF), son determinadas en base a los factores de ponderación que también la ley prevé y que consisten, básicamente, en la magnitud de la infracción, el perjuicio ocasionado a terceros, el beneficio ocasionado para el infractor, el volumen operativo de éste último y el patrimonio de la entidad que transgrede las normas.

Asimismo, mencionaremos las características distintivas del actual “Régimen Disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina”, que fue establecido a principios de 2017 con el objetivo de lograr dotar a la tramitación de los sumarios financieros de la mayor transparencia, previsibilidad, legalidad, razonabilidad, trato igualitario y economía de recursos, tiempos y costos tanto administrativos como judiciales posibles. Se trata de un régimen destinado a disciplinar al sistema financiero a que cumpla la normativa dictada por el regulador bancario y, en caso contrario, responder a los eventuales incumplimientos con sanciones graduales, proporcionadas y eficaces.

Seguidamente, haremos una breve descripción del procedimiento sancionatorio en sí mismo, de las vías recursivas administrativas y judiciales previstas en las normas y de las facilidades de pago existentes para aquellos sumariados que resulten sancionados con multa.

Atento a que el Banco Central instruye también los sumarios por infracciones al Régimen Penal Cambiario, precisaremos las diferencias de tratamiento entre estas infracciones y las financieras, así como el rol que desempeña el ente regulador en cada caso.

Finalmente, nos referiremos a la diferencia existente entre las

sanciones que puede aplicar el Banco Central en el marco de un sumario financiero respecto de otras medidas que pueden adoptar la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (SEFyC) o el Directorio contra las entidades financieras, como también explicaremos que la atribución de responsabilidad en el ámbito disciplinario que aquí nos ocupa no resulta excluyente de la responsabilidad que se pudiera atribuir a los sumariados en otros ámbitos.

1. FACULTADES SANCIONATORIAS DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Entre las facultades atribuidas al Banco Central de la República Argentina en su Carta Orgánica (artículo 47, inciso d)) y en la Ley de Entidades Financieras (artículo 41 y siguientes), está la de aplicar sanciones por las infracciones a esta **última** ley, a sus normas reglamentarias y a las resoluciones que dicte ese organismo, previo sumario que instruirá la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias con audiencia de los imputados y con sujeción a las normas de procedimiento que dicte el mismo.

A esos sumarios se los denomina sumarios financieros, para diferenciarlos de los sumarios cambiarios que también instruye la SEFyC para investigar la presunta comisión de infracciones a la legislación y normativa cambiaria (Régimen Penal Cambiario) y que, a diferencia de los primeros, no comprende el ejercicio de facultades sancionatorias.

2. FUNDAMENTO, LEGALIDAD Y CONDICIONES DE VALIDEZ DEL EJERCICIO DE FACULTADES SANCIONATORIAS

Para fundamentar y justificar la atribución de facultades sancionatorias a los órganos administrativos se han dado las siguientes razones:

a) El derecho administrativo no sólo es un sistema de protección de los derechos individuales frente al Estado a cuya actuación le pone límites y condiciones en favor de las personas, sino que también es una herramienta que le permite al Estado instar y exigir a

las personas el cumplimiento de las obligaciones que tienen con el Estado y la sociedad.

El régimen sancionatorio financiero cumple esa doble función, pues a la vez que dota al Banco Central de una herramienta apta para disuadir al incumplimiento de la normativa financiera, le pone límites y condiciones al ejercicio de esa facultad en beneficio de las entidades y personas, para evitar o acotar en la mejor medida posible la configuración de una actividad abusiva o ilegal.

b) El reconocimiento de facultades sancionatorias a los organismos de supervisión bancaria en particular resulta coherente y proporcionado con las atribuciones de regulación y fiscalización del sistema bancario nacional, para cuyo adecuado ejercicio es necesaria la existencia de facultades coercitivas y disciplinarias, sin las cuales no tendría sentido la atribución de las primeras, que se tornarían inoperantes e ineficaces.

Actualmente, existe consenso acerca de la legalidad del ejercicio de facultades sancionatorias por parte de órganos administrativos, aunque con carácter de excepción y dentro de los límites y sujeto a las condiciones para que su ejercicio pueda ser considerado válido, que básicamente son:

a) La sujeción de la facultad sancionatoria al principio de legalidad que hace necesario una habilitación legal expresa para imponer sanciones;

b) El respeto en los sumarios financieros de las garantías del debido proceso adjetivo, que comprende los siguientes aspectos esenciales:

b.1) La existencia de una acusación clara y concreta en la que se describan detalladamente la norma incumplida, la conducta reprochada, la configuración de la infracción y la posibilidad de imputarla a cada una de las personas sumariadas;

b.2) La posibilidad de que los imputados presenten un descargo y ofrezcan y produzcan la prueba conducente para el esclarecimiento de los hechos que se le imputan y de que tengan la oportunidad de

alegar acerca del mérito de la prueba producida;

b.3) El dictado por parte del Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias de una resolución fundada en la que se cumplan los requisitos de validez establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación y finalidad); se haga mérito de todo lo actuado en el sumario y se decida la existencia o no de una infracción, la responsabilidad de cada uno los sumariados y la sanción que resulte aplicable; y se respeten los principios de tipicidad y legalidad (clara descripción de la infracción en la normativa y prohibición de la analogía), culpabilidad y *non bis in idem*.

b.4) La contemporaneidad (que no se verifique un exceso del plazo razonable de duración del sumario financiero)³, proporcionalidad

3 Es necesario que las sanciones se apliquen en el tiempo más cercano posible a la comisión de la infracción, es decir, sin excederse un plazo razonable desde el momento en que la infracción investigada y sancionada hubiera sido cometida.

Ello se justifica, desde el punto de vista del imputado, en que tiene derecho a obtener un pronunciamiento que defina en un plazo razonable y de una vez y para siempre frente a la sociedad y a la ley una situación conflictiva, y de esa manera evitarle las dificultades que el transcurso del tiempo genera para la alegación y demostración de las defensas que él estime adecuado plantear, como así también evitar las incertidumbres, sufrimientos y gastos que lógicamente genera en las personas el sometimiento durante un plazo prolongado a un proceso sancionatorio.

Pero también se justifica desde el punto de vista de los intereses públicos por los que debe velar el organismo de supervisión bancaria, que también se verían afectados por la demora en arribar a una conclusión definitiva acerca de la configuración y entidad de una infracción a la normativa financiera y a determinar la sanción que corresponde aplicar, no solo por el dispendio administrativo que ello importa y el riesgo de que las pruebas en las que se apoya la persecución se diluyan por el transcurso del tiempo, sino también porque se distorsiona la finalidad de la sanción, que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la aplicación de la pena.

Lo dicho, además, está en línea con los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8.1 consagra el derecho de toda persona a “*ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*” y lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Losicer” [“Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Res. 169/05 (Expediente 105666/86 – Sum. Fin. N° 708)”] del año 2012.

Ahora bien, no es fácil determinar un plazo razonable de carácter general, porque ello dependerá de las circunstancias de cada caso, tales como la mayor o menor

y razonabilidad de las sanciones aplicadas (ni insignificante, ni exorbitante) que no pueden constituir penas privativas de libertad (cuya aplicación corresponde únicamente a los jueces), que hacen también a su eficacia; y, finalmente,

b.5) Que todo lo anterior se haga respetando los parámetros y directrices fijados en la Ley de Entidades Financieras y en el Régimen disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina.

c) El control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba, que en el caso de las sanciones aplicadas por el Banco Central ejercen los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a través del recurso directo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Carta Orgánica del Banco Central, pueden interponer las personas humanas y jurídicas a las que se les hubieran aplicado las sanciones de mayor envergadura (multas, inhabilitaciones y revocación de autorizaciones).

3. SUJETOS SOBRE LOS QUE EL BANCO CENTRAL PUEDE EJERCER FACULTADES SANCIONATORIAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras, está sujeta a la posibilidad de ser imputada y sancionada en un sumario financiero, cualquier entidad o persona que sea responsable de infringir las disposiciones de dicha ley, sus normas reglamentarias y las resoluciones que dicte el Banco Central en el ejercicio de sus facultades.

Concretamente, quedan sujetas al ejercicio de las facultades sancionatorias que están en cabeza del Banco Central:

Las entidades financieras, tanto privadas como públicas, es decir, los bancos comerciales, de inversión e hipotecarios, las compañías financieras, las sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda y las cajas de crédito⁴.

complejidad de las actuaciones, la cantidad de imputados y prueba ofrecida, la articulación o no de defensas dilatorias, etc.

4 Si bien las categorías de sociedad de ahorro y préstamo para la vivienda

Las casas y agencias de cambio, por los incumplimientos a la normativa financiera.

Los profesionales de auditoría externa contratados por las entidades financieras y cambiarias.

Las transportadoras de valores.

Las sociedades calificadoras de riesgo.

Las sociedades de garantías recíprocas.

Las empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito, en los aspectos financieros de esa operatoria, que regula y fiscaliza el Banco Central.

Los proveedores no financieros de crédito.

Los prestadores de servicios de pago.

Las billeteras digitales.

Proveedores de servicios de crédito entre particulares.

Fondos de garantía de carácter público.

Los directivos, síndicos, gerentes y empleados de esas entidades.

Cualquier otra persona humana o jurídica que aún sin estar controlada directamente por el Banco Central infrinja las disposiciones de La Ley de Entidades Financieras⁵.

y cajas de crédito siguen estando enumeradas entre las entidades financieras en la Ley de Entidades Financieras, actualmente no hay ninguna de ellas operando en el sistema financiero argentino.

5 Por ejemplo, las personas humanas y jurídicas que realicen intermediación financiera sin contar con la autorización del BCRA o utilicen las denominaciones que se utilizan para caracterizar a las entidades financieras y sus operaciones en infracción a la prohibición establecida en los artículos 19 y 38 de la Ley de Entidades Financieras.

4. SANCIONES APLICABLES Y CRITERIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA DETERMINARLAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras, las sanciones que puede aplicar el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias a las personas, a las entidades, o a ambas a la vez, que sean responsables de las infracciones a esa ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central en el ejercicio de sus facultades son las siguientes:

Llamado de atención;

Apercibimiento;

Multas;

Inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria;

Inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la presente ley.

En cambio, corresponde al Directorio del Banco Central aplicar, a propuesta del Superintendente, la sanción de 6) revocación de la autorización para funcionar⁶.

Las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse a los efectos de su graduación los factores que se detallarán a continuación.

Para la aplicación de las sanciones de multa en particular el Régimen Disciplinario a cargo del Banco Central establece que se deben tener cuenta los factores de ponderación contemplados en el artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras, a saber:

⁶ Artículo 14, inciso h) de la Carta Orgánica del Banco Central.

- La magnitud de la infracción

Se tendrá en cuenta a estos efectos: (i) cantidad y monto total de las operaciones en infracción de tratarse de hechos susceptibles de apreciación pecuniaria; (ii) cantidad de cargos infraccionales; (iii) la relevancia de las normas incumplidas dentro del sistema de normas que regulan la actividad, valorándose como atenuante la posterior derogación de la norma incumplida; (iv) la duración del período infraccional; y, (v) el impacto sobre la entidad y/o el sistema financiero.

- El perjuicio ocasionado a terceros

Se tendrá en cuenta a estos efectos, entre otros elementos que denoten indebido detrimento económico, las sumas dinerarias que, por cualquier concepto, dentro de las características de la conducta infractora, el sumariado haya dejado de abonar a esta Institución o a las personas humanas o jurídicas que tuvieron relación con la entidad sumariada.

- El beneficio generado para el infractor

Se atenderá a la comprobación del beneficio obtenido en razón de la configuración de la infracción tanto para la entidad sumariada cuanto para las personas humanas responsables de la transgresión o para las personas humanas y/o jurídicas vinculadas a ellas de acuerdo con las normas del BCRA, determinándose el monto dinerario de dicho beneficio en cada caso particular.

- El volumen operativo del infractor

Se reserva su mensura para fijar la sanción en los sumarios que se ordenen al detectarse el ejercicio de la intermediación financiera no autorizada.

- La responsabilidad patrimonial de la entidad (RPC)

A los efectos de la determinación de la multa se podrá considerar la RPC informada por la entidad sumariada a esta Institución al tiempo de ser graduada la sanción, o la mayor declarada durante todo el período en que se produjeron los hechos infraccionales, la que fuere mayor.

- Otros factores que deben ser tenidos en cuenta como atenuantes y agravantes⁷

5. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DEL ACTUAL “RÉGIMEN DISCIPLINARIO A CARGO DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, LEYES 21.526 Y 25.065 Y SUS MODIFICATORIAS (TEXTO ORDENADO AL 25/08/2022)”

En febrero de 2017 el Banco Central revisó los criterios que venía observando en el ejercicio de las facultades disciplinarias de la SEFyC, y fijó como objetivos a lograr en la tramitación de los sumarios financieros los de transparencia, previsibilidad, legalidad, razonabilidad, trato igualitario y economía de recursos, tiempos y costos tanto administrativos como judiciales, concibiéndose las facultades sancionatorias puestas en cabeza de la SEFyC como una herramienta específica que complementa las facultades de regulación y supervisión del Banco Central, destinado a disciplinar al sistema financiero, disuadiendo al cumplimiento de la normativa financiera con medidas graduales, proporcionadas y eficaces y cuidando de no desnaturalizar esa herramienta, ni superponerla con otras también disponibles, igual o más proporcionadas, oportunas, eficaces y menos costosas.

La aplicación de esos criterios tuvo como objetivo fortalecer las facultades sancionatorias en virtud de la mayor eficacia que se confiaba que tendría su ejercicio, gracias a la mayor contemporaneidad y fundamentación de las sanciones que se aplicarían, y la consecuente subsistencia en el tiempo derivada de la más probable convalidación judicial.

Entre los criterios que guiaron la modificación del régimen discipli-

⁷ En el Régimen disciplinario a cargo del Banco Central se califica como factores atenuantes a: a) Reconocimiento de la conducta infraccional, cooperación y adopción de medidas correctivas con anterioridad o posterioridad a la apertura del sumario; b) Demostración clara del funcionamiento adecuado de los controles internos; c) Pago de cargos en tiempo y forma; d) Detección e información al BCRA por parte del sumariado del incumplimiento y subsanación inmediata del mismo. Y como factores agravantes a: a) Comisión con conocimiento deliberado o mediante la utilización de ardidés tendientes a ocultar el incumplimiento; b) Advertencias previas del BCRA y otros antecedentes con conocimiento del sumariado no computables como reincidencia; c) Continuación de la infracción luego de advertida por el BCRA.

nario a cargo del Banco Central se pueden mencionar los siguientes:

a) Simplificar el régimen en general y el procedimiento para el cálculo de las multas en particular.

b) Transparentar el régimen sancionatorio, publicando no solamente la reglamentación del procedimiento sumarial, sino también los criterios que se aplicarían para la determinación objetiva del tipo de sanción aplicar y, en su caso de la magnitud de las multas a aplicar, de modo de que los sancionados estuvieran en mejores condiciones de confrontar los fundamentos de las resoluciones y los jueces en mejores condiciones de comprobar la validez o no del tipo de sanción aplicada y su magnitud.

c) Incluir en la normativa a publicar un catálogo objetivo de infracciones agrupadas en función de su mayor o menor gravedad según su impacto concreto o potencial en el sistema financiero, clasificándolas en cinco categorías de gravedad: muy alta, alta, media, baja o mínima. Dicho catálogo tiene carácter no taxativo y meramente indicativo de las posibles infracciones y de su clasificación según su magnitud.

d) Fijar montos máximos de multa aplicables a cada infracción en “Unidades Sancionatorias”, respetando los principios de gradualidad, proporcionalidad y no confiscatoriedad, prever su actualización periódica y eliminar montos mínimos que pueden constituir un exceso de punición.

e) Establecer factores atenuantes y agravantes para calibrar el tipo de sanción y magnitud de la multa que pueda corresponder a cada infractor.

f) Establecer criterios de imputabilidad a directivos más acordes con la realidad societaria, sobre todo en relación a incumplimientos de menor envergadura y/o aislados que no necesariamente o no en todos los casos evidencian un incumplimiento del deber de control que recae sobre ellos o una sostenida política de incumplimiento de la normativa financiera.

La mayor precisión en la imputación de responsabilidad en fun-

ción de la participación activa u omisiva en la infracción de que se trate contribuye a evitar las demoras que normalmente genera la consideración de los descargos formulados y la producción de pruebas ofrecidas por imputados a los que sería difícil atribuirles una clara responsabilidad en la comisión de una infracción ya sea por participación activa u omisión, lo cual conspira contra la eficacia del régimen disciplinario que exige una conclusión en el tiempo más breve posible, evitando innecesarios y altos costos administrativos y judiciales y aumentando las probabilidades de que los jueces competentes convaliden las sanciones aplicadas.

g) Privilegiar la opinión y estimación de la gravedad de la infracción por parte de las áreas del Banco Central que detectan los apartamientos normativos, que por su amplio conocimiento de la regulación financiera y del comportamiento del sistema financiero en su conjunto, se encuentran en condiciones de analizar las particularidades del caso y del sujeto infractor desde una perspectiva más abarcativa, asegurando la aplicación de criterios técnicos consensuados y homogéneos en cuanto a la determinación de la gravedad relativa (en relación a otras) de cada infracción.

Para esto, el BCRA adoptó la “precalificación provisoria” de las infracciones por parte de las áreas preventoras mediante la utilización de los factores de ponderación previstos en el art. 41 de la LEF y otros factores previstos en la norma, que deberá ser ratificada o rectificada por la Gerencia de Asuntos Contenciosos (área jurídica especializada) al concluirse la actuación sumarial.

h) Se dispuso restablecer con carácter definitivo la vigencia de las ferias administrativas de enero y julio para la tramitación de sumarios financieros, en coincidencia con las ferias judiciales de esos meses, de aplicación sin perjuicio de la atención de casos urgentes.

6. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

El sumario se inicia por resolución del Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias.

El juzgamiento de presuntas infracciones de gravedad mínima tramitará en forma sumarísima, no resultando admisibles las excepciones

de previo y especial pronunciamiento. El plazo para presentar descargos, ofrecer prueba y acompañar documental será de cinco días. Producida la defensa, transcurrido el plazo fijado o producida la prueba pertinente que se hubiera declarado admisible, se dispondrá de un plazo de cinco días para que los sumariados presenten alegato. Efectuada dicha presentación o transcurrido el plazo para hacerlo, el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias adoptará resolución.

En los demás casos, la SEFYC procederá a notificar a los imputados la apertura del sumario en el domicilio que los sumariados hubieran constituido ante la SEFYC o en el que fundadamente corresponda. En la primera actuación que tenga en el sumario, el sumariado o su apoderado deberán denunciar su domicilio real, acompañar fotocopia de su DNI y constituir domicilio electrónico. Si se desconociera el domicilio de los sumariados, las notificaciones se efectuarán mediante edictos.

El plazo para tomar vista, presentar descargos y ofrecer pruebas será de diez días. La vista conferida deberá tomarse en dependencias del BCRA, y su plazo se amplía en los casos donde el sumariado se encuentre domiciliado fuera de un radio de cien kilómetros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Las notificaciones podrán realizarse por cualquier medio que dé certeza de la fecha de recepción del instrumento y, en su caso, del contenido del sobre cerrado si este se empleare, pudiendo realizarse: a) Por acceso directo de la parte interesada, su apoderado o representante legal o autorizado al expediente; b) Por presentación espontánea de la parte interesada, su apoderado o representante legal, de la que resulten estar en conocimiento fehaciente del acto respectivo; c) Por cédula; d) Por telegrama con aviso de entrega; e) Por oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción; f) Por carta documento; g) Por los medios que indique la autoridad postal, a través de sus permisionarios, conforme a las reglamentaciones que ella emite. h) Por notificación al domicilio electrónico.

Todos los plazos se computan en días hábiles bancarios vigentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y son perentorios e improrrogables.

En el momento de deducir los descargos y alegar las defensas pertinentes, se deberá ofrecer toda la prueba que se pretenda producir y acompañar la documental de que se disponga. La SEFyC ordenará la producción de la prueba que resulte conducente, la que deberá efectuarse dentro de un período de quince días, y rechazará fundadamente la que se estime inconducente. La resolución que denegare prueba será recurrible únicamente en ocasión de los recursos previstos en el artículo 42 de la LEF.

La prueba de informes deberá versar sobre hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos en las actuaciones, su diligenciamiento estará a cargo del oferente y deberá procurarse su producción dentro del término acordado.

Cuando en la prueba ofrecida se incluya la de testigos, en el momento de deducir los descargos deberá agregarse el pliego o cuestionario a tenor del cual se pide que sean interrogados los testigos ofrecidos, cuyo número ofrecible es limitado por la norma.

La prueba pericial será admitida cuando, a juicio del BCRA existieran -respecto de la documental- acompañada dudas acerca de su autenticidad o algún otro tipo de cuestión a dilucidarse por este medio probatorio.

Una vez producidas todas las pruebas se dictará el auto de clausura del período correspondiente, a partir de lo cual los sumariados, dentro del plazo de diez días, podrán presentar alegatos sobre las pruebas ofrecidas y producidas durante la tramitación del sumario.

Cuando de la actividad sumarial o de inspección, o de cualquier otra área preventora, surja la existencia de otras infracciones que por sus características tengan entidad suficiente para justificar la formulación de imputaciones distintas de las ya efectuadas o una agravación sensible de éstas: a) se las incorporará al sumario como ampliación de cargos o como modificación de los ya sumariados; o, b) a instruir un nuevo sumario por expediente separado.

Recibidos los descargos, producidas las pruebas que fueran conducentes y practicadas todas aquellas diligencias y actuaciones que se consideren necesarias y oportunas para reunir constancias y ele-

mentos de juicio, la SEFyC a través de la Gerencia de Asuntos Contenciosos en lo Financiero producirá el Proyecto de Resolución en el que se formulan las conclusiones que resulten de lo actuado.

Cabe aclarar que a partir del 1/2/2022 los sumarios tramitan en su totalidad en forma digital, mediante el aplicativo de Gestión Documental Electrónica (GDE).

Todas las actuaciones de los funcionarios intervinientes serán realizadas en el sistema GDE y suscriptas mediante firma electrónica, con la excepción de las resoluciones del Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias, las que serán suscriptas mediante firma digital.

El Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias dictará la resolución que implique la conclusión del sumario, la cual será notificada a los sumariados o a los apoderados, en su caso. Una vez abierto el sumario, si se dispusiese su archivo antes del dictado de la resolución final, dicha resolución deberá ser emitida por el funcionario señalado.

7. VÍAS RECURSIVAS ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

Las vías recursivas admisibles por la imposición de las sanciones resueltas en los términos del artículo 41 de la LEF serán las previstas en el artículo 42 del citado cuerpo legal, no resultando aplicables la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario.

Las sanciones de llamado de atención y apercibimiento previstas en los incisos 1) y 2) del artículo 41 de la LEF sólo son recurribles por revocatoria ante el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias.

En cambio, las sanciones de multas; inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria; inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en LEF y de revocación de la autorización para funcionar a las que se refieren los incisos 3), 4),

5) y 6), respectivamente, del citado artículo son apelables, al solo efecto devolutivo, por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

En el caso del inciso 6), hasta tanto se resuelva el recurso, dicha Cámara dispondrá la intervención judicial de la entidad sustituyendo a los representantes legales en sus derechos y facultades.

Los recursos deberán interponerse y fundarse ante el BCRA dentro de los quince días hábiles a contar desde la fecha de notificación de la resolución. Si el recurso fuera de apelación, las actuaciones deberán elevarse a la Cámara dentro de los quince días hábiles siguientes.

8. RÉGIMEN DE FACILIDADES DE PAGO DE LAS SANCIONES DE MULTA

A solicitud de las personas humanas y/o jurídicas sancionadas con multas, el BCRA podrá otorgar facilidades de pago en los siguientes casos:

- En el caso de entidades financieras comprendidas en el ámbito de contralor del BCRA, cuando acrediten fundadamente que la multa genera un defecto en la integración de la exigencia de capital mínimo.

- En el caso del resto de personas humanas o jurídicas sancionadas por su actuación en entidades financieras o cambiarias.

- En el caso de personas humanas o jurídicas no sujetas al contralor del BCRA, siempre que no se refiera a sanciones impuestas en virtud del artículo 38 de la LEF. (operaciones de intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros sin contar con autorización).

Las solicitudes al efecto deberán presentarse ante la Gerencia Principal de Asuntos Legales dentro de los cinco días hábiles desde la notificación fehaciente de la multa impuesta, acreditando con la presentación el depósito del 10% del monto de la sanción a través de transferencia bancaria, más un cargo por gastos administrativos, que será equivalente al 0,5% del monto de la sanción.

El depósito será imputado al pago de las últimas cuotas y, en los casos de desistimiento posterior de la solicitud o de no concretarse el acuerdo de facilidades, a reducir el monto adeudado.

La Subgerencia de Control de Fideicomisos instrumentará el compromiso de pago del interesado, el que deberá ser aprobado por la Gerencia Principal de Asuntos Legales. Si existieren acciones judiciales para el cobro de la multa en trámite, el acuerdo deberá ser presentado para su homologación judicial.

Las facilidades previstas constan de hasta treinta y seis cuotas mensuales, iguales y consecutivas y, salvo expreso reconocimiento de la obligación con aptitud para interrumpir la prescripción, no se otorgarán facilidades por un número de cuotas que superen el plazo de tres años para la prescripción de las multas previsto en el artículo 42 de la LEF.

El procedimiento de facilidades de pago es facultativo e instituido en beneficio del sancionado, a efectos de facilitarle el cumplimiento de la sanción pecuniaria impuesta. Por esa razón, en caso de haberse iniciado la ejecución fiscal, el primer efecto será su suspensión.

Toda solicitud que implique espera, pago con títulos u otras especies, quita, diferimiento de inicio de acciones judiciales y, en general, cualquier tipo de propuesta que no se ajuste estrictamente al régimen de facilidades de pago ni fuere de pago total al contado, será rechazada sin más trámite, dándose intervención a la Gerencia de Asuntos Legales en lo institucional o a la Gerencia de Asuntos Judiciales en lo Penal, dependiendo ello de la naturaleza de la multa de que se trate, a los fines de la ejecución judicial de la multa impuesta.

Cuando ya se hubiese iniciado la ejecución judicial para el cobro de la multa, será condición para el otorgamiento de facilidades, que el ejecutado asuma la totalidad de los costos y costas de ese juicio. En tal caso se mantendrán las medidas cautelares que se hubieren trabado, hasta que se dé íntegro cumplimiento al plan de facilidades otorgado.

La solicitud de facilidades de pago y la asunción de los compromisos pertinentes según este régimen respecto de las multas impuestas por el desempeño de las tareas de auditoría externa (artículos 41 y 42 de la L.E.F.) deberán ser suscriptas por el sancionado y sus fia-

dores solidarios, conforme a lo establecido en las “Normas Mínimas sobre Auditorías Externas para Entidades Financieras”.

9. DIFERENCIAS ENTRE LAS INFRACCIONES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Régimen Penal Cambiario N° 19.359, a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias también le compete instruir los sumarios para investigar las infracciones a la ley y normas de cambios, y en el caso de comprobar que se ha cometido una infracción, enviar las conclusiones a la justicia penal para la aplicación de las sanciones que los jueces determinen.

Es decir, que se trate de infracciones a las normas financieras o infracciones a las normas cambiarias, en ambos casos, corresponde a la Superintendencia instruir un sumario en el que se reconozca al imputado el ejercicio de su derecho de defensa, que supone -como mínimo- la necesidad de que se la haga una acusación clara y concreta, la posibilidad de hacer su descargo, ofrecer la prueba conducente para el esclarecimiento de los hechos que se le imputan y alegar acerca del mérito de la prueba producida.

La diferencia entre los sumarios por infracciones a las normas financieras y a las cambiarias consiste en que el Superintendente es competente para poner fin al sumario financiero mediante el dictado de una resolución fundada, ya sea absolviendo a las entidades y/o personas inicialmente imputadas o aplicándoles una sanción leve o grave (conforme lo señalado en el punto 4. Precedente) e incluso proponer la revocación de la autorización para funcionar como entidad financiera, sanción que es facultad del Directorio disponer.

En cambio, en los sumarios por infracciones a la ley y normas cambiarias la competencia de la Superintendencia está limitada a la instrucción de un sumario en el que también se debe garantizar a los imputados el derecho de defensa. Si de la investigación resulta que no hubo una infracción al régimen de cambios debe disponerse el archivo. En cambio, si se comprueba la existencia de una infracción, se deben enviar las actuaciones a la justicia penal, que es la que determina las responsabilidades y decide la sanción que corresponde

aplicar, que puede consistir en:

- a) una multa de hasta diez veces el monto de la operación en infracción la primera vez;
- b) prisión de uno a cuatro años en el caso de primera reincidencia o una multa de tres a diez veces el monto de la operación en infracción;
- c) prisión de uno a ocho años en el caso de segunda reincidencia y multa de diez veces el monto de la operación en infracción;
- d) si la multa impuesta en un caso que se trata de la primera vez no hubiese sido superior a tres veces el monto de la operación en infracción, la pena privativa de libertad referida en b) será de un mes a cuatro años.

En todos los supuestos anteriores podrá aplicarse conjuntamente, suspensión hasta diez años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez años para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios;

Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada.

La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible.⁸

En ambos casos, entonces, la Superintendencia instruye los sumarios,

⁸ Lo dicho resulta de los artículos 2 y 8 de la Ley Penal Cambiaria 19.539.

pero como ya dijimos sólo puede aplicar sanciones en los financieros.

La diferencia se debe fundamentalmente a razones de política legislativa y económica que llevaron a que el incumplimiento a las normas financieras sea considerado como una infracción administrativa susceptible de ser investigada y sancionada por un órgano administrativo sujeto a control judicial suficiente y, en cambio, el incumplimiento a una norma cambiaria sea considerado un delito que sólo puede ser penado por los jueces.

La diferencia entre la naturaleza jurídica de la infracción administrativa y del ilícito penal es importante no sólo por el distinto ámbito en el que se aplican las penas (administrativo o penal) y a su naturaleza misma (administrativas o penales), sino también porque de ello dependerá la aplicación más o menos estricta de los principios del derecho penal, como los de tipicidad, legalidad -no analogía-, defensa en juicio, *non bis in idem*, principio de inocencia y retroactividad de ley más benigna, lo que, a su vez, incidirá en la validez y eficacia de esos procedimientos, que podrían ser afectados por la no aplicación estricta de esos principios.

10. DIFERENCIA DE LAS SANCIONES CON OTRAS MEDIDAS DE SUPERINTENDENCIA

Las sanciones aplicadas por el Banco Central en ejercicio de sus facultades sancionatorias no deben ser confundidas con otras medidas que puede adoptar ese organismo a través de la Superintendencia o de su Directorio, las que, pese a derivarse también de incumplimientos normativos y aun cuando puedan tener un concreto impacto patrimonial negativo en las entidades financieras, tienen una naturaleza jurídica, una finalidad y un procedimiento de aplicación distintos al sancionatorio.

Algunos ejemplos de esas medidas distintas a las sancionatorias sancionatorias son:

a) Los cargos que deben abonar las entidades financieras por las deficiencias/excesos en que incurran respecto de algunas relaciones técnicas (efectivo mínimo, liquidez, graduación de crédito, etc.).

Ese cargo, en general es proporcional al valor del defecto o desfase ocurrido y es cuantificado de manera tal que a ninguna entidad fi-

nanciera le resulte ventajoso tener defectos de capital o liquidez o ampliar sus créditos más allá de lo dispuesto por la autoridad monetaria.

Según la jurisprudencia y la doctrina los cargos cumplen una función persuasiva, intimidatoria, ejemplificadora, y son un instrumento de regulación de la actividad financiera, sin el cual la policía financiera, es de presumir, vería seriamente limitado su arsenal coercitivo.

Al respecto se ha dicho que no cabe asimilar el régimen de las sanciones con el de los cargos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Entidades Financieras deben abonar las entidades por las deficiencias en la constitución de reservas de efectivo en que incurran, y que si alguna semejanza tienen con la sanción de multa, no participan de su misma naturaleza disciplinaria, ni son aplicados con ese carácter, para cuya aplicación no requieren de la instrucción de un sumario previo.

Los cargos son correctivos de aplicación inmediata que todo sistema financiero requiere y pueden ser dinerarios o consistir en restricciones (naturalmente gravosas) a las oportunidades de negocios. Su aplicación corresponde por el simple incumplimiento de determinadas normas⁹.

b) La suspensión de las operaciones de una entidad financiera que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Carta Orgánica del Banco Central, pueden disponer el Superintendente por un máximo de treinta días y el Directorio por otros noventa. La aplicación de esta medida, pese a que puede ser dispuesta por la existencia de incumplimientos a las normas en las que se establecen ciertas relaciones técnicas, en especial, las de liquidez y solvencia

9 Por ejemplo, en las normas sobre graduación del crédito, se prevé que el “incumplimiento determinado originará el incremento de la exigencia de capital mínimo por riesgo de crédito un importe equivalente al 150% del exceso a la relación a partir del mes en que quede firme, mientras subsista el incumplimiento y, adicionalmente una vez regularizado, por una cantidad de meses igual al número de períodos durante los cuales se verificó el incumplimiento detectado por la Superintendencia”. Tampoco se prevé un cargo en dinero ante el incumplimiento de capitales mínimos y relaciones técnicas.

que deben cumplir las entidades financieras, persigue una finalidad protectora o precautoria, es decir, distinta a la disuasiva o persuasiva o sancionatoria.

En efecto, las finalidades que se persiguen con la adopción de una medida de suspensión de las operaciones de una entidad financiera, son las de:

- 1) Impedir una probable corrida de los depositantes o el “vaciamiento” por parte de sus dueños y/o administradores.
- 2) Restringir las operaciones de la entidad, que podrá seguir desarrollando solo aquellas expresamente autorizadas (cobro de créditos y de servicios) o las que revisten naturaleza alimentaria (pago de salarios y haberes previsionales).
- 3) Preservar el valor de sus activos.
- 4) Buscar soluciones por parte de la entidad suspendida y, paralelamente, dar inicio a la búsqueda de alternativas de reestructuración o resolución bancaria.

c) La reestructuración de las entidades financieras en defensa de los depositantes, solución que en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 bis de la Ley de Entidades Financieras puede disponer el Directorio del BCRA, que no se dispone con un fin persuasivo, disuasivo o sancionatorio, sino en defensa del crédito y de los depósitos bancarios.

La resolución o reestructuración bancaria ha sido definida como el conjunto de procedimientos y acciones llevados adelante por las autoridades de regulación y supervisión bancaria para resolver la situación de un banco inviable, por lo que su aplicación se diferencia claramente de las medidas que esas mismas autoridades pueden tomar en ejercicio de facultades disciplinarias.

d) La revocación de la autorización para funcionar de una entidad financiera, que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Entidades Financieras puede disponer el Directorio del Banco Central cuando, por ejemplo, se encontraran afectadas la solvencia y/o liquidez de la entidad y, a juicio del Banco Central, no pudiera resolverse por

medio de un plan de regularización y saneamiento¹⁰; o haberse producido un cambio sustancial de las circunstancias esenciales tenidas en cuenta para acordar la autorización y/o el incumplimiento del objeto¹¹, también tienen una finalidad distinta a la que se persigue con el ejercicio de facultades sancionatorias.

Sin embargo, pese a no ser necesario para disponer esa medida de revocación la previa instrucción de un sumario, sí es imprescindible otorgar previamente a las entidades que puedan verse afectadas el derecho a ser oídas o derecho de defensa, bajo pena de nulidad.

e) La exclusión de los registros de Auditores, Transportadoras de Caudales, Proveedores no financieros de crédito y Proveedores de Sistemas de Pago, entre otros, que puede disponer el Banco Central e implican el cese temporario o permanente del desarrollo o ejercicio de la actividad cuyo ejercicio está condicionado a la permanencia en esos registros.

La exclusión de dichos registros es una medida distinta y sin perjuicio de las sanciones que pueda aplicar el Banco Central en ejercicio de sus facultades disciplinarias, como se deja expresamente señalado en los textos ordenados de las normas en las que se regulan esas actividades¹².

11. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO NO ES EXCLUYENTE DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE PUDIERA ATRIBUIR EN OTROS ÁMBITOS.

La responsabilidad en el ámbito sancionatorio a cargo del Banco Central no es excluyente de otras responsabilidades que se pueden investigar y determinar en otros ámbitos (penal, civil y disciplinario/laboral) frente a los cuales no regiría el principio *non bis in idem*.

¹⁰ Artículo 44, inciso c), L.E.F.

¹¹ Artículo 15, segundo párrafo, L.E.F.

¹² Disponibles en www.bcr.gov.ar/SistemaFinanciero/MarcoLegalNormativo/Ordenamientosyresúmenes

Concretamente, en el 41 de la LEF se dice que “si del sumario se desprendiere la comisión de delitos, el BCRA promoverá las acciones penales que correspondieran, en cuyo caso podrá asumir la calidad de parte querellante en forma promiscua con el ministerio público fiscal.

Valen como ejemplos las infracciones de “violación de secreto bancario” que es infracción financiera, delito, incumplimiento laboral y hacen susceptible al infractor de ser civilmente demandado por reparación de perjuicios; y la de “realización de intermediación financiera sin contar con la previa autorización del Banco Central” que es una infracción financiera y un delito y, en consecuencia, son susceptibles de generar responsabilidad y sanciones o condenas en distintos ámbitos.

12. CONCLUSIÓN

El propósito de este trabajo fue abarcar el abanico de las facultades que el plexo jurídico pone en cabeza del Banco Central de la República Argentina, como organismo regulador y fiscalizador del sistema financiero y cambiario, dotándolo de las herramientas necesarias para que pueda cumplir con sus funciones.

Como quedó expuesto, el BCRA y la SEFyC tienen a su alcance diferentes medidas de distinta gradación, proporción y eficacia para atender determinadas situaciones de incumplimientos normativos que pueden verificarse por parte de las entidades, sin que su aplicación suponga una sanción.

En cambio, frente a otro tipo de transgresiones a la normativa financiera, hemos visto que el ordenamiento jurídico le otorga al BCRA facultades sancionatorias y que éstas deben sujetarse al principio de legalidad, y que las sanciones que se apliquen deben ser la resultante de un procedimiento reglado que asegure a los administrados alcanzados por la fiscalización el respeto de las garantías del debido proceso adjetivo. Ello, sin perjuicio del control judicial suficiente en cabeza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para las sanciones de mayor gravedad.

Los fallos de las distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones que resolvieron apelaciones planteadas por los sancionados en sumarios que fueron sustanciados y resueltos con aplicación del “Régimen Disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias” establecido en 2017 permiten inferir que el BCRA está transitando un sendero correcto en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ AGUDO, Graciela y RIVA, Jorge L.; “Régimen penal de cambios en la operatoria de comercio exterior”, AdHoc.
- BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA; “Marco Legal del Sistema Financiero”, Régimen disciplinario a cargo del Banco Central de la República Argentina, Leyes 21.526 y 25.065 y sus modificatorias.
- BARREIRA DELFINO, Eduardo A.; “Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Ley 24.144 modificada por la ley 26.739. Comentada. Anotada”. Hammurabi. José Luis Depalma Editor.
- BONZÓN RAFART, Juan Carlos; “Derecho Penal Cambiario”. Errepar S.A.
- BUTELER, Alfonso “Límites de la potestad sancionatoria de la administración”, La Ley, 30.12.2010
- COLECCIÓN LEYES EXPLICADAS; “Reforma de la Carta Orgánica del BCRA en sus aspectos relacionados con la inclusión social. Ley 26.739”. Editorial de la Imprenta del Congreso de la Nación.
- RECIO, José N. y VILLER, Julio A.; “El Banco Central y la intermediación financiera. Límites de su competencia”. Depalma
- SANGUINETI, Juan Carlos “Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas”. <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/400.pdf>

CUESTIONES RELATIVAS AL CONSTITUCIONALISMO

El nuevo paradigma del Derecho

MARTÍN RODRÍGUEZ LUNA
UNR- ARGENTINA¹

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 256-277. Recibido 8/3/22 - Aceptado 28/3/22

“El centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado (de reglas) a una casuística judicial orientada según principios”.

Josef Esser

Resumen: me propongo una sencilla reflexión acerca de lo que implica el cambio de paradigma del positivismo tradicional al constitucionalismo (independientemente de sus versiones); en el sentido de atenernos con mayor fidelidad al contenido de las constituciones que resguardan los principios y garantías inspiradores de las normas locales, más que al estricto texto mismo de la norma local o interna.

Palabras claves: positivismo, constitucionalismo, neo constitucionalismo, cambio de paradigma.

Abstract: I propose a simple reflection about what the paradigm shift from traditional positivism to constitutionalism implies (regardless of its versions); in the sense of adhering more faithfully to the content of the constitutions that safeguard the principles and guarantees that inspire local regulations, rather than the strict text of the

¹ Abogado. Mediador. Especialista en Abogacía Estatal (ECAE). Maestrando en Derecho Público (UNR). Doctorando en Derecho (UCA)



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

local or internal regulations.

Keywords: positivism, constitutionalism, neo constitutionalism, paradigm shift.

1.- INTRODUCCIÓN

Partiré del interrogante acerca de si nuevas leyes imponen nuevas conductas (esto es, si forjan las costumbres) en una sociedad; o si por el contrario dichas conductas nacidas en el seno social (no prohibidas, desde ya), deben reflejarse en las normas (es decir: ser simplemente reguladas por éstas). Es decir, de qué manera se construyen, o convalidan, las denominadas “reglas de juego”.

Por supuesto que esta discusión no es novedosa, y lleva siglos.

Tomaré al efecto como punto de partida la clásica y “estudiadísima” discusión suscitada en la Europa occidental, a finales del siglo XVIII, siglo XIX; y cuyos principales protagonistas podríamos encontrarlos en los filósofos/juristas Thibaut y Savigny. Polémica ésta, si se quiere, que luego se habría trasladado a nuestro país, en el ámbito privatista, entre Vélez Sarsfield y Alberdi, a la hora de sentar las bases y principios de nuestro Código Civil (el corazón del positivismo).

Es que en el fondo no es más que la tradicional “rivalidad conceptual” entre el iluminismo (Francia del siglo XVIII) y el consecuente romanticismo (Alemania del siglo XIX) en respuesta de aquel, con todo lo que de ello deriva (máxime en un contexto como el nuestro, en donde en aquella época “estaba aún todo por hacerse” desde un punto de vista jurídico, y donde el frenesí de la *dicotomía binaria* -que hoy parece anteponerse a todo- comenzaba ya a despertar para acompañar la suerte del país en cada debate, contienda, en cada proyecto o idea, y que todavía hoy perdura bajo el nombre de “grieta” invadiendo incluso otros escenarios como el político, económico, social...).

De esta forma, el interrogante inicial ha girado en torno al criterio rector sobre el cual diseñar el *Orden Social Justo*, el Derecho, o en definitiva: las bases del Contrato Social. Por un lado la “*Diosa Razón*” (materializada principalmente, si se quiere, en la Ley como fuente primaria del Derecho), y por el otro el “Espíritu del Pueblo” (donde, podríamos decir, que cobra una relevancia mayor la Costumbre, como fuente del Derecho).

El desenlace y su resultado hoy son arduamente conocidos, aunque no resultó una cuestión menor, ya que un modelo u otro traerá a colación tensiones propias de los diversos actores sociales responsables del “funcionamiento” del sistema.

Pues como es sabido, las sociedades (como la nuestra) se han ordenado jurídicamente mediante la codificación de la vida privada y/o pública de tal comunidad, como todo proceso de recopilación de normas, no es una cuestión menor; por el contrario, su puesta en marcha va a significar el diseño de las “reglas de juego”.

En tal sentido los Dres. Chaumet y Meroi² explican claramente que “...resulta cuanto menos ingenuo desatender los temas que hacen a su funcionamiento y —como sucede para el de cualquier norma— indagar sobre las relaciones, a menudo tensas, que se establecen entre sus autores (vgr. legisladores) y los encargados de su funcionamiento (vgr. jueces)”.

La postura iluminista se impuso e inspiró a Vélez al dictado del Código Civil (1871) con fuerte acatamiento al Código Napoleón de 1804.

A consecuencia de ello, cobraron valor los principales postulados de la Escuela exegética, su doctrina y sus métodos, así como su influencia en el derecho civil y positivo. Eso se tradujo en un modelo casuístico (caso por caso), que en su versión más “teórica” podría decirse que *empodera* “la voluntad del legislador” en cuanto a la creación de la norma (el texto literal de la misma), acotando a la vez la potestad interpretativa del juez a la hora de su aplicación frente al caso concreto.

Hoy en día, la recodificación (dictado del Código Civil y Comercial de 2015), en sintonía con las transformaciones que vive el derecho continental actual, se ha constituido sobre “principios jurídicos”, “reglas indeterminadas”, “directrices”; apartándose así de aquella casuística propia del Código de Vélez. En tal sentido, hoy el rol de los jueces (en su deber de interpretar estratégicamente la norma en base a principios generales para dar respuesta al caso concreto) ha cobrado un importante protagonismo...

Lo mismo respecto de la supremacía constitucional por encima de la legislación especial (lo que algunos denominan “neoconstitucionalismo optimista”).

2 CHAUMET, Mario E. y MERIOI, Andrea A. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado”. 24/02/2016 en SJA 2016/02/24-35; JA 2016-I. ABELEDO PERROT N° AP/DOC/146/2016.

En otras palabras: ¿podríamos ver a todo esto, hoy, como un fracaso de la denominada Democracia Representativa, a la hora del diseño y la posterior interpretación de las “reglas de juego”?

Hasta aquí, vemos como en el escenario actual prevalecen en el ámbito privatista los principios y garantías receptados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales allí jerarquizados (en el ámbito del Derecho Público, sobre todo de índole Penal o Procesal Penal, la cuestión por su propia naturaleza, ya venía por este carril); a la hora de la aplicación del Derecho (en sentido figurado: de las “reglas de juego”).

Felizmente podríamos decir que los principios ahora deben anteponerse a las reglas formales, o dicho de otra manera que éstas deben ser interpretadas y/o aplicadas armónicamente en sentido acorde a aquellos, independientemente de la estricta literalidad en que fueron redactadas (el problema a partir de aquí consiste en el “cómo” y a eso nos avocaremos en este ensayo).

Además, fuera de la casuística que nos proponía Vélez, entran a discutirse incluso otras cuestiones, sobre todo, acerca del nuevo rol (más protagónico) que debe asumir el juez a la hora de declarar el Derecho aplicable para la solución de un caso concreto, a riesgo muchas veces de adoptar funciones que, al menos en el clásico esquema de división de poderes de Montesquieu, no le han sido conferidas.

Entonces, cualquiera sea la base sobre la que se reconstruye o redefine el Derecho, me pregunto: ¿de qué manera este nuevo paradigma *principalista* da respuestas superadoras a las demandas sociales?

Autores como Robert Alexy hablan de una ponderación de derechos, para el caso de conflicto entre principios, en el sentido de que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Si para muestra basta un botón, podemos hacer mención de la problemática actual en materia de alquileres de inmuebles con fines de vivienda (en el marco de una norma que obligue a alquilar toda propiedad que no sea ocupada por su titular), de esa forma tendríamos afectados a simple vista dos principios de índole constitucional y convencional: el derecho a la propiedad privada (propietarios) expresamente plasmado en el art. 17 CN, y el derecho a la vivienda digna (inquilinos) también receptado en la Carta Magna aunque de una manera más *difusa* que aquel, en este caso. Entonces, ponderando ambos derechos, podríamos decir que la afectación a la propie-

dad privada que sufrirían los propietarios implicaría una aún mayor satisfacción de quienes tienen la urgente e imperiosa necesidad de conseguir una vivienda para la ocupación de su grupo familiar.

En este orden de cosas, y en un escenario fuertemente “principialista” y de elevada adjudicación judicial, corresponde a mí entender analizar ciertos aspectos del constitucionalismo, visto como un sistema preponderantemente *principialista*, a los fines de entender cómo ha resuelto (o intenta hacerlo), al menos la doctrina, la complejísima problemática vinculada con la aplicación de principios y valores...

2.- EL SISTEMA *PRINCIPIALISTA*. EL CONSTITUCIONALISMO DWORKINIANO

2.1.- Nociones de constitucionalismo.

Las constituciones contemporáneas suelen ser entendidas como documentos que exceden con amplitud la función clásica de dar forma al gobierno del Estado y poner límite normativo al ejercicio del poder.

Conforme expone Pau Luque (LUQUE, 2014), se atribuye a los Estados constitucionales contemporáneos una dimensión ético-sustantiva caracterizada por una constitución *larga* (que no se ocupa únicamente de regular la organización de los poderes públicos, sino que también alberga disposiciones que confieren derechos, principios sustantivos y principios programáticos...), *rígida* (cuyas disposiciones son difícilmente derogables, lo que confiere todavía más fuerza y visibilidad a esa dimensión ético-sustantiva.) y *garantizada* por un control judicial (en general, se confiere a algún órgano jurisdiccional la última palabra en la interpretación constitucional, en nuestro caso si bien dicho control es difuso, la “última palabra” la tiene la Corte Suprema).

Las enunciaciones valorativas de las constituciones largas se interpretan como la toma de partido en los temas controversiales característicos de las sociedades plurales, un ámbito donde los conflictos morales encuentran una medida común que posibilita su resolución.

Diría Jeremy Waldron (WALDRON, 2009) que el constitucionalismo es una expresión ideológica que considera la propia existencia de una constitución rígida como un valor autónomo entre los que dan sentido al orden social, que merece ser realizado aun a costa de otros fines (volvemos aquí al ejemplo de los alquileres).

2.2.- El constitucionalismo dworkiniano.

Ronald Dworkin (DWORKIN, 1997), propone un ideal de comunidad política que denomina *Democracia Constitucional*, que no se fundamenta en la regla de decisión de la mayoría sino en la exigencia de realización más extensa posible de un principio abstracto de igual respeto y consideración de los individuos. De esa manera la Constitución y sus intérpretes juegan, para este autor, un papel relevante en mantener la vigencia de ese principio corrigiendo los resultados de la decisión política mayoritaria cuando ellos lo afecten de modo grave.

El constitucionalismo dworkiniano concibe al rol de la labor judicial centrado en los derechos y establece, para la determinación de su contenido en los casos polémicos (difíciles), que éstos sean resueltos en base a argumentos de principios políticos; de esa manera considera a las leyes como un conjunto de esfuerzos por plasmar los derechos morales en la comunidad. Para esto, recurriendo a la historia, legítima o prioriza a aquellos principios que no han sido rechazados históricamente (lo que implica una reconstrucción contrafáctica a través de una evaluación coherente y razonable del intérprete).

Me parece importante recordar aquí aquella clásica discusión entre Dworkin y el positivismo, basado sobre todo en las tesis esbozadas por Hart (como uno de sus principales exponentes); procurando establecer cierto paralelismo entre el Código Civil de Vélez Sarsfield y el nuevo Código Civil y Comercial.

En efecto, sostenía Hart básicamente que el Derecho es un conjunto de normas, un sistema de reglas primarias y secundarias, es decir que pretende identificar al Derecho (en el aspecto que fuese) a raíz de una norma a cada caso concreto.

Al efecto, consideraba Dworkin que el Derecho no es sólo un cúmulo de normas que deben ser entendidas de manera formal o literal, sino que consideraba además otros estándares normativos como los principios y directrices o políticas, bajo pautas de índole moral (luego, a medida que fue profundizando su pensamiento, llegaría a hablar de Derecho como *integridad*³). Es además clásico y conocido su razonamiento en cuanto al precedente norteamericano “Riggs vs. Palmer” (1889), conocido también como el caso del “nieto apurado”.

Es sabido el desenlace y resultado del mismo, por eso carece de todo sentido detenernos en el precedente, pero grafica a la perfección la discusión entre ambos juristas. Así, bajo la premisa que “nadie

3 Volveré más adelante respecto a esto...

puede beneficiarse a raíz de su propio ilícito” es que la solución que adopta el Tribunal de Alzada neoyorquino, basada en dicha máxima o principio, contrarió literalmente el contenido formal de las normas hereditarias a punto tal de adoptar una solución “adversa” a ellas, pero *integrada* al Derecho.

Lo mismo podríamos decir en el ejemplo de la ley de alquileres, siendo que fuere una política de Estado, de una visión solidaria, social y (si se quiere también) moral, fomentar el acceso de una importantísima cantidad de personas a una vivienda digna para resolver el problema habitacional; cuando del texto formal de la norma podría inferirse cierta complicación o dificultad (vg. exigiendo demasiadas garantías, formularios, etc...) en el acceso de los inquilinos a las viviendas, en resguardo del derecho de los propietarios.

Pero, como también dijimos, la “vivienda digna” aparece en el plexo constitucional y convencional como una cláusula abstracta, genérica y amplia.

Al respecto, había señalado Dworkin (DWORKIN, 1977) que las cláusulas abstractas que mencionan derechos han de entenderse como la apelación a conceptos morales antes que a concepciones particulares de éstos, por lo que un Tribunal que aplique dichas cláusulas debe presentar y dar respuesta a preguntas sobre las exigencias de la moralidad política⁴.

En este sentido, el jurista entiende que la *lectura moral* de la Constitución es compatible con soluciones institucionales que establezcan distintos tipos de revisión judicial (concentrada, desconcentrada, parcial, total, fuerte, débil...) o con que el Parlamento tenga la última palabra en la determinación del contenido de los derechos. Lo central es, para Dworkin, que la elección sea en base a un criterio orientado al resultado antes que uno orientado al procedimiento.

En el caso de los “alquileres”, podríamos decir que la *lectura moral* que cabría hacerle a la Constitución (apuntando a un resultado concreto) es ante todo la realización del “bienestar general” (Preámbulo de la Carta Magna), de allí que para ello sea *moralmente* más importante la satisfacción de la necesidad de viviendas de los inquilinos y su grupo familiar, que la libre explotación de esos inmuebles

4 Esto es lo que él denomina “*filosofía política de la adjudicación constitucional*”, es decir una teoría moral particular en base a la cual los individuos tienen derechos frente al Estado (en otras palabras, su manera de entender al *constitucionalismo*).

por parte de sus propietarios.

Dworkin elaboró la teoría de la *lectura moral* como la forma apropiada de interpretar e imponer la Constitución. Según ésta, la base del derecho constitucional es la moralidad política, que resulta controversial de modo inherente y exige que las instituciones atribuyan a alguna autoridad (en nuestro caso, repito, la Corte Suprema) la última palabra en su interpretación.

Así, el objetivo principal de la *Democracia Constitucional* no es, para este autor, que las decisiones colectivas sean aquellas que la mayoría de los ciudadanos aprueba sino su adopción por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas impliquen un trato, para todos los miembros de la comunidad, de igual consideración y respeto.

Esa especie de “rechazo” a la premisa mayoritaria no implica que los jueces no tengan que atender a las decisiones legislativas mayoritarias: hay importantes consideraciones morales que cuentan a favor de la adhesión a la legislación y también consideraciones que, en ocasiones, apuntan en sentido contrario.

Pues el hecho de que una decisión sea mayoritaria, en sí mismo, no es prueba alguna de su corrección, ya que no considera que los acuerdos o convergencias morales de una comunidad tengan valor epistemológico o moral, cualquiera sea la forma en que se hayan construido. Por tanto, aun cuando esas convergencias se expresen en decisiones mayoritarias, el juez que las considera va a tener otra opción que buscar igualmente la mejor respuesta interpretativa y confiar en ella.

De allí también el interrogante que nos hacíamos en la introducción del presente trabajo en cuanto a si la denominada *Democracia representativa*, bajo esta óptica, ha fracasado a la hora del diseño y la posterior interpretación de las normas (“*reglas de juego*”).

En respuesta a ello, enseña el autor que las instituciones que recomienda la democracia constitucional que él propugna no son muy diferentes a las que se justifican por la premisa mayoritaria, así se requiere pues que las decisiones cotidianas de gobierno sean adoptadas por funcionarios electos por voto popular; aunque la adopción de instituciones representativas surge de la importancia del igual estatus moral de los ciudadanos y no de un compromiso con los objetivos de la regla mayoritaria (de esta forma, ciertos procedimientos minoritarios podrían prevalecer siempre que promuevan o favorezcan en

mayor medida ese estatus moral de los ciudadanos en su conjunto).

De ser así, no corresponde hablar de déficit democrático o pérdida moral en la decisión adoptada por órganos no representativos o no mayoritarios, toda vez que la relación entre la democracia constitucional y el principio mayoritario es de condicionalidad: la democracia es el gobierno sujeto a la condición de igual estatus entre los ciudadanos.

Si las instituciones mayoritarias promueven y respetan las condiciones democráticas, entonces sus veredictos deberían ser aceptados por todos. Pero si no lo hacen, no hay objeción justificable a que otras instituciones, como los estrados judiciales, adopten las decisiones finales que sí los promuevan y hagan respetar⁵.

Para graficar esto que estamos diciendo, nos retrotraeremos una vez más al ejemplo de la ley de alquileres, cual emanada del mismo Congreso de la Nación, si no promoviera o respetara las “condiciones democráticas” -aún cuando haya sido votada por la mayoría de los legisladores (democracia representativa)- corresponde que los jueces (en última *ratio*) adopten decisiones finales acordes a tales “condiciones democráticas” en respeto del estatus igualitario de los ciudadanos en general⁶.

Concretamente, la estructura institucional adecuada será aquella al servicio de la necesidad moral que permita verificar efectivamente en una comunidad las condiciones democráticas, y suponga la mejor posibilidad de asegurar un cumplimiento estable de esas condiciones (en nuestro sistema, reitero nuevamente, es el Poder Judicial).

Finalmente resta preguntarnos en dónde reposa, o en qué consiste, esa “moral política legitimante” que fundamenta, con éxito, a las “condiciones democráticas”. Es lo que Dworkin resume en la estrategia de *integridad constitucional*. En general, la *integridad* requiere que la “respuesta” a esas preguntas morales no ignoren las respuestas que otros -en particular los jueces- han dado en el pasado y que expresan el compromiso de la comunidad con determinados estándares.

Así, el *constitucionalismo* que propugna Dworkin no requiere que

5 Ello, de ninguna manera, debe ser visto como una prueba de necesidad de revisión judicial para la vigencia del ideal democrático.

6 Vale aclarar, llegada esta instancia, que la postura de Dworkin frente a la revisión judicial es moderada y condicional (al menos en “condiciones favorables” pero no las descarta en situaciones que considera “desfavorables” como la descripta), y eso lo aparta de las versiones del constitucionalismo que consideran ese mecanismo como parte esencial de la democracia, entre ellos Luigi Ferrajoli.

el intérprete conteste las preguntas relativas a los derechos a través de un puro ejercicio filosófico, buscando sus propias respuestas; sino a una reconstrucción de la historia y los precedentes que lo lleven a determinar, de manera comunitaria, cuál es esa respuesta constructiva, de acuerdo, en términos generales, con los mejores criterios valorativos que se ajustan a lo decidido en el pasado (DWORKIN, 2006).

3.- OTROS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO

3.1.- El constitucionalismo relativista.

El Prof. Dr. Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2011), sostiene o defiende una concepción del constitucionalismo a la que denomina “estrictamente positivista”, en cuanto es compatible con la identificación como “derecho” de “todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, su eventual injusticia”.

Puede decirse que Ferrajoli rechaza lo que se denomina *constitucionalismo principialista*, que atribuye en forma de tendencia tanto a iusnaturalistas (entre los que ubica a Dworkin) como a postpositivistas.

Sostiene Ferrajoli que el *constitucionalismo principialista* se caracteriza por dos rasgos principales: 1) la pretendida superación del positivismo jurídico, porque al haber incorporado a las constituciones principios de justicia de carácter ético-político (igualdad, dignidad, derechos fundamentales) ya no tiene sentido hablar de la separación de derecho y moral, tesis ésta distintiva del positivismo; y 2) la consideración de las normas constitucionales no como reglas susceptibles de observancia o inobservancia, sino como (fundamentalmente) principios susceptibles de ponderación cuando hay conflicto entre sí.

En la citada obra (pág. 23) el autor pone en evidencia lo que para él es un defecto evidente de este *constitucionalismo principialista* y que consiste en que “registra la fenomenología del Derecho como hecho; pero ignora su posible contraste con el Derecho como norma”. Así, sostiene, se confunde la efectividad con la validez, tomándose a la práctica no solo como criterio de identificación sino también como criterio de legitimidad.

Ferrajoli critica los modelos “éticos” de constitucionalismo (que atribuye a un temprano Dworkin) haciendo hincapié en el rechazo de la tesis de que hay una moral objetiva y la crítica a la contrapo-

sición entre principios y reglas⁷. Asevera que el *constitucionalismo principialista* o ético requiere presuponer el cognoscitivismo ético, incurriendo, por consiguiente, en el absolutismo moral⁸ (situación ésta no menor si consideramos que las sociedades, vg., tienen importantes componentes laicos por un lado, y religiosos por el otro, con lo cual ninguna de estos sectores estaría en condiciones de atribuirse la “verdad moral” en desmedro del otro; y ni hablar si vamos al interior de la conformación del Poder Judicial).

3.2.- El constitucionalismo incorporacionista.

Moreso (MORESO, 2011) propugna un esquema positivista que, a diferencia del propuesto por Ferrajoli, resulta compatible con una moral objetiva y al que denomina *constitucionalismo incorporacionista*.

Para Moreso, los principios y valores mencionados en la Constitución suponen la incorporación de conceptos morales que funcionan en general como *defeaters*, que posibilitan ciertas conductas, en principio prohibidas por reglas, o bien impidiendo a las autoridades a regular las conductas de determinada manera (contraria a dichos principios o valores).

El constitucionalismo aumenta la incorporación de conceptos morales al derecho, pero sólo constituye un “caso especial” de este fenómeno cuya justificación es la necesidad de una aplicación del derecho respetuosa de la autonomía de las personas (el ejemplo por excelencia es el derecho penal). Esta incorporación de conceptos morales y aceptación de la objetividad, sostiene el autor en la obra citada, no implica una conexión necesaria entre derecho y moral ni tampoco debilita la fuerza normativa de la Constitución.

Afirma Moreso que el *iusnaturalismo* puede ser caracterizado por las dos siguientes afirmaciones: 1) hay un conjunto privilegiado de

7 Ello, sin perjuicio de que el *interpretativismo* del último Dworkin asume una forma de objetividad moral que rechaza, en todos los ámbitos de ese dominio, la relevancia de cualquier prueba externa al razonamiento y discusión sustantiva.

8 Por su parte, vale señalar que Mark Van Roojen (VAN ROOJEN, 2015) entiende que la forma en que Ferrajoli equipara “*objetividad moral*” con “*absolutismo moral*” es apresurada e ignora el panorama actual de la metaética contemporánea, que presenta diversas teorías que defienden la objetividad moral sin incurrir en el absolutismo moral, entre ellas, el constructivismo ético y algunas variantes del realismo moral.

principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias); y 2) las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos no son jurídicamente válidas.

En relación a la primera afirmación señala por un lado que “tal vez, como la tradición iusnaturalista destacaba, este conjunto no agota el ámbito de la moralidad, sino sólo aquella parte que se refiere a la vida de las personas en sociedad, sólo aquella referida a la virtud de la justicia”, y además que “no se prejuzga aquí ni la naturaleza ontológica ni la semántica de los elementos de este conjunto privilegiado, la tesis es compatible con un amplio abanico de posiciones metaéticas”. Así, agrega que ambas afirmaciones no constituyen en absoluto una definición de Derecho, pues en todo caso, establecen una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida, pero insuficiente.

En otras palabras: la segunda tesis o afirmación presupone la primera, es decir, aceptar que las normas contrarias al Derecho natural son inválidas, presupone que hay un Derecho natural (y grafica con el ejemplo de afirmar que si el rey de Francia es calvo supone que hay un rey en Francia).

Así pues, es precisamente la segunda de las afirmaciones transcritas la que establece la tan traída y llevada conexión necesaria entre el Derecho y la moral, puesto que la validez de todas las normas jurídicas depende de su adecuación a la moral⁹.

Ahora bien, este abordaje del constitucionalismo que propone Moreso también es incompatible con el modelo de Dworkin (quien rechazó el *incorporacionismo* desde sus primeros trabajos, aún cuando la tesis no había sido formulada por autores positivistas).

Dworkin había anticipado que la pretensión de reformular el positivismo tradicional (cual postulaba la separación conceptual entre los dos sistemas) incorporando principios morales a los criterios formales de validez, fracasaría inevitablemente al transformar la regla de reconocimiento o bien en inmanejable por su complejidad, o bien

9 Sostiene Moreso al respecto que si por moral se entiende el conjunto privilegiado de pautas válidas con independencia de cualquier contexto, entonces puede sostenerse que la relación es imposible por, al menos, dos razones: porque no existe dicho conjunto privilegiado de pautas morales (posición que parece encuadrar también a Ferrajoli), o bien porque algún rasgo del Derecho hace que su identificación sea incompatible con cualquier consideración moral.

en una trivialidad inútil.

Por ello, toda eventual mutación del positivismo hacia una “versión suave” de la tesis de las fuentes sociales sería un fracaso.

En otro orden de cosas, vale aclarar que según Dworkin ya la tesis del derecho como *moral* constituye en sí misma un argumento contra el *incorporacionismo* que requiere pensar (en forma ideal) en un sistema jurídico, *a priori* podría decirse completamente separado de la moral, al cual las reglas jurídicas añaden “trozos” de moral. No hay conexiones (ni necesarias ni contingentes) si no hay separación que pueda ser establecida conceptualmente. Por lo tanto, entiende Dworkin, que no hay lugar para una tercera vía entre positivismo y antipositivismo.

Es que desde un modelo puramente normativo, donde las instituciones jurídicas son consideradas como instrumentos al servicio del razonamiento práctico, carece de todo sentido requerir el permiso de la incorporación para de las consideraciones morales (como aquellas que exigen, vg., el respeto a la libertad ambulatoria de las personas).

Pues, siguiendo con el ejemplo, si una regla jurídica atenta de modo evidente contra dicha libertad (supongamos una que, sin justificación social alguna, prohíba a todos los individuos salir a caminar en lugares públicos), es claro que, aunque pueda ser identificada y considerada como tal (haber cumplido el mecanismo formal pertinente); no debería ser aplicada por las instituciones competentes, modificándola y sancionándose el derecho que “debería ser”.

4.- EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

El término “neoconstitucionalismo” se utilizó por vez primera en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires en el año 1997. Identifica a una perspectiva iusfilosófica contrapuesta a la iuspositivista y que a la vez trataba de diferenciarse del iusnaturalismo.

4.1.- Neoconstitucionalismo principialista.

Vamos a invocar aquí al autor García Figueroa (GARCÍA FIGUEROA, 2011) quien defiende un neoconstitucionalismo totalmente *principialista*, rechazando el positivismo jurídico y afirmando que no es posible distinguir entre reglas y principios, porque no puede propiamente hablarse, en un Estado constitucional, de reglas.

Así, *a priori*, podría establecerse cierto paralelismo entre éste y Dworkin toda vez que aquel considera a la teoría jurídica como “in-

terpretativa” y sostiene que “el desacuerdo entre los diversos constitucionalismos es, en esencia, *metaético* ya que discutir de teoría del Derecho es una manera oblicua de discutir sobre filosofía moral”.

Sin embargo, hay diferencias sustanciales con el sistema “único” que también propone Dworkin.

Pues, para éste no constituye un problema el hecho de que el positivismo sea una teoría de reglas (cosa inadmisibles para el neoconstitucionalismo de García Figueroa). Dicho ello, la distinción entre reglas y principios no juega un papel relevante en la idea de un sistema único, donde las reglas (incluso las reglas secundarias de tipo hartiano) conforman una necesidad de los sistemas jurídicos, en cuanto permiten la creación de derechos legales. De esa manera, la existencia de reglas permite que, en cualquier momento histórico determinado, podamos distinguir entre el “ser” y “el deber ser” del derecho como moral institucionalizada. Sobre esa base, entonces, el razonamiento interpretativo exige que, ante cada instancia de decisión, debamos optar entre distintos criterios posibles para mantener o modificar las reglas.

En definitiva, para Dworkin, es plausible el debate entre el positivismo, que basa a la interpretación en criterios históricos con el objetivo principal de reducir la controversia, y una teoría interpretativa que defiende un modelo constructivo, que da mayor espacio a argumentos de justicia sustantiva (aunque carece de sentido entender ese debate como una contraposición entre reglas y principios). Dworkin, como vimos, no cree que la utilización de criterios convencionales o históricos para interpretar las cláusulas abstractas de la Constitución, como preconizan el *mayoritarismo* o el *originalismo*, sea incompatible con la existencia de Estados Constitucionales, o con los valores fundamentales de éstos.

Otra diferencia es que un modelo normativo e interpretativo del derecho es evidentemente compatible con la existencia de reglas y el reconocimiento de su relevancia.

Para apartarse de esto, García Figueroa trae como contraejemplo el caso “Noara”. En donde una madre menor de edad decide donarle a su hija (beba de meses) una porción de su hígado en contraposición con la norma específica que exigía la mayoría de edad en la persona del donante (otro ejemplo de ese tenor lo encontramos en el precedente argentino “Saguir y Dib”). De esa manera aduce que las normas de un Estado constitucional son derrotables y no se pueden

entender nunca como meras reglas¹⁰.

4.2.- Neoconstitucionalismo postpositivista.

En un intento por superar los sistemas o modelos previos para la fundamentación del constitucionalismo, Atienza (ATIENZA, 2014) presenta una versión *postpositivista*, identificando defectos en el relativismo (afirma la necesidad de una objetividad moral, al menos mínima, para desarrollar una teoría del derecho acorde con las exigencias del constitucionalismo), el *incorporacionismo* (aduciendo inteligentemente que los sistemas jurídicos posibles, donde no se incorporaría la moral al derecho, no son los nuestros, por lo que no vale la pena tomarlos como punto de partida del problema) y el *principlismo* (rechaza que no se pueda hablar de reglas en el Estado constitucional)¹¹.

En su noción de *objetividad* moral rechaza la identificación de objetividad con *realismo* y *absolutismo* (en clara referencia a Dworkin). Pues según éste, la cuestión del límite entre moral y derecho carece de sentido; no puede hablarse de autonomía del razonamiento jurídico cuando este no es más que razonamiento moral institucionalizado.

Para Atienza, concretamente, la unidad de la razón práctica implica que el razonamiento del juez posee una dimensión moral, pero no que el razonamiento moral y el jurídico se confundan, ya que este último goza de autonomía aunque no se pueda trazar un límite preciso entre ambos sistemas. Es decir, mantiene la imagen de los dos sistemas y ubica a la Constitución como haciendo una diferencia en la necesidad de postular una cierta objetividad moral.

Dworkin, establece que el sentido y la valoración del constitucionalismo debe surgir desde el modelo normativo (del sistema único) del derecho como moral y no a la inversa, como sugiere Atienza, a partir de la incorporación por la Constitución de valores y principios morales, que es lo que daría el rasgo distintivo a nuestros sistemas jurídicos, haciendo irrelevante teorizar sobre otros posibles donde esto no ocurriría.

10 Es que el propio Dworkin, incluso, rechaza atribuir al positivismo (en general) la idea de que las reglas deben ser inderrotables y aisladas de la moral.

11 Debe de referirse, entiendo, al *principlismo* que esboza el Dr. García Figueroa, ya que el modelo que expone Dworkin no resulta excluyente en un todo de las reglas.

4.3.- El neoconstitucionalismo “antipositivista” de Alexy. Similitudes y diferencias con Dworkin.

Muchos le atribuyen al profesor Robert Alexy ser el “padre del neoconstitucionalismo”, y de allí seguramente que sea considerado como exponente de más de una versión o expresión del neoconstitucionalismo como el ideológico y el metodológico.

Respecto del primero, sabemos que no prioriza en absoluto la limitación del poder estatal, sino que pone el enfoque en garantizar efectivamente los derechos fundamentales. La segunda de las acepciones sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral.

Los principios, para Alexy (ALEXY, 2009.), vistos como derechos fundamentales en su carácter normativo, van a determinar el alcance material de los límites racionales de los derechos constitucionales fundamentales.

La distinción entre reglas y principios construyó su propia doctrina al tenor de la concepción valorativa de estos dos tipos de normas, pues tanto las reglas como los principios eran normas de igual jerarquía y que respondían a condiciones deónticas similares. Sobre los criterios que se estructuran para determinar cuando estamos en presencia de reglas y cuando frente a principios, está el *criterio de generalidad*, que pregona que las reglas tienen un nivel de generalidad más bajo, que el nivel de generalidad de los principios (ALEXY, 2007).

Hasta aquí, podemos decir que tanto Dworkin y Alexy son teóricos del derecho no positivista cuya concepción del sistema jurídico no se encuentra anclada en la visión unidimensional del iusnaturalismo y el positivismo. Ambos han planteado una perspectiva “interpretativa” superadora de sus predecesores, en la cual, además de la configuración imperativista del engranaje normativo (cuya metodología de aplicación se quedaba encapsulada en la subsunción lógica), pretende incluir conceptos tales como *razonabilidad*, *principios* y *parámetros de corrección extrajurídicos* de alto contenido moral.

4.3.1.- Similitudes principales entre ambos autores.

Algunas similitudes entre ambos autores consisten en las siguientes:

* Una diferenciación a nivel lógico y estructural de las reglas y los principios, asegurando que ambos *estándares* (como los llama Dworkin) o *normas* (conforme los denomina Alexy), constituyen componentes de un sistema jurídico, independientemente de la carga

moral que puedan tener, o no, alguno de ellos.

* Dicho reconocimiento de los principios como estándares o normas existentes en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación obedece a criterios de *razonabilidad* para Dworkin, o de *optimización* para Alexy, implica la edificación de una teoría superadora de la subsumción lógica, la cual era empleada a la hora de operativizar las reglas jurídicas mediante la utilización de criterios de racionalidad puramente formal.

* La metodología de solución de conflictos entre principios (*balanceo* en Dworkin y *ponderación* en Alexy), aun cuando estructural, práctica y conceptualmente sea distinta, implica en ambos casos una técnica o procedimiento superador de los criterios tradicionales para resolver las antinomias normativas o los conflictos que pudieran presentarse entre las reglas, en donde, por ejemplo, una prohibiera lo que otra autorizara o prescribiera, y consistentes en los métodos cronológico (ley posterior deroga ley anterior), jerárquico (ley superior inhibe ley inferior) y el de especialidad (ley especial prevalece sobre ley general).

* La conexión necesaria y no simplemente casual entre el derecho y la moral, aunque desde perspectivas diferentes, puesto que para Dworkin esa conexión ingresa a través de los principios entendidos como proposiciones jurídicas que describen derechos esencialmente morales, mientras que para Alexy tal vinculación es el producto de la pretensión de corrección que indefectiblemente contiene todo sistema jurídico.

4.3.2.- Diferencias más relevantes entre ambos modelos¹²...

12 Fuente: Revista "Ius et Praxis", Año 25, N° 3 2019, pp. 167 – 214 (185).

Modelo del "balanceo" de Dworkin.	Modelo de la "ponderación" de Alexy.
Los derechos individuales (también llamados políticos y cuya esencia es de tipo moral) son descritos por una única forma de estándar: los principios.	Todo derecho (individual o no) se encuentra descrito por una norma, y esta norma puede tener la forma de una regla, un principio o un valor.
Sólo los derechos individuales o fundamentales, y no todos los derechos jurídicos y ni siquiera los constitucionales, representan derechos en contra del gobierno en un sentido fuerte y su formulación se realiza a través de principios.	Las normas pueden ser de carácter iusfundamental; por lo tanto, los derechos fundamentales pueden ser descritos mediante reglas de tipo fundamental, principios de tipo fundamental y valores de tipo fundamental.
Los principios establecen la dirección en la cual se debe decidir, pero no determinan la forma específica en que las personas o el Estado deben comportarse.	Los principios constituyen verdaderos mandatos dirigidos a las autoridades para que éstas realicen algo en la mayor y mejor medida de lo posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.
Las normas o reglas, en cambio, establecen pautas puntuales de comportamiento.	Las reglas serían un tipo de normas encargadas de establecer mandatos definitivos y determinados para hacer algo.
Los principios poseen un peso o importancia específico que no es asignado por el juez, sino descubierto por este.	Conforme la ley de la colisión, ningún principio es anterior a otro, ni superior, ni jerárquicamente –en su génesis– más fuerte que otro.
Los principios, al condensar derechos individuales, no pueden contener ni ser equiparados con las políticas públicas, los objetivos comunitarios o las directivas políticas.	No solamente los derechos fundamentales pueden ser expresados mediante principios, sino que también cualquier norma puede adquirir esta configuración si constituye un mandato de optimización, de ahí que sea la forma de presentación de la norma y no el contenido (como sí ocurre con Dworkin) lo que eleve a la categoría de principio una disposición jurídica cualquiera ¹ .

4.3.3.- Sobre la ponderación alexyana. Crítica de Sieckmann.

Partamos de la existencia de principios que, además de reglas, integran el ordenamiento jurídico y en particular la Constitución. Los principios son *mandatos de optimización* porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas (o sea que pueden cumplirse en diferente grado). Las reglas en cambio son mandatos definitivos, pues contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Deben cumplirse o no. Las reglas se aplican mediante la *subsunción*, mientras que los principios mediante la *ponderación*.

Uno de los objetivos centrales de la obra del autor alemán es sin duda ponderar principios en colisión, tratar de identificar esa *optimización del mandato* para su realización en el caso concreto. De esta forma, uno de los criterios utilizados en esta construcción, es la distinción entre reglas y principios, como la distinción para entender una teoría de los principios y a ellos mismos como *mandatos de optimización*.

El autor alemán había afirmado que “los argumentos de principio son de particular significación. En los Estados constitucionales democráticos, los argumentos de principio se apoyan esencialmente en los preceptos constitucionales. Su utilización incluye en casos difíciles normalmente una ponderación, lo cual indica que los principios tienen el carácter de preceptos de optimización”.

Alexy elabora así la *ley de ponderación*, que promete paliar la dificultad de la distinción entre reglas y principios, conforme a que a mayor grado de no satisfacción o afectación de un principio, mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro principio.

Tal premisa tiene sus cuestionamientos: ¿qué ocurriría según la *ley de la ponderación* si no se pudiera establecer el grado de la mayor o máxima satisfacción del otro principio?

Sostiene por su parte, Sieckmann (SIECKMANN, 2006) que entender a los principios como *mandatos de optimización* no resulta compatible con un modelo que los conciba como razones para los juicios de ponderación. Ello en razón de que: a) el mandato de optimización es, en sí mismo, una regla; b) si se distingue entre el mandato de optimización y el objeto a ser ponderado y se sostiene que los principios son estrictamente éstos últimos, entonces ya no existe ninguna diferencia estructural entre reglas y principios, toda vez que los objetos de ponderación pueden ser tanto mandatos como permisiones o prohibiciones; c) no representa el deber ideal que los

principios suponen, en razón de que estarían explicados por el deber real del mandato de optimización.

Para superar los citados problemas analíticos, Sieckmann prefiere denominar a los principios como “argumentos normativos”, cuya estructura lógica es la de un mandato de validez.

Afirma Sieckmann que: “los principios son *argumentos normativos* que tienen la estructura de mandatos reiterados de validez, mientras que las reglas son el significado de enunciados normativos que expresan los resultados de una argumentación. Por consiguiente, los argumentos normativos exigen que cierta norma o enunciado normativo sea aceptado, y sea validado como resultado de sopesar o ponderar los argumentos que entran en colisión”.

De esa manera, cabría plantearse si a la hora de argumentar para ponderar principios, éstos debieran ser vistos (desde el punto de vista normativo) no sólo como *mandatos de optimización*, ni inclusive como normas *prima facie*, ya que en esta intensión es importante considerar a los principios contrapuestos en colisión conjuntamente como dos normas que quieren encontrar un espacio en la situación puntual que se pondera.

Tal vez, la *ponderación* como método para solucionar colisiones que expresan en su contenido material derechos fundamentales en evidente contraposición, debe ser vista más desde su dimensión cualitativa, y no tanto desde la dimensión cuantitativa que el propio autor le ha querido dar a su ponderación recurriendo a herramientas y razonamientos propios de la “lógica matemática” (sobre todo cuando se refiere a la “fórmula del peso”, en cual pretende darle un peso en abstracto a cada principio que se pondera, y así solucionar las colisiones o las posibles contraposiciones de principios).

5.- CONCLUSIONES FINALES.

Encontramos respuestas a nuestro planteo inicial en el pensamiento de quien ha sido aquí el “autor de cabecera”, Ronald Dworkin, (sin perjuicio de sus críticas) y podemos señalar que el constitucionalismo dworkiniano es una teoría normativa y sustantiva sobre cómo se debe leer la Constitución, y resulta incompatible con las concepciones que le asignan relevancia metaética (en el sentido de constituir un orden objetivo de valores), metodológica o teórica (en el sentido de incorporar la moral al derecho o servir como puente entre ambos sistemas, concebidos como ideal o conceptualmente diferentes) o

metateórica (en el sentido de modificar el tipo de teoría jurídica que vale la pena realizar).

Así entonces, estamos ahora en condiciones de decir que el método de aplicación de las “reglas de juego”, como vimos en la introducción de este trabajo, estaría dada según Dworkin por la separación (diferenciación) de las normas jurídicas y de los principios jurídicos. Lo cual permite además a la actividad judicial, en los casos en los que el operador jurídico (juez) no encuentre la norma válida aplicable, una metodología para construir su decisión en contra de un uso desmedido de la discrecionalidad, he aquí también una respuesta al interrogante de si Derecho es, o no, un “juego de los jueces”.

Finalmente quiero invocar una reflexión parafraseando el pensamiento de otro enorme jurista, como es John Rawls (RAWLS, 1971) en el sentido de que el Estado debe ser quien “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”.

En este estado de cosas, cierro estas líneas con la más sincera esperanza de haber dejado planteado al menos una brevísima idea de lo que implica el cambio de paradigma al que hice referencia inicialmente, que ha sido *musa* inspiradora para el desarrollo del presente trabajo.

MATERIAL BIBLIOGRÁFICO CONSULTADO / CITADO

- ALEXY, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid.: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- ALEXY, R. (2009.). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 11, 3-14.
- ATIENZA, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del neoconstitucionalismo postpositivista. Revista Argentina de Teoría Jurídica, vol 15., 1-29.
- DWORKIN, R. (1977). Taking Rights Seriously. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (1997). The Moral Reading of American Constitution. New York: Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (2006). Justice in Robes. Cambridge (MA): Belknap Press.
- FERRAJOLI, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. Doxa.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2011). Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. Doxa, 121-137.
- LUQUE, P. (2014). DE LA CONSTITUCIÓN A LA MORAL. Conflicto entre Valores del Estado Constitucional. Madrid - Barcelona - Buenos Aires - San Pablo: Marcial Pons.
- MORESO, J. J. (2009). La Constitución: modelo para armar. Madrid.: Marical Pons.
- MORESO, J. J. (2011). Doxa, 183-199.
- RAWLS, J. (1971). A theory of Justice. Harvard College.
- SIECKMANN, J. R. (2006). El modelo de los principios del derecho. Bogotá.: Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N°. 43.
- VAN ROOJEN, M. (2015). Metaethics: A Contemporary Introduction. New York: Routledge.
- WALDRON, J. (2009). Constitutionalism. A Skeptical View. . T. Christiano.

NIETZSCHE Y EL NAZISMO

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO
PTN¹

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 278-302. Recibido 1/9/22 - Aceptado 12/9/22

Resumen: En este trabajo se pretende abordar muy someramente el pensamiento nietzschiano, analizando algunas de las ideas vertidas en una parte de su vasta obra, para así estudiar y ensayar una opinión sobre la muy generalizada aserción que conecta su filosofía con el nacional socialismo. Para ello hemos tomado, de manera absolutamente selectiva y parcial, ciertas cuestiones tratadas por NIETZSCHE en sus trabajos contraponiéndolas con el abordaje que a esos mismos tópicos le dedicara la doctrina nazi para, de este modo, descubrir los puntos de contacto o de interferencia, así como los aspectos que revelan una clara divergencia entre ambas postulaciones. La conclusión que arriesgamos es, desde luego, absolutamente provisional y podría acaso resultar refutada en base a interpretaciones distintas o aun, ante la aparición de nuevas investigaciones que revelasen datos hasta hoy desconocidos.

Palabras clave: Estado – moral – nacionalismo – democracia

Abstract: In this work it is intended to approach very briefly the Nietzschean thought, analyzing some of the ideas expressed in a part of his vast work, in order to study and test an opinion on the very generalized assertion that connects his philosophy with national socialism. For this we have taken, in an absolutely selective and partial manner, certain questions treated by NIETZSCHE in his works, contrasting them with the approach that the Nazi doctrine dedicated

¹ Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Posdoctor en Derecho.



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

to those same topics, in order to discover the points of contact or interference, as well as as the aspects that reveal a clear divergence between both postulaciones. The conclusion that we risk is, of course, absolutely provisional and could perhaps be refuted based on different interpretations or even, in the face of the appearance of new investigations that reveal hitherto unknown data.

Key words: state – moral – nationalism - democracy

1. INTRODUCCIÓN.

Friedrich NIETZSCHE (1844-1900) ha sido caracterizado, junto con HEGEL, como el pensador más importante del Siglo XIX, encontrándose imbuida su obra de aspectos que lo sitúan como un romántico y como un existencialista pero que, a la par, en su consideración del Derecho del Estado lo aproximan a un anarquismo *stirneriano*².

NIETZSCHE fue, ante todo, un gran iconoclasta y, en su extensa obra, se esforzó por cuestionar los valores tradicionales, se tratase de los relativos a la razón o a la religión porque entendió que ellos se oponían a la moral del “superhombre”, figura con la que pretendió negar la finitud y contingencia de los seres humanos para construir un hombre infinito y absoluto³. El autor alemán participó del irracionalismo filosófico dominante en Europa durante el siglo XIX, en especial hacia su segunda mitad y, en sus escritos, puede advertirse

² De acuerdo: FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 3ª edición, 1968, traducción de José F. Lorca Navarrete, Tomo 3, p. 128. El romanticismo alemán desvaloriza a los sujetos individualmente considerados y destaca el alma del pueblo (*Volksgeist*) como una realidad colectiva sustantiva. Asimismo, respeta la tradición “...como manifestación de una especie de providencia divina inserta en la Historia, de una providencia concebida de modo panteísta, como un Dios disuelto dinámicamente en el devenir de los acontecimientos” (RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1ª edición, 1959, p.502). HEGEL participó de las ideas románticas, pero dentro de una posición planificadora de gobierno y con acento en la previsibilidad (Ver: CIURO CALDANI, Miguel A., *Metodología Jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Zeus, Rosario, p. 285). Estas ideas influyeron en los totalitarismos de izquierda y de derecha del siglo XX.

³ FASSÒ, Guido, *Historia...ob. y loc. cits.*

una inversión de los valores⁴.

Su obra ha sido distinguida en tres períodos:

a) El primero, abarca de 1871 a 1876 y corresponde a una exaltación del arte, sobre todo a la música dada su admiración por Richard WAGNER (de quien después se distanciara y criticaría en otras obras), resultando *El origen de la tragedia* (1871-1872), la obra representativa de esta etapa. En ella NIETZSCHE realza los espíritus “apolíneo” y “dionisiaco” como causas de la evolución progresiva del arte. Apolo era el dios de las facultades creadoras y su espíritu el de la individuación, mientras que Dionisio era el dios de la embriaguez y del desborde vital, que posibilita al hombre sentirse miembro de una comunidad superior y al esclavo liberarse. Explica CIURO CALDANI que, en la filosofía de SCHOPENHAUER, de fuerte influencia en WAGNER y, por ende en NIETZSCHE, lo dionisiaco se corresponde al mundo como voluntad, mientras que lo apolíneo se pertenece al mundo como representación⁵.

4 Para CIURO CALDANI, la conciencia económica representada por SAINT-SIMON y MARX, no impidió el desarrollo de otras corrientes, llamadas *irracionalistas*, que se refirieron al problema central de la vida (*Metodología...* ob. cit. p. 326). También, esta línea de pensamiento contrastó con la apuntada organización racional hegeliana, concebida, según BERLIN, a través de los ideales más avanzados que la humanidad hubiese alcanzado hasta ese entonces. (Ver: BERLIN, Isaiah, *Las ideas políticas en la era romántica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 2014, traducción de Víctor Altamirano, p. 294).

5 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel A., ob. cit., ps. 329-330. En *El nacimiento de la tragedia* (Alianza, Buenos Aires, 3ª edición, 2012), NIETZSCHE nos presenta la antítesis que subsiste en el mundo griego, en cuanto a origen y metas, entre lo apolíneo ligado al arte escultórico y lo dionisiaco, que es el arte no escultórico, es decir, la música; se trata de dos instintos tan diferentes que marchan en abierta discordia el uno con el otro, excitándose mutuamente a dar frutos nuevos y vigorosos, hasta que, mediante lo que denomina como “acto metafísico de la voluntad” terminan engendrando la obra dionisiaca y apolínea de la tragedia ática (ps.49-50). La referencia a la obra de WAGNER nos parece clara. En la parte final de *Más allá del bien y del mal*, (Edimat, Madrid, 2011, traducción española) se encuentra la alusión a Dionisio, como representativo de la alegría y de la potencia infinita de la vida, por encima de los valores que se fundan en la renuncia y en la mortificación que sitúan al hombre por debajo de sí mismo. Nuestro filósofo ha virado hacia una amplia mirada dionisiaca de la vida. En sus palabras es: “*El genio del corazón, el gran dios oculto que posee el don innato de tentar las conciencias hasta las regiones más inferiores de las almas, y cuyas palabras y miradas van siempre acompañadas de la intención de seducir; maestro en el arte de no parecer lo que es y de tomar*

b) El segundo período (1877-1882), es más racional, con un mayor interés en la ciencia que en el arte y con cierto apego al racionalismo francés. En *Humano, demasiado humano* (1878) dedicado a VOLTAIRE, escribe una serie de aforismos -sobre algunos habremos de detenernos enseguida-, que critican la adoración del Estado, la demagogia y el socialismo. La obra incluye una referencia poco feliz a los judíos. En 1879 publicó *El viajero y su sombra* como un suplemento del anterior, agregando más aforismos. En *La gaya ciencia* (1882), sobre la que también volveremos, se tratan la muerte de Dios y el eterno retorno⁶.

c) El tercer período (1883-1888) está teñido por una radicalización de su pensamiento, ya insinuado en el primero, a través de su construcción de la moral del superhombre (*Übermensch*) y sus profundas críticas a la religión cristiana⁷. Corresponden a esta fase: *Así habló Zaratustra* (1883-1885), *Más allá del bien y del mal* (1886), *El ocaso de los ídolos* (1889), *El Anticristo* (1894) y *Ecce homo* (1908), entre otros.

Su Filosofía, de no sencilla comprensión y, a menudo, ambigua y contradictoria, ha dado pie a la generalizada opinión de haber brindado sustento conceptual al movimiento nacional-socialista alemán.

En el presente trabajo, como anticipáramos, nos proponemos analizar ciertas ideas expuestas en parte de la producción bibliográfica de este pensador y describir aquellos rasgos del régimen nacional-socialista que pudieran haber recibido aportes o influencias de nuestro autor⁸, para así,

una apariencia que hace que sus seguidores se vinculen a él de una forma cada vez más radical e íntima; el genio del corazón, que hace callar y enseña a escuchar a todos los vocingleros y engreídos...que enriquece a todo lo que se le acerca no con un don gratuito e inesperado, ni con un bien ajeno que le oprima, sino más rico de sí, más renovado, como algo que ha sido removido, creado y desenterrado por un viento tibio, quizás más inseguro, más delicado, frágil y quebradizo pero más lleno de esperanzas anónimas aun, de un deseo y de un flujo nuevos, de una repulsa y de un reflujó inéditos también...” (p. 248).

6 Ídem, p. 330.

7 Ibid.

8 Esta posibilidad es deslizada por muchos autores, entre ellos, CIURO CALDANI, Miguel A., *Metodología Jurídica...* ob. y loc. cit. En un reciente trabajo biográfico sobre HITLER se afirma que éste conoció la obra de NIETZSCHE en la cárcel de Landsberg donde cumplió su condena tras el *putsch* de Múnich de 1923 (Ver: KERSHAW, Iván, *Hitler. La biografía definitiva*, Península, Buenos Aires, 1ª edición, 2015, traducción de Yolanda Fontal y Carlos Sardiña, p. 222).

arribar a una conclusión sustentada en una mirada comparatista.

2. ALGUNAS DE LAS CUESTIONES TRATADAS POR NIETZSCHE DE CONEXIÓN (REAL O APARENTE) CON EL NAZISMO.

Las características de este escrito nos impiden seguir todos los desarrollos nietzschianos que posean las cualidades indicadas en el subtítulo, por lo que nos ceñiremos a dar un breve tratamiento a algunas de las que consideramos más relevantes en el sentido apuntado. No debe verse en ello un rechazo de nuestra parte a la conexión (real o aparente) con el nazismo de otros de los pensamientos de NIETZSCHE.

Bajo las apuntadas premisas, las cuestiones que hemos seleccionado para el análisis son: a) El Estado y la moral del superhombre; b) la guerra; c) el antisemitismo y la superioridad racial; d) la consideración del nacionalismo; e) la democracia, el capitalismo y el socialismo, f) el Derecho; y g) la justificación de la mentira.

2.1. *El Estado, la moral del superhombre y la guerra.*

Así habló Zarathustra, se ha dicho, representa la obra cumbre de NIETZSCHE en la que, a través del profeta Zoroastro (quien en la vida real había sido un reformador de la religión persa de los siglos VII y VI A.C.), declara la muerte de Dios, el regreso al eterno retorno y la afirmación del superhombre mediante la destrucción de los valores vigentes⁹.

NIETZSCHE comienza su obra llamando la atención sobre la transformación del espíritu humano que debe pasar, expresa, de la obediencia ciega de un camello, a la negación violenta de un león para culminar en la pura afirmación del niño¹⁰.

Dice con respecto a la guerra, a la que le brinda una valoración positiva:

“Debéis ser de aquellos cuyos ojos buscan siempre un enemi-

9 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, ob. cit., p. 330. El eterno retorno ya había sido planteado por NIETZSCHE en *La gaya ciencia*: “*La pregunta ante todas estas cosas ¿quieres esto otra vez y aun infinitas veces?...¿cómo necesitarías amarte a ti mismo y a la vida, para no desear nada más que esta última y eterna conformación y ratificación?*” (p. 250).

10 NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zarathustra*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2002, traducción de Carlos Mahler, p. 51. Ver: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, id., p. 331.

go, vuestro enemigo... ¡Debéis buscar vuestro enemigo, debéis hacer vuestra guerra y hacerla con vuestros pensamientos!... Debéis amar la paz como medio para nuevas guerras... A vosotros no os aconsejo el trabajo, sino la lucha. A vosotros no os aconsejo la paz, sino la victoria. ¡Sea vuestro trabajo una lucha, sea vuestra paz una victoria”¹¹.

Al referirse al Estado, condena su adoración cuando escribe:

“¿Estado? ¿Qué es eso?... Estado se llama el más frío de los monstruos fríos. Es frío incluso cuando miente; y ésta es la mentira que se desliza de su boca. ¡Yo, el Estado, soy el pueblo! ¡Es mentira! Creadores fueron quienes crearon los pueblos y suspendieron encima de ellos una fe y un amor: así sirvieron a la vida. Aniquiladores son quienes ponen trampas para muchos y las llaman Estado... Donde todavía hay pueblo, éste no comprende al Estado y lo odia... ¡para los superfluos fue inventado el Estado... Estado llamo yo al lugar donde todos, buenos y malos, son bebedores de venenos; Estado al lugar en que todos, buenos y malos se pierden a sí mismos; Estado al lugar donde el lento suicidio de todos se llama `la vida`”¹².

Seguidamente, expone la llegada del superhombre:

“Aún hay vida libre a disposición de las almas grandes... Allí donde el Estado acaba comienza el hombre que no es superfluo... Allí donde el Estado acaba, ¡miradme allí, hermanos míos! ¿No veis el arco iris y los puentes del superhombre?”¹³.

Y anuncia la muerte de Dios, y su reemplazo por el superhombre, con estas palabras:

“...no existen hombres superiores todos somos iguales, el hombre no es más que hombre ¡ante Dios todos somos iguales! ¡Ante Dios! ¡Más ahora ese Dios ha muerto! Vosotros hombres superiores, ese Dios era vuestro máximo peligro. Sólo desde que el yace en la tumba habéis vuelto vosotros a resucitar... sólo ahora se convierte el hombre superior ¡en señor!... Ahora es cuando gira la montaña del futuro humano. Dios ha muerto: ahora nosotros queremos que viva el superhombre”¹⁴.

11 *Así habló...* cit., ps. 31-33.

12 Ídem, ps. 53-54.

13 *Ibid.* p. 55

14 *Ibid.*, ps. 276-277. La muerte de Dios había sido introducida por NIETZSCHE en *La gaya ciencia* (Akal, Madrid, 1ª edición, 1998, traducción de Charo Greco y Ger Groot) en estos términos: “*No habéis oído hablar de aquel hombre loco que en pleno día encendió una linterna, fue corriendo a*

En su proclama de la muerte de Dios, no debe verse sólo su condición de ateo sino una profunda crítica a los valores que se habían construido al influjo de la moral judeo-cristiana los que, entendía, habían perdido su base y debían reevaluarse¹⁵.

El pensar de NIETZSCHE respecto a la veneración del Estado ya había sido tratado en *El viajero y su sombra*:

“El amor casi religioso a la persona del rey fue transformado por los griegos, cuando terminó la realeza, en el amor a la polis. Una idea es más susceptible de ser amada que una persona y, sobre todo, crea menos decepciones al que ama... Por esto la veneración por la polis y el Estado fue más grande de lo que fue jamás anteriormente la veneración por los príncipes. Los griegos son las fuentes del Estado, los locos del Estado de la historia antigua; en la historia moderna lo son otros pueblos”¹⁶.

2.2. El antisemitismo y la superioridad racial.

2.2.1. El antisemitismo

Particularmente es una idea muy difundida aquella que endilga a NIETZSCHE un supuesto antisemitismo, quizás alimentada por las manipulaciones que su hermana Elisabeth Forster-Nietzsche habría efectuado en sus obras publicadas póstumamente, para darles un tinte más afín al nazismo¹⁷.

la plaza y gritó sin cesar: ¡Busco a Dios! ¡Busco a Dios!...¿Dónde se ha ido Dios?...Os lo voy a decir: ¡Lo hemos matado vosotros y yo!...” (ps. 160-161); “*El más grande de los acontecimientos recientes -Que Dios ha muerto, que la creencia en el Dios cristiano se ha desacreditado- empieza a proyectar sus primeras sombras sobre Europa...*” (p. 253).

15 Cfr. GRAYLING, Anthony, *Historia de la Filosofía*, Ariel, Barcelona, 1ª edición, 2021, traducción de Joan Andreano, p. 419

16 NIETZSCHE, Friedrich, *El viajero y su sombra*, Edicomunicación, Barcelona, 1894, traducción de Enrique Eidelstein, p. 119.

17 Forster-Nietzsche, fue una simpatizante del nazismo, casada con Bernhard Forster, un nacionalista y antisemita a ultranza quien planeó el desarrollo de un asentamiento para preservar a la raza aria en el Paraguay, al que denominó “Nueva Germania”. El proyecto fracasó en parte por la escasa fertilidad del suelo para cosecharlo y también por las enfermedades que sufrieron sus habitantes. El pueblo Nueva Germania existe actualmente, reducido a una población de unas 6000 personas que viven de la agricultura. Ver: “Nueva Germania: el fallido intento de la hermana de Nietzsche de crear una comunidad de raza aria alemana en Paraguay”, disponible en www.lanacion.com.ar. Forster-Nietzsche creó el *Nietzsche Archiv* en Weimar, el que recibió, a partir de la toma del poder

Sin embargo, nuestro autor no compartía el espíritu antisemita que se respiraba en su tiempo. Es más, en algunos pasajes de *Ecce Homo*, obra de connotación autobiográfica, además de cuestionar a los alemanes, censura al antisemitismo¹⁸.

De todos modos, del aforismo 475 de su libro *Humano, demasiado humano*, puede fácilmente extraerse un sentimiento antisemita, apelando al recurso de la descontextualización.

Escribe NIETZSCHE:

“Diremos de pasada que el problema de los judíos no existe, a fin de cuentas, más que dentro de los límites de los Estados nacionales, porque en ellos es donde su energía e inteligencia superiores, ese capital de ingenio y de esfuerzo que amasaron durante largo tiempo, de generación en generación, en la escuela del infortunio, llega necesariamente a predominar en un grado que despierta envidia y odio, de forma que en casi todas las naciones actuales, tanto más en las que adoptan también una actitud marcadamente nacionalista se propaga esa literatura aborrecible consistente en llevar a los judíos al matadero como chivos expiatorios de todos los males que se produzcan en los asuntos públicos e internos. Ahora bien, habida cuenta de que ya no se trata de conservar naciones, sino de producir una raza europea mezclada y lo más fuerte posible, el judío es un ingrediente tan útil y deseable como cualquier otro residuo nacional. Toda nación, todo un hombre tiene rasgos desagradables e incluso peligrosos; es una barbarie pretender que el judío constituye una excepción. Incluso puede que estos rasgos sean en su caso particularmente peligrosos y repugnantes, y que el joven corredor de bolsa judío represente, quizás, en suma, la invención más repugnante del género humano. No obstante, me gustaría saber si en un cómputo general no habría que

por los nazis, en 1933, ayuda económica oficial.

18 NIETZSCHE, Federico, *Ecce Homo*, Edimat, Madrid, 2003, traducción española. Allí se puede leer “*No faltaba en ellos engendro alguno, ni siquiera un antisemita*” (p. 103); “*Tengo que atacar, en especial, a la nación alemana que, cada vez se está volviendo más perezosa, más pobre de instintos en las cosas del espíritu, más respetable; dicha nación se sigue alimentando, con un apetito envidiable, de cosas contradictorias, e igual se traga, sin tener problemas digestivos, la fe que el cientificismo, el amor cristiano, que el antisemitismo, la voluntad de poder y de imperio que el evangelio de los humildes; esa nación que nunca toma partido entre cosas contrapuestas*” (p. 140) o “*Es inútil que busque en un alemán una manifestación de tacto, de delicadeza para conmigo. La he recibido de judíos, pero, hasta ahora, nunca de alemanes*” (p. 145).

ser indulgente con un pueblo que ha tenido una historia más llena de desgracias que ningún otro pueblo, no sin la contribución de todos, y a quienes debemos el hombre más noble (Cristo) y el sabio más puro (Spinoza), el libro más imponente y la ley moral que más ha influido en el mundo”¹⁹. Como bien se ha puntualizado, la alusión al “joven financiero judío” como el “invento más revulsivo de la raza humana”, ha sido utilizada aisladamente por el nazismo, omitiendo todo el resto del párrafo laudatorio hacia los judíos²⁰.

Pero lo cierto es que NIETZSCHE condenó al antisemitismo en reiteradas oportunidades, por ejemplo, en uno de sus *Fragmentos Póstumos* se lee:

“Es antisemita, vulgar, de canaille grosera, que oculten su envidia de la prudencia de los negocios de los judíos bajo fórmulas morales”²¹.

2.2.2. La superioridad racial.

Se ha creído ver en la expresión “bestia rubia”, utilizada por NIETZSCHE en dos de sus obras, una clara adhesión a la idea de la superioridad racial aria.

En *La Genealogía de la Moral*, en efecto, escribe:

“Resulta imposible no reconocer, a la base de todas estas razas nobles, el animal de rapiña, la magnífica bestia rubia, que vagabundea codiciosa de botín y de victoria; de cuando en cuando esa base oculta necesita desahogarse, el animal tiene que salir de nuevo fuera, tiene que retornar a la selva: -la aristocracia romana, árabe, germánica, japonesa, los héroes homéricos, los vikingos escandinavos- todos ellos coinciden en tal imperiosa necesidad. Son las razas nobles las que han dejado tras de sí el concepto ‘bárbaro’ por todos los lugares por donde han pasado; incluso en su cultura más excelsa se revela una conciencia de ello y hasta un orgullo...”²².

19 NIETZSCHE, Friedrich, *Humano, demasiado humano*, Gradifco, Buenos Aires, 1º edición, 2007, traducción de Sergio Albano, ps. 243-244

20 Ver: GARCÍA-GRANERO, Marina, “La raza como problema filosófico en los escritos de Nietzsche”, en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Universitat de Valencia, disponible en <https://dx.doi.org/10.5209/ashf.62425>.

21 NIETZSCHE, Friedrich, *Fragmentos póstumos sobre política*, Trotta, Madrid, 2004, traducción de José E. E. Enguita, p.184

22 NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral*, Alianza, Madrid, 3º edición, 2011, traducción de Andrés Sánchez Pascual, ps. 61-62

Y en *El crepúsculo de los ídolos*, al referirse a los que denomina “mejoradores de la Humanidad” señala:

“En todas las épocas se ha querido ‘mejorar’ al hombre: a esto sobre todo se ha llamado moral. Pero bajo la misma palabra se esconden las tendencias más diferentes. Tanto la domesticación de la bestia humana como la cría de un determinado tipo humano han sido considerados como ‘mejoramiento’: sólo estos dos termini zoológicos expresan realidades, -realidades de las que, es verdad, el ‘mejorador típico, el sacerdote, no sabe nada, -no quiere saber nada... Llamar a la domesticación de un animal su ‘mejoramiento’ suena a nuestros oídos casi a burla. Quien sabe lo que ocurre en los zoológicos, desconfía que en ellos sean ‘mejoradas’ las bestias. Se las debilita, se reduce su peligrosidad, se las convierte por el efecto depresivo del miedo, por el dolor, por las heridas y el hambre en bestias enfermizas -Lo mismo ocurre con el hombre domesticado que el sacerdote ha ‘mejorado’. En la Alta Edad Media, en tiempos en que la Iglesia era en efecto primordialmente una especie de zoológico, se cazaban los ejemplares más hermosos de la ‘bestia rubia’ -se mejoraba, por ejemplo, a los aristocráticos germanos...”²³.

Contra esa difundida creencia se ha interpretado que con la palabra ‘bestia’ NIETZSCHE quiere referirse al ser humano más originario, que conserva los instintos fuertes intactos, no debiéndose ver con ello una apología racial, sino una crítica que nuestro autor efectuaba a la moral cristiana que, a su juicio, había convertido a los humanos más fuertes en enfermos²⁴.

Este cuestionamiento se hace quizás más enconado que en ninguna otra obra suya en *El Anticristo*:

“Declaro culpable al cristianismo, formulo contra la Iglesia cristiana la acusación más terrible que ha sido formulada jamás por acusador alguno, Se me aparece como la corrupción más grande que pueda concebirse; ha optado por la máxima corrupción posible. La Iglesia cristiana ha contagiado su corrupción a todas las cosas; ha hecho de todo valor un sin valor, de toda verdad una mentira y de toda probidad una falsía de alma”²⁵.

23 NIETZSCHE, Friedrich, *El crepúsculo de los ídolos*, Terramar, La Plata, 1º edición, 2015, traducción de Carlos Torres, ps. 42-43.

24 Cfr. GARCÍA-GRANERO, Marina, ob. cit.

25 NIETZSCHE, Friedrich, *El Anticristo*, Agebe, Buenos Aires, 1º edición, 2011, traducción de Clara Inchauspe de Sanz, p. 105.

2.3. Su consideración del nacionalismo.

NIETZSCHE adhirió a un nacionalismo esencialmente *cultural*, no político ya que recelaba del imperialismo pangermánico de su tiempo pues temía que acabara arruinando al espíritu alemán y a su cultura²⁶, en *Humano, demasiado humano*, escribe:

“El comercio y la industria, la circulación de cartas y libros, el poner al alcance de cualquiera toda la cultura superior, el cambio rápido de lugar de residencia y de país, la vida nómada que actualmente llevan quienes no poseen tierras, todas esas circunstancias acarrear un fatal debilitamiento de las naciones, que acaba en la destrucción, al menos en el caso de las naciones europeas; hasta el punto que hará surgir, por necesidad, como consecuencia de los continuos cruzamientos, esa raza mezclada que será la del hombre europeo. El cierre de las naciones en sí mismas, resultante del surgimiento de odios nacionales actúa, conscientemente o no, en contra de esta meta, pero no por ello es menor este cruzamiento de razas diferentes., pese a estas corrientes del momento. Este nacionalismo artificial es, además, tan peligroso como lo fue el catolicismo artificial, porque es en esencia un forzado estado de sitio y de emergencia, decretado por una minoría, sufrido por la mayoría, y necesita recurrir a la astucia, la mentira y la violencia para conservar su crédito. Lo que impulsa a este nacionalismo no es el interés de la mayoría (de los pueblos) como gustan, tanto, decir sino, primero, el interés de ciertas dinastías reales y, segundo, el de determinadas clases mercantiles y sociales. Reconocido esto, no queda sino declararse buen europeo y colaborar con los actos de fusión de las naciones, obra en la cual pueden cooperar los alemanes mediante su antigua y probada cualidad de intérpretes e intermediarios de pueblos”²⁷.

En un *Fragmento Póstumo* de 1885 dice:

“La locura nacionalista y la torpeza patriótica no tienen para mí ningún atractivo. Alemania, Alemania, por encima de todo suena horrible a mis oídos, porque en el fondo quiero y deseo más para los alemanes”²⁸.

Las críticas a los nacionalismos que efectúa NIETZSCHE se cen-

26 Ver y ampliar en ENGUIA, José E. E., “La máscara política de Dionisio” en NIETZSCHE, Friedrich, *Fragmentos póstumos...* ob. cit. ps. 34-39.

27 NIETZSCHE, Friedrich, *Humano...* ob. cit., p. 243.

28 NIETZSCHE, Friedrich, cit. en *Fragmentos póstumos sobre política*, ob. cit., p. 37.

tran en que los considera creaciones reactivas, artificiales y violentas que se oponen al proceso unificador (en todos los aspectos) al que se encamina Occidente. Por otra parte juzga al nacionalismo como un fenómeno decadente, para el predominio del tipo inferior; un sucedáneo aparecido tras la muerte de Dios. Finalmente, no debe olvidarse que se trata de una ideología ligada a la idea de “Estado-Nación” al que NIETZSCHE se opone recurrentemente²⁹.

2.4. La democracia, el capitalismo y el socialismo.

NIETZSCHE formula en *El viajero y su sombra* consideraciones muy escépticas respecto a la democracia pues señala que el resultado de la democratización en aumento, dará lugar a unos “Estados unidos europeos” con países que, delimitados por su geografía ocuparán “... la situación de un cantón y poseerá sus derechos particulares; entonces se tendrán muy poco en cuenta los recursos históricos de los pueblos, tales como han existido hasta el presente, porque el sentido de la piedad que acompaña a estos recuerdos será poco a poco desgarrado de cuajo bajo el imperio del principio democrático, ávido de innovaciones y experiencias”³⁰. Enseguida opina que la democracia quiere crear y garantizar la independencia de un gran número de individuos para conducirse y ganarse la vida. Pero que, para ello, debe hacer valer el derecho de sufragio tanto a los que no poseen nada como a los ricos “...pues éstos constituyen dos clases de hombres que la democracia no puede tolerar y en la supresión de los cuales trabaja continuamente, con riesgo de ver siempre correr grandes peligros a su causa”³¹.

La crítica se hace más categórica en algunos de sus escritos póstumos: “...la democracia es la forma de una decadencia del Estado, de una degeneración de la raza, de un predominio de los malogrados...”³². También dice que “...la Europa democrática sólo acaba en una sublime selección de esclavos que, para soportarse a sí mismos, deben ser mandados por una raza fuerte...”³³.

NIETZSCHE rescata al individuo rechazando toda opresión o re-

29 Cfr. ENGUIA, José E. E. ob. cit., p. 38.

30 NIETZSCHE, Friedrich, *El viajero...*, ob. cit., p. 140.

31 Íd. p. 141.

32 *Fragmentos póstumos...* ob. cit., p. 171.

33 Íd. p. 177.

presión de las manifestaciones de la vida y sus críticas, como se vio, se dirigen especialmente al cristianismo al que acusa de haber establecido una moral represiva. Sin embargo, piensa que, una vez que los individuos se encuentran suficientemente liberados del Estado, la sociedad o la Iglesia, se oponen a los demás, no como personas, sino, precisamente, como individuos. Eso lo lleva a concluir que el socialismo "...es sólo un medio de agitación individualista...lo que quiere no es la sociedad entendida como la finalidad del individuo, sino la sociedad entendida como medio para hacer posible a muchos individuos. Este es el instinto de los socialistas sobre el que ellos se engañan con frecuencia (sin contar con que tienen que engañarse frecuentemente para imponerse). El sermón moral altruista al servicio del egoísmo individual es una de las falsedades más corrientes del siglo XIX"³⁴.

Por otra parte, su rechazo al capitalismo no puede ser más contundente:

"Aquí está la solución de la cuestión social. El egoísta rico o con talento es un enfermo y queda a merced de la compasión. Veo poner enormes conglomerados en el lugar de los capitalistas aislados. Veo desmoronarse la bolsa en la execración en la que ahora han caído los bancos"³⁵.

Y también:

"Se tiene que crear en el hombre el coraje para un nuevo gran desprecio a los capitalistas, a los funcionarios, etc. Toda forma de vida impersonal ha de ser considerada como vulgar y despreciable"³⁶.

2.5. El Derecho.

La exaltación de un hombre infinito y absoluto que anida en el superhombre tiene como contrapartida la negación de la racionalidad y la sociedad, que son sus límites. En este contexto es un corolario lógico la negación o relativización que NIETZSCHE llevó a cabo respecto del Derecho que sería una suerte de racionalización de la vida social³⁷.

Este pensamiento se ve reflejado en sus obras. Por ejemplo, dice en *El viajero y su sombra*:

34 NIETZSCHE, Friedrich, *Fragmentos póstumos...*ob. cit. ps 185-186.

35 NIETZSCHE, Friedrich, *Fragmentos póstumos...*ob. cit., p. 59.

36 Íd. p. 150

37 Ver: FASSÒ, Guido, *Historia...*ob. cit., p. 128.

"El derecho basado en tratados estipulados entre poderes iguales subsiste en tanto el poder de las partes contratantes es constante; la razón ha creado el derecho para poner fin a las hostilidades y a las disipaciones inútiles ente fuerzas iguales. Pero esta razón de conveniencia cesa definitivamente cuando una de las partes se ha hecho sensiblemente más débil que la otra; entonces la sumisión reemplaza el derecho que cesa de existir, pero el resultado es el mismo que el que alcanzaba entonces por el derecho. Pues desde entonces, la prudencia del vencedor es la que aconseja economizar la fuerza del vencido y no gastarla inútilmente; y muchas veces la condición del vencido es más ventajosa que su antigua igualdad. Las condiciones legales son, por consiguiente, medios pasajeros que aconseja la razón: no son fines"³⁸.

2.6. La justificación de la mentira.

El pensamiento nietzscheano justifica la mentira desde una postura perspectivista: la verdad es algo que hay que crear, una construcción artificial que no es un fin en sí mismo.

Según NIETZSCHE:

"El hombre exige la verdad y la consigue en las relaciones morales con los hombres; en esto se basa la vida en común. Se anticipan las consecuencias negativas de la mentira recíproca. De aquí procede el deber de la verdad. La mentira se le consiente al narrador épico, porque aquí no se observa ningún efecto dañino. Por consiguiente, donde la mentira es considerada agradable, es permitida: la belleza y el atractivo de la mentira presuponen que no perjudica. Así inventa el sacerdote los mitos de sus dioses: él legitima su majestad. Es extraordinariamente difícil revivir el sentimiento mítico de la mentira libre. Todos los grandes filósofos griegos viven completamente en este derecho a la mentira"³⁹.

El mundo es falso en la medida en que nuestras interpretaciones y "verdades" surgen de un proceso de "falsificación" de volver idéntico lo disímil y de querer apresar lo que se encuentra en constante cambio y transformación⁴⁰.

38 NIETZSCHE, Friedrich, *El viajero...*ob. cit., p. 38.

39 NIETZSCHE, Friedrich, *Escritos póstumos...*ob. cit., p. 114.

40 Ver: CANO, Virginia, *NIETZSCHE*, Galerna, Buenos aires, 2015, 1ª edición, ps. 35. y 36. Para esta autora, NIETZSCHE proporciona un nuevo lenguaje para la Filosofía y un nuevo modo de ejercer la crítica y la sospecha,

La verdad está conectada en NIETZSCHE con la voluntad de poder, la cual se relaciona con el propósito de determinar las condiciones de conservación y selección de un modo de vida; la verdad permite afrontar lo inestable e imprevisible de la existencia y construir un mundo más estable y permanente⁴¹. La voluntad de poder se refiere a "...un proceso, mejor aún, a una voluntad de subyugar que en sí no tiene fin"⁴².

3. EL RÉGIMEN NACIONAL-SOCIALISTA.

Definir o caracterizar la ideología del régimen nacional-socialista no es tarea simple por cuanto, al igual que el fascismo, no posee estrictamente un *corpus* doctrinario: se trata de un reducido número de principios dirigidos a la acción que TOUCHARD encuentra condensados en *Mein Kampf (Mi lucha)*, autobiografía que HITLER escribió en prisión⁴³.

De manera semejante se sostiene que, como el fascismo, su "filosofía" consistía en una serie de prejuicios que tenían en cuenta miedos y odios comunes, con total desapego a la verdad o a la coherencia y en ello puede verse la razón por la cual HITLER -como MUSSOLINI-, evitaron abiertamente definir una política para los respectivos regímenes que encabezaron.

El movimiento nacional-socialista (y en esto se asemeja también al fascismo), apeló al nacionalismo como un sentimiento atractivo para concitar adhesiones entre la población y debía ser socialista, no sólo para ser popular, sino para oponerse a los partidos comunistas o anarquistas. Como señala SABINE, "La idea de un partido al mismo tiempo nacional y socialista era lo bastante simple como para ser obvia: se trataba, simplemente, de que un país tenía que poder desarrollar todos sus recursos cooperativamente, sin las pérdidas y las fricciones de la lucha de clases y con una distribución justa del

incluso un nuevo modo de entender el objetivo y el decurso de ambas (ob. y loc. cit.).

41 De acuerdo: CANO, Virginia, ob. cit., ps. 32-33.

42 NIETZSCHE, Friedrich, *Fragments Póstumos* (1885-1889), Tecnos, Madrid, 2006, traducción de J.L. Vermal y J.B. Llinares, ps. 260-261, cit. por CANO, Virginia, ob. y loc. cit.

43 TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 5ª edición, 1983, traducción de J. Pradera, ps. 608-609.

producto entre capital y trabajo"⁴⁴.

Consideramos que el advenimiento del nazismo se produjo como resultado de múltiples factores entre ellos, por supuesto, aunque no el único, la situación económica y las duras condiciones impuestas a Alemania en el Pacto de Versalles por las naciones vencedoras en la Primera Guerra Mundial. En todo caso, la destrucción provocada por el conflicto bélico, las penurias económicas, la inflación, la falta de empleo, permitieron avivar un espíritu nacionalista e idealista puesto en pugna con el marxismo y un antiindividualismo irracional que vio en el capitalismo a un sistema expoliador y antigermánico. Esa apelación sentimental, posibilitó que las masas resignaran de sus individualidades en pos de una mancomunidad de esfuerzos destinada a la creación de una gran fuerza nacional, basada en la superioridad racial y en la necesidad de obtener su *espacio vital* o *lebensraum*⁴⁵. Gran parte del pueblo alemán, en efecto, resultó víctima del idealismo nacional-socialista que creía estar construyendo una sociedad mejor, sin enemigos raciales, tensiones sociales o influencias culturales extranjeras que convirtieran a Alemania en el centro de la civilización europea⁴⁶. Todas esas ideas llevaron a la toma del poder por los nazis en 1933, y enseguida a la Segunda Guerra Mundial con el Holocausto, provocando el asesinato de aproximadamente once millones de personas, especialmente judíos, pero también gitanos y de otros grupos étnicos.

La "filosofía" nazi se halla condensada, esencialmente, en dos documentos: el *Programa del Partido Obrero Nacional Socialista* de 1920 y su ya citada autobiografía, *Mi Lucha*, publicada en 1925.

El *Programa*, en cuya redacción participó HITLER, entre otras cuestiones, pone énfasis en el colectivismo, rechazando al individualismo liberal, el bien común antes que el individual, la unificación

44 SABINE, Georges, *Historia de la Teoría Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª edición en español, 1963, traducción de Vicente Herrero, p. 633.

45 Doctrina que justificó las políticas y prácticas de colonización empleadas por Alemania entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX y sobre la que se sustentó el imperio alemán en la Primera Guerra, debida a HAUSHOFER, quien, en lo esencial, sostuvo la importancia de la relación entre espacio y población por lo que, para garantizar la existencia del Estado éste debía del espacio suficiente para cubrir sus necesidades.

46 Ver: OVERY, Richard, *Crónica del Tercer Reich*, Tusquets, Buenos Aires, 1ª edición, 2013, traducción de Jesús Cuéllar Menezo, p. 8

de todos los alemanes en Alemania, el freno a la inmigración de los no alemanes y la expulsión de todos los que hubiesen inmigrado recientemente. Los judíos son mencionados en dos oportunidades. La primera al definir que sólo puede ser considerado ciudadano el que pertenezca a la sangre de raza alemana; por lo tanto ningún judío puede ser miembro de la raza. La segunda al oponerse al espíritu materialista judío⁴⁷.

En *Mi Lucha*⁴⁸, HITLER relata sus primeros años en Viena y cómo fue desarrollando su profundo antisemitismo y antimarxismo, a los que califica como los males más importantes. Considera que los judíos no son alemanes, sino un pueblo diferente en sí que, con la ayuda de su credo social demócrata o del marxismo, podrían llegar a conquistar al mundo, lo que significaría la muerte de la Humanidad. Por ello es que considera que, al defenderse del judío, lucha por obra del Supremo Creador⁴⁹. Sostiene que el “Estado judío” no estuvo jamás circunscripto a fronteras materiales; sus límites abarcan al Universo pero conciernen a una sola raza. Por eso, sostiene, el pueblo judío siempre formó Estados dentro de otros Estados. La religión de Moisés es una doctrina de conservación de la raza judía y es por eso que ella engloba a casi todas las razones del saber humano convenientes a su objeto, sean de orden sociológico, político o económico⁵⁰. Su convicción es que resulta imposible combatir a la conquista judaica del mundo con los recursos de la democracia liberal⁵¹.

Asevera HITLER que los postulados del Partido Nacional-Socialista Alemán, el que toma de fondo la idea de una concepción racista, deben convertirse en un movimiento de acción, que debe coronar su obra con la victoria de sus ideas y sus dogmas deben convertirse en leyes básicas del Estado⁵².

En cuanto al Estado, lo concibe como “racial”, pues la raza aria es superior a las restantes; de allí deriva que las razas inferiores deben

47 Los principios del *Programa* que citamos, los hemos extraído de OVERY, Richard, *Crónica...* ob. cit., ps. 20-21.

48 Hemos consultado la 1ª edición electrónica en español, Jusego, Chile, 2003, recuperada de <https://ia802706.use.archive.org>.

49 Ps. 38-43.

50 P. 93.

51 P. 222.

52 Ps. 224 y 227.

ser dominadas y esclavizadas. Los alemanes deben preservar su raza pues han perdido su creatividad cultural⁵³.

Es la raza, dice HITLER, y no el Estado, lo que constituye la condición previa de una sociedad humana superior, pues podrían existir centenares de Estados y esto no impediría que, con la desaparición de los arios forjadores de la cultura, desapareciera la civilización en el nivel en que se encuentra en las naciones más adelantadas⁵⁴. De modo que el Estado “racista” es un medio para la defensa de la raza y sus elementos culturales capaces de crear lo bello y lo digno inherente a una sociedad humana superior⁵⁵.

Reconoce que el fanatismo por el movimiento nazi, de cientos de miles de seguidores, no se realiza en conciliábulos sino en imponentes manifestaciones populares⁵⁶.

Define al sistema de gobierno como una dictadura por cuanto el movimiento es “antiparlamentario”, por su carácter e índole de su organización, que rechaza el principio de la decisión por mayoría pues ello degradaría a la autoridad del *Führer*; quien se convertiría en un simple ejecutor de la voluntad y opinión de los demás: el movimiento se basa en el principio de su autoridad absoluta⁵⁷, en la idea de la personalidad y no en la de la mayoría⁵⁸.

Su libro también contiene referencias al *espacio vital* o *lebensraum* pues declara que la cuestión de la reintegración de los territorios que perdió un Estado será siempre cuestión del restablecimiento del poder político y corresponde a la política exterior garantizar este proceso⁵⁹. Así destaca la significación que tiene el territorio de un Estado como fuente directa de subsistencia y la importancia desde el punto de vista político-militar. En ese orden, la política exterior del Estado racista debe asegurarle a la raza que lo constituye los medios de subsistencia, estableciendo una relación natural, vital y sana entre la densidad y el aumento de la población por un lado y la extensión y

53 Ps. 175-182.

54 P. 231.

55 P. 232.

56 P. 321.

57 P. 208.

58 P. 261.

59 P. 362.

la calidad del suelo en el que se habita por el otro⁶⁰.

4. PUNTOS DE CONTACTO Y PUNTOS DE ALEJAMIENTO ENTRE NIETZSCHE Y EL NAZISMO

Nos parece evidente que existen ciertos puntos de contacto entre algunas de las cuestiones tratadas por NIETZSCHE en su colosal producción y la filosofía del régimen nacional-socialista. Empero, adelantamos nuestra opinión de que no encontramos en las ideas de nuestro filósofo razones suficientes como para catalogarlo de *proto-nazi* según generalizadamente se lo ha querido rotular.

Debemos distinguir aquellos pensamientos que lo acercan al nazismo de aquellos que claramente lo alejan y, como se verá, estos últimos son más numerosos e importantes.

Por empezar, entendemos que debe descartarse esa difundida caracterización que ve a NIETZSCHE como un nihilista para, de allí, derivar que el sustento ideológico de los totalitarismos del siglo pasado abrevó en sus obras. No hay, en efecto, en nuestro filósofo una negación de los valores tradicionales sino, en todo caso, un cuestionamiento a los mismos y un intento desesperado de reevaluarlos o mejor dicho de “transvalorarlos”; los valores recibidos del deísmo -en su pensamiento-, se han vulgarizado y han tiranizado a los hombres, convirtiéndolos en esclavos, en un rebaño o masa, del cual deben escapar⁶¹.

La *voluntad de poder* y la noción del *superhombre* también se toman frecuentemente como evidencias del influjo de sus ideas en el nazismo.

Sin embargo, la voluntad de poder, en NIETZSCHE, no debe entenderse como la de un poder de dominación que se ejerce sobre el otro -así lo era en el régimen nacional socialista-, sino como la de una fuerza superadora del simple impulso de perpetuación de la especie humana a través de la reproducción (que la equipara a los animales). No obstante, como hemos advertido más arriba, nuestro autor vincula estrechamente a la voluntad de poder con la mentira y allí es donde puede encontrarse cierta cercanía con los postulados vertidos por HITLER en *Mi lucha* y su visión “constructiva” de la verdad a

60 Ps. 381-382.

61 Ver en el mismo sentido: GRAYLING, Anthony, *Historia...*cit. p. 422.

través de la propaganda⁶².

La idea del *Übermensch* ha sido utilizada por el nazismo (y por otros totalitarismos) como una justificación explícita de los liderazgos totalitarios, cuando no de la superioridad racial. No podemos aseverar que HITLER (como MUSSOLINI o STALIN), en tanto conductores autoritarios de regímenes de masas, se hayan autopercebido como “superhombres”. Pero el superhombre nietzscheano está alejado de eso: representa una metáfora mediante la que se pretenden condensar todas las calidades que habrá de reunir el hombre nuevo, tras la disolución de los valores tradicionales y la creación de valores propios, más allá de su finitud y contingencia, como certeramente lo ha señalado FASSÖ.

Como expusimos *supra*, la caracterización de la “bestia rubia” que efectúa NIETZSCHE ha dado pábulo para interpretar que pregonaba la superioridad de la raza aria. En este punto, y más allá de las explicaciones que hemos reseñado *supra*, sus ideas nos parecen confusas. Sin embargo, no podemos dejar de considerar aquí que la idea de la superioridad racial *europaea*, no sólo la alemana, imperó durante la segunda mitad del siglo XIX, como reflejo de la generalizada aceptación de las concepciones de DARWIN sobre la evolución de las especies⁶³. De todos modos, ese atisbo racista, acaso mal disimulado o ambiguo, nada tiene que ver con el enfáticamente declarado por HITLER en *Mi lucha*, documento en el que sentó los principios

62 A su llegada al poder en 1933, HITLER designó a Joseph GOEBBELS, estrecho colaborador suyo en el Partido, como Ministro de Educación Popular y Propaganda. GOEBBELS elaboró los que denominó como los “once principios de la propaganda nazi”, entre ellos el de “orquestración” del cual se deriva la famosa sentencia que expresa que si una mentira se repite, acaba convirtiéndose en verdad.

63 Se ha dicho que, durante este período, “...el más descarnado racismo sobre los pueblos de origen no europeo, lejos de considerarse en una ideología perniciosa llegó a constituir, para la gran mayoría de la población educada... el resultado lógico de una verdad demostrada por las ciencias naturales más avanzadas del período. La enorme violencia conceptual de la biología evolutiva humana, ejercida sobre las comunidades más débiles del planeta desde el punto de vista económico y militar, tomó en la práctica la forma de una verdad irrefutable para muchos de los espíritus más cultivados de la ciencia norteamericana y europea...” (Ver: SÁNCHEZ ARTEAGA, Juan M., “La racionalidad delirante: el racismo científico en la segunda mitad del siglo XIX” en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, vol. 27, no. 2, Madrid, 2007, disponible en: <http://scielo.isciii.es>).

que servirían de base para la elaboración de las leyes raciales.

En cuanto a la Democracia y el Capitalismo son desestimados por igual, como se vio, tanto por NIETZSCHE como por el nazismo. En lo que atañe al Socialismo, que NIETZSCHE rechazaba *a radice*, debe aclararse que el régimen nazi, se consideraba “socialista” -y su denominación así lo indica-, pero adjuraba del socialismo y comunismo marxistas, como surge de varios pasajes de *Mi lucha*.

La estimación positiva de la guerra, en cambio, equipara al pensamiento nietzscheano con el nazismo.

Sentadas las “cercanías” conceptuales entre NIETZSCHE y el Nacional-Socialismo alemán, toca referirnos a las diferencias que, nos parece, resultan mucho más claras y profundas.

Por empezar, NIETZSCHE refleja en su producción un profundo rechazo al antisemitismo y lo expone a las claras según se puede apreciar de las transcripciones que hemos seleccionado de pasajes de algunos de sus libros. El nazismo, por el contrario, se declara categóricamente como un “Estado racial” antisemita y esto surge sin ambages de la lectura del *Programa* y de *Mi lucha*.

Nuestro filósofo también es muy crítico de los nacionalismos que exacerbaban la idea de ‘Estado-Nación’ la que, opina, ha sumido en atraso y desesperanza al hombre; en su visión, Europa debe virar hacia una suerte de comunidad o unificación entre los países de ese continente. Su cuestionamiento a lo que él denomina la *sacralización* del Estado no da lugar a equívocos y se manifiesta en varios de sus escritos.

Por el contrario, el nazismo apela retóricamente a una especie de “causa nacional” para combatir la opresión y la decadencia en la que, sostiene, han sumido a Alemania el judaísmo, el marxismo y los países vencedores en la primera conflagración mundial. La raza aria es superior y debe conquistar y dominar a las razas inferiores; debe procurar su espacio vital para satisfacer sus necesidades.

En el régimen nazi, el Estado es un instrumento necesario para hacer valer la “comunidad del pueblo” o *Volksgeist* bajo la guía de un conductor o *Führer* que es asistido por el Partido⁶⁴.

Así como el Estado es objeto de críticas por parte de NIETZSCHE, también lo es, consecuentemente, el Derecho como manifestación de un intento de racionalizar la vida del individuo al que se oponía. Por el contrario, el Régimen de Tercer Reich, no renegó del

64 Ver FASSÒ, Guido, *Historia...* cit., p. 258.

Derecho sino que, sin desconocer, el valor de la ley⁶⁵, creó un sistema de fuentes ideológico que sirvió para complementarlo. Estas fuentes consistían, esencialmente, en: a) el liderazgo del *Führer*; b) el carácter nacional y racial del pueblo; c) el *Programa*; d) el espíritu del nacional-socialismo; y e) el “sano sentimiento popular”⁶⁶.

Por último debemos contrastar el individualismo nietzscheano con el profundo antiindividualismo nazi, rasgo, por otro parte, común a todos los totalitarismos.

5. CONCLUSIÓN.

A pesar de que el régimen nacional-socialista se “apropió” de las ideas de NIETZSCHE -en razón del prestigio que su figura alcanzó después de su fallecimiento-⁶⁷, no encontramos elementos de juicio decisivos para inclinarnos a favor de una influencia indiscutible del gran filósofo sobre la doctrina nacional-socialista. En efecto, en la mayoría de aquellos casos en los que pueden vislumbrarse “puntos de contacto” de sus opiniones con la ideología nazi, ellos son solo aparentes y se desvanecen apenas se profundiza en el análisis y reflexión de las motivaciones que lo han llevado a expresarlos.

Como dice, con acierto CRAYLING, el problema que surge con NIETZSCHE es que sus pensamientos originales y fértiles -no exentos de contradicciones, entendemos-, pueden abrirse a cualquiera, no importe la línea de pensamiento a la que resulte afín⁶⁸.

Para cerrar nos parece oportuno transcribir la opinión de MANN sobre el asunto:

“No nos engañemos: el fascismo como trampa para las masas,

65 Desde la asunción de HITLER, en 1933, se dictaron varias leyes raciales y antisemitas hasta llegar a la Conferencia de Wannsee en 1942 en la que varios jefes nazis, entre ellos Rudolf EICHMANN, decidieron llevar a cabo el Holocausto. Un detalle pormenorizado de estas leyes puede verse en GUIBOURG, Ricardo-TOLNAY, Iván C., (Directores), *Las leyes del odio*, Astrea Buenos Aires, 1ª edición, 2021, ps. 58-61.

66 Ver: RÜTHERS, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Marcial Pons, Madrid, 1ª edición, 2016, traducción de Juan Antonio García Amado, ps. 59-60.

67 Nótese que la Alemania nazi carecía de filósofos de relevancia -con la excepción de HEIDEGGER-, en los cuales encontrar sustento a su ideología.

68 Cfr. CRAYLING, Anthony, *Historia...* ob. cit., p. 422.

como el último de los recursos para excitar a la plebe y como la más miserable vulgaridad cultural que la historia haya jamás conocido, es profundamente ajeno al alma de aquel para el cual todo giraba alrededor del problema ¿qué es noble?. El no pudo ni siquiera imaginárselo. Que la burguesía alemana haya podido confundir la irrupción del nazismo con los sueños nietzscheanos de una barbarie renovadora de la cultura, es solo un malentendido grotesco”⁶⁹.

69 MANN, Thomas, “La filosofía de Nietzsche a la luz de nuestra experiencia”, Libros Tauro, p. 16 (disponible en www.librostauro.com.ar).

BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN, Isaiah, Las ideas políticas en la era romántica, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 2014, traducción de Víctor Altamirano.
- CANO, Virginia, NIETZSCHE, Galerna, Buenos Aires, 2015, 1ª edición.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Metodología Jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho, Zeus, Rosario.
- FASSÒ, Guido, Historia de la Filosofía del Derecho, Pirámide, Madrid, 3ª edición, 1968, traducción de José F. Lorca Navarrete, Tomo 3.
- GARCÍA-GRANERO, Marina, “La raza como problema filosófico en los escritos de Nietzsche”, en Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, Universitat de Valencia, disponible en <https://dx.doi.org/10.5209/ashf.62425>
- GRAYLING, Anthony, Historia de la Filosofía, Ariel, Barcelona, 1ª edición, 2021, traducción de Joan Andreano.
- GUIBOURG, Ricardo-TOLNAY, Iván C., (Directores), Las leyes del odio, Astrea Buenos Aires, 1ª edición, 2021.
- KERSHAW, Iván, Hitler. La biografía definitiva, Península, Buenos Aires, 1ª edición, 2015, traducción de Yolanda Fontal y Carlos Sardiña.
- NIETZSCHE, Friedrich, Así habló Zarathustra, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2002, traducción de Carlos Mahler.
- NIETZSCHE, Federico, Ecce Homo, Edimat, Madrid, 2003, traducción española.
- NIETZSCHE, Friedrich, El Anticristo, Agebe, Buenos Aires, 1ª edición, 2011, traducción de Clara Inchauspe de Sanz.
- NIETZSCHE, Friedrich, El crepúsculo de los ídolos, Terramar, La Plata, 1ª edición, 2015, traducción de Carlos Torres.
- NIETZSCHE, Friedrich, El viajero y su sombra, Edicomunicación, Barcelona, 1894, traducción de Enrique Eidelstein.
- NIETZSCHE, Friedrich, Fragmentos póstumos sobre política, Trotta, Madrid, 2004, traducción de José E. E. Enguita.
- NIETZSCHE, Friedrich, Humano, demasiado humano, Gradífico, Buenos Aires, 1ª edición, 2007, traducción de Sergio Albano.
- NIETZSCHE, Friedrich, La genealogía de la moral, Alianza, Madrid, 3ª edición, 2011, traducción de Andrés Sánchez Pascual.
- OVERY, Richard, Crónica del Tercer Reich, Tusquets, Buenos Aires, 1ª edición, 2013, traducción de Jesús Cuéllar Menezo.
- RÜTHERS, Bernd, Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich, Marcial Pons, Madrid, 1ª edición, 2016, traducción de Juan Antonio García Amado.

SABINE, Georges, Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, México, 2º edición en español, 1963, traducción de Vicente Herrero.

SÁNCHEZ ARTEAGA, Juan M., “La racionalidad delirante: el racismo científico en la segunda mitad del siglo XIX” en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, vol. 27, no. 2, Madrid, 2007, disponible en: <http://scielo.isciii.es>

TOUCHARD, Jean, Historia de las ideas políticas, Tecnos, Madrid, 5º edición, 1983, traducción de J. Pradera



INVESTIGACIONES

GERÓNIMO ARIAS

ADRIANA CUSMANO

JOSÉ MARÍA MARTOCCI

MARIELA E. BLANCO

MEDIDAS CAUTELARES CONTRA EL ESTADO Y TUTELA JUDICIAL¹

GERÓNIMO ARIAS²
UCA-Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 307-337. Recibido 2/8/22 - Aceptado 17/8/22

Resumen: Este trabajo aborda algunos aspectos de la ley 26.584 sobre medidas cautelares en los casos en que el Estado Nacional es parte o interviene. Tras un breve repaso de la situación anterior a la sanción de la ley comentada, recuerda su génesis legislativa para alcanzar una aproximación conceptual al objeto de estudio. Además, aborda la importancia y necesidad de una legislación especial en la materia. En este punto, merece particular atención el fundamento constitucional y convencional de las medidas cautelares, con énfasis en la garantía de la tutela judicial efectiva. Finalmente, se identifica y precisa el alcance de las medidas cautelares en las que el Estado interviene o es parte como una especie del sistema de tutela urgente, distinguiéndola de otras herramientas procesales de protección de derechos que intentan dar respuesta con inmediatez a las distintas pretensiones, en un marco de conocimiento limitado y condicionado por el principio de celeridad.

1 Este trabajo es una adaptación de la primera parte de la tesina final para obtener el título de Especialista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

2 Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Administrativo Económico egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.



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

Palabras clave: Medidas cautelares – proceso contencioso administrativo – tutela judicial efectiva – protección urgente.

Abstract: This paper addresses some aspects of Law 26.584 on **precautionary measures** in cases where the National State is a party or intervenes. After a brief review of the situation before the sanction of the commented law and recalling its legislative genesis, this paper reaches a conceptual approximation of the object of study. Moreover, it addresses the importance and needs for special legislation on the matter. At this point, the constitutional and conventional foundation of precautionary measures deserves particular focus, emphasizing the guarantee of effective judicial protection. Finally, the scope of the precautionary measures in which the State intervenes or is a part is identified and specified as a kind of urgent protection system, distinguishing it from other procedural tools for the protection of that try to respond immediately to the different claims, in a framework of limited knowledge and constrained by the principle of speed.

Key words: Precautionary measures – contentious administrative process – effective judicial protection – urgent protection.

I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES DE LA LEY 26.854

El presente trabajo tiene por objeto abordar algunos aspectos de la ley 26.584 de medidas cautelares en las causas en las que el Estado Nacional es parte o interviene.

Para ello, se realizará una breve reseña de la situación anterior a la sanción de la ley comentada, así como también se recordará su génesis legislativa, para luego alcanzar una aproximación conceptual del objeto de estudio. En este punto, merece especial atención el fundamento constitucional y convencional de las providencias cautelares, y con especial hincapié en la garantía de la tutela judicial efectiva que, en cada caso, será anticipada pero igualmente exigible.

Es pertinente recordar aquí que se denominan “medidas cautelares” a aquellas que tienden a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia

definitiva (Palacio, 1968, 37).

Asimismo, resulta relevante destacar que las medidas cautelares han sido herramientas muy importantes frente a la necesidad de poner límites a las medidas adoptadas por los distintos gobiernos, en diversas materias. Siguiendo a Vallefn (2013, 35), es posible recordar precedentes que ordenaron la suspensión del decreto del Poder Ejecutivo Nacional que había dispuesto demoler el edificio de la Escuela de Mecánica de la Armada, en función de que su ejecución podía destruir pruebas para establecer el destino de las personas que allí estuvieron en cautiverio durante los años de terrorismo de Estado (CSJN, Fallos, 324:332), o el célebre caso “Astilleros Alianza”, oportunidad en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la medida cautelar de no innovar dispuesta por la Cámara Federal que suspendía las obras de construcción de la autopista Buenos Aires-La Plata ante el pedido de una empresa de construcción naval que alegó el perjuicio que le ocasionaría el levantamiento del puente porque pasaba la ruta a una altura que no permitiría el paso de los buques de su producción (Fallos, 314:1202). También fueron resonantes las providencias cautelares que dispusieron no realizar el descuento del trece por ciento en los haberes jubilatorios, así como la enorme cantidad de medidas precautorias que ordenaron la suspensión del Decreto 1570/01, más conocido como “corralito”, con el objeto de autorizar la extracción de los depósitos a los ahorristas.

Estas medidas cautelares contra el Estado, sin dudas tuvieron un impacto trascendente en la escena pública, con fuerte cobertura mediática por la relevancia política que iba más allá de la discusión jurídica. Pero es posible afirmar, sin temor a equivocarse, que el caso más emblemático frente a la ciudadanía fue la medida cautelar obtenida por el Grupo Clarín, que suspendió la aplicación de los artículos 41 y 161 de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Esta controversia generó distintos precedentes (CSJN, Fallos: 333:1885, 335:705, 335:2600) que fueron especialmente considerados en el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, que posteriormente se transformaría en el texto legal vigente en materia de medidas cautelares frente al Estado. En esta oportunidad basta con señalar que la discusión jurídica constituía el ropaje de una disputa política visible en la agenda pública nacional, entre el gobierno y el mencionado grupo empresario³.

3 Una mirada crítica del contexto histórico en el que se presentó el proyecto,

En ese marco, el escándalo generado en la Provincia de Corrientes como consecuencia del otorgamiento de miles de medidas cautelares por diferencias salariales, y otorgadas por magistrados provinciales notoriamente incompetentes en favor de personal de distintas fuerzas de seguridad nacional, coadyuvó a la percepción generalizada de que era el momento de llevar la discusión al ámbito parlamentario.

Otro caso que cobró notoriedad pública fue el del diario La Nación, que tenía en su favor una medida cautelar desde hacía una década que le permitía el cómputo de aportes patronales como crédito fiscal en la liquidación del IVA, un beneficio otorgado en 2001 y vencido en 2003. A raíz de ello, el diario Página 12 denunció un perjuicio fiscal millonario de capital e intereses (6 de enero de 2013). Este tipo de situaciones —llamadas vulgarmente *forum shopping*—, se fueron incrementando, y comenzó a observarse cierto abuso de las medidas cautelares frente al Estado con el fin de detener medidas de gobierno adversas a distintos intereses. Incluso en alguna oportunidad la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó el peligro de “ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares” (“PRODELCO c/ PEN s/ amparo”, Fallos: 321:1252, del 07/05/1998, considerando 25, con cita del caso norteamericano “Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War”, 418 U.S. 208).

Cassagne ya había señalado que, como acontece muchas veces en otras cosas de la vida, hasta las buenas instituciones pueden llegar a degenerarse cuando se hace un uso abusivo o injusto de ellas, y cuestionó —entre otros aspectos— la generalización de la tendencia a morigerar o prescindir del requisito del peligro en la demora para el otorgamiento de medidas cautelares que se basan casi exclusivamente en la verosimilitud del derecho, sin atender a la posibilidad de realización de la pretensión al momento de la sentencia definitiva (2005, 25). En tal sentido, propició una reforma profunda y orgánica del ordenamiento procesal.

La falta de un Código Procesal Contencioso Administrativo Federal, llevó a los tribunales a la aplicación analógica del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a todo el proceso contencioso. Por su parte, la legislación nacional aporta algunas disposiciones específicas en cuanto a la admisibilidad de la acción contencioso administrativa y

que luego sería convertido en la ley 26.854, puede verse en OTEIZA, Eduardo, 2013, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, La Ley.

la habilitación de la instancia judicial en la ley 19.549, así como la ley 25.344 regla algunos aspectos procesales de manera aislada.

En tal sentido, la ausencia de reglas claras sobre la materia generaba incertidumbre respecto de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, cuyo resultado era desconocido y dependía del tribunal que resultara asignado en cada caso. Ciertos autores postulaban que debía aplicarse el artículo 12 de la ley 19.549 en todos los casos en los que se solicitaba la tutela cautelar, y de esa forma introducían la posible afectación del interés público. Por su parte, la jurisprudencia mayoritaria sostenía que correspondía aplicar las normas del Código Procesal Civil y Comercial y, particularmente, el artículo 230 para la suspensión de los efectos del acto administrativo. Finalmente, había quienes afirmaban que la aplicación de una norma o de otra dependía de que el pedido hubiera sido formulado o no en sede administrativa; en el primer caso correspondía aplicar el artículo 12 de la ley 19.549 y en el segundo se debía acudir al 230 del código adjetivo (Comadira, 1996, 206).

Si bien, en la práctica, la actuación jurisdiccional delimitó los contornos del instituto mucho antes que se aprobara la ley comentada, la utilización de normas de derecho privado en los conflictos suscitados entre particulares y el Estado⁴, llevó a las distintas posturas doctrinarias esbozadas anteriormente (Lynn, 2015, 50).

En lo que atañe al sistema cautelar, la mirada procesal civil producía, con frecuencia, una postergación del interés público comprometido, aparejando numerosas dificultades a la hora de decidir en los pleitos en que intervenía el Estado Nacional. Ello es así, toda vez que el Código Procesal Civil y Comercial fue pensado y estructurado para dar trámite a los asuntos entre particulares, que discuten intereses privados y se encuentran en igualdad de condiciones. Esa diferencia relevante, exige que su interpretación se realice —aún hoy— de manera analógica, puesto que requiere una adaptación a los principios que rigen el derecho público.

4 En un caso en el que la firma actora había solicitado la declaración de inconstitucionalidad de una ley local que gravaba el traslado de hacienda fuera del territorio provincial, y el máximo tribunal debía resolver si correspondía abrir su competencia originaria, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1973. Allí sostuvo que “no puede validar declaraciones de inconstitucionalidad abstractas por vía de una norma procesal que tiene su ámbito natural de aplicación en orden a decisiones de derecho común”. Fallos: 286:76.

A su vez, la concepción clásica del proceso contencioso administrativo como revisor de actos administrativos ha sido abandonada, para dar lugar a distintas pretensiones de hacer, de no hacer o de dar, en consonancia con las nuevas funciones del Estado. Ese dinamismo en los objetos posibles del proceso contencioso se traslada también al campo cautelar, dando origen a distintas modalidades o tipos de tutelas.

Sin perjuicio de que la materia cautelar tenía su cauce en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, su origen jurisprudencial y la discrecionalidad con la que se aplicaba, derivaba en ocasiones en comportamientos arbitrarios frente a los justiciables. La propia Corte Suprema a fue quien sostuvo que, en la práctica, muchas medidas cautelares se extienden en el tiempo, como consecuencia de que el demandante que se benefició con su dictado ya obtuvo —aunque más no sea provisionalmente— aquello que pretendía, y por tal razón, se desinteresa del impulso del juicio principal (“Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. –Inc. Competencia- c/ E.N.”, Fallos: 334:259, del 15/03/2011).

En este sentido, ha señalado Guglielmino que el sistema de medidas cautelares, en el orden federal, “contiene un defecto sistémico que perjudica gravemente a la Administración, paralizando su acción por largos años a pesar de no haberse dictado sentencia de fondo” (Guglielmino, 2014). Y lo ilustra con un ejemplo: “[e]l demandante que obtiene una medida cautelar contra la Administración, lo que logra, normalmente, es paralizar la acción de ésta, que ahora no va a poder cobrarle un impuesto, o despedirlo, etc. Es decir, ahora tiene el objeto del proceso en su poder. Entonces, pierde su rol de apurado. Sin embargo, y aquí viene el problema, el proceso sigue regido por reglas procesales que lo asumen como el urgido. Así, siguen imperando sobre él las normas de caducidad de instancia. Pero, como ahora lo que le conviene es que el proceso se prolongue o, en todo caso, no le preocupa la demora, va a manejar el expediente en los límites de esos plazos de perención, logrando que dure años” (Guglielmino, 2015, 247).

Fue así que el Poder Ejecutivo Nacional envió el 8 de abril de 2013 el proyecto de ley para regular las medidas cautelares en las que fuera parte o interviniera el Estado⁵. La finalidad prioritaria expresada en el

5 Todavía en su estado embrionario, puesto que no había sido aprobado por el Congreso de la Nación, el proyecto resultó objeto de cuestionamiento judicial a través de una acción de amparo colectivo, que fue rechazado *in limine*

mensaje 377/13 fue lograr la sanción de un cuerpo legal destinado a regir el proceso cautelar frente a las autoridades públicas, que reemplazara la aplicación analógica de un código destinado a regular relaciones entre particulares. Para justificar el proclamado objetivo, el Poder Ejecutivo Nacional alegó la autonomía del derecho administrativo en la historia jurídica de nuestro país, destacando la preeminente nota de interés público que debe primar en la actuación estatal y sus diferencias respecto a los procesos civiles entre particulares.

En cuanto al punto, comparto la idea central de que este tipo de resoluciones precautorias deben ser el fruto de un cauce procedimental específico y distinto de aquél previsto para el derecho privado⁶. Enseña Comadira que el proceso administrativo “no deviene de un conflicto entre dos partes que, en defensa de sus legítimos intereses privados, acuden al órgano jurisdiccional para lograr la afirmación de su pretensión. En el proceso administrativo el dato material está constituido por un conflicto entre partes que portan intereses jurídicos de naturaleza diferente. Una, es titular de un interés privado, otra, en cambio, es el Estado, a través de un órgano actuante en el ejercicio de la función administrativa” (1996, 196).

Ello así, es dable destacar que la ausencia de un código contencioso administrativo federal se proyecta sobre el sistema cautelar (Sammartino, 2012, 906). De lo que se trata es de lograr un adecuado equilibrio entre las prerrogativas del poder público y las garantías de los particulares en el ámbito del proceso contencioso administrativo y en oportunidad de dar respuesta a las pretensiones cautelares que allí se postulan. Cabe señalar que el llamado régimen exorbitante, en el Estado moderno, conlleva la conciliación entre el poder y la libertad, el Estado y el individuo, para lo cual deviene imprescindible que frente a las prerrogativas existan las necesarias garantías de los particulares. García de Enterría sostiene que “[d]el cruce de esos dos principios, legalidad de la Administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades, surgirá el Derecho Administrativo” (García de Enterría, 1992, 45).

La especificidad del contencioso administrativo y la necesidad de

por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal 8 en la causa 16339/2013, “Gil Domínguez Andrés c/ EN – PEN s/ amparo ley 16.986”, del 29/04/2013.

6 HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, *El Derecho*, 124-679.

conciliar los intereses públicos y privados, de manera previsible para las partes del proceso, dieron lugar al nacimiento de la regulación legal estudiada. A su vez, en este tipo de litigios existe la tensión entre el Poder Judicial y los restantes poderes políticos –Ejecutivo y Legislativo–, como consecuencia de la función prioritaria de control de los actos estatales que el primero ejerce sobre los otros.

Esta contextualización resulta necesaria para comprender el debate en torno al régimen normativo cautelar. De un lado, es dable observar que la jurisprudencia había desarrollado criterios para el dictado de medidas cautelares contra el Estado, receptando las particularidades propias del contencioso administrativo. En este punto, corresponde destacar que, en el ámbito federal, los litigios tienen algunas características que no aparecen en otras jurisdicciones, y que están dadas por la intervención en tales procesos de los principales grupos económicos e importantes empresas (Cuesta, 2014). Dicha preeminencia en el ámbito federal se vincula con las competencias que el Estado Nacional tiene en materia regulatoria, impositiva, de comercio exterior y de policía administrativa en general.

Por otro lado, la ley asigna una protección especial a determinada categoría de sujetos y derechos, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Este sentido protectorio, fundado en los principios de progresividad y *pro homine*, marcan un camino que trasciende, en mi opinión, el ámbito meramente cautelar. Creo que importa la jerarquización de ciertos sujetos y derechos por sobre otros por la vulnerabilidad a la que se encuentran sometidos. Esa premisa se contrapone con el límite que la norma postula respecto a los derechos y sujetos que no se encuentran en situación de vulnerabilidad (como son, por ejemplo, las empresas de gran poder económico que litigan con frecuencia en el fuero contencioso). De ello se extrae una primera aproximación de nuestro objeto de estudio: la ley 26.854 no es neutral ni indiferente frente a los bienes jurídicos en juego⁷.

7 La contextualización intentada permite desarrollar una mirada axiológica respecto del fenómeno jurídico cautelar y su manifestación positiva. En ese sentido, enseña Fiorini que “[l]as ciencias Jurídicas responden a las ideologías que militan en cada época, donde los valores respectivos se expresan en las normas positivas. Es, en especial, en el derecho del Estado donde con más fidelidad se refleja la sustancia valorativa de las ideologías triunfantes. Cada época también destruye sus ideas juntamente con la teoría del Estado que le correspondía”. FIORINI, Bartolomé A., 2010, “La crisis del contencioso administrativo” en “Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales

II. EL DEBATE PARLAMENTARIO

El trámite legislativo tuvo origen en el Senado de la Nación, con intervención de las comisiones de Justicia, Asuntos Constitucionales y Legislación General. En la reunión inicial del 11 de abril de 2013, el entonces Ministro de Justicia de la Nación —Dr. Julio Alak— precisó que la finalidad del proyecto no era disminuir “las posibilidades y derechos de los ciudadanos, de los litigantes, sino lograr un equilibrio entre el derecho del litigante, del ciudadano, y el legítimo derecho de defensa del Estado argentino, que hoy se encuentra vulnerado por la aplicación supletoria de un código que está pensado, diseñado y aprobado para resolver litigios entre particulares y para la aplicación, no del derecho público, sino del derecho privado” (versión taquigráfica del plenario de las comisiones de Justicia, Asuntos penales y Legislación General del Senado de la Nación del 11 de abril de 2013).

El debate contó con la presencia de académicos y asociaciones civiles. En el primer grupo cabe destacar el aporte realizado por el Profesor Fernando García Pullés. El proyecto preveía la caducidad automática de las medidas cautelares autónomas ordenadas durante el trámite del agotamiento de la vía administrativa (mediante la notificación del acto que agotaba la instancia administrativa), y el destacado jurista propuso otorgar un plazo de diez días posteriores a la notificación, quedando plasmada su intervención en el artículo 8 inciso 1, párrafo segundo.

El Centro de Estudios Legales y Sociales resaltó que el instrumento cautelar ha sido de suma importancia en la defensa de los derechos humanos, y valoró positivamente que se lo pretenda regular para evitar abusos dirigidos, particularmente a discutir cuestiones patrimoniales frente al Estado. Sin embargo, indicó la necesidad de revisar las excepciones que se encontraban en una formulación original restrictiva (riesgo para la vida, la salud y la alimentación) y ampliarla para la protección de “la vida, condiciones de vida adecuada, la salud de la persona o de un derecho de naturaleza alimentaria, o relativos a la protección del ambiente, o derechos fundamentales de aquéllos sobre quienes existe un fuerte interés estatal en su protección como los grupos en situación de vulnerabilidad, los trabajadores, los usuarios de servicios públicos”.

1936-2010”, La Ley, Buenos Aires, tomo IV, pág. 119.

El Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia objetó el plazo de vigencia establecido en el proyecto para las medidas cautelares y sostuvo que debían durar el plazo que los jueces consideraran apropiado a las circunstancias del caso. En similar sentido se expresó la Asociación por los Derechos Civiles, pero esas intervenciones no tuvieron acogida favorable en el Congreso de la Nación.

El proyecto oficial fue modificado en lo referido a las excepciones (artículos 2, 4, 5, 10 y 13), al plazo de caducidad de la medida cautelar autónoma (artículo 8), a la tutela urgente del interés público comprometido por la interrupción de los servicios públicos (artículo 17), y en cuanto a la inhibitoria (artículo 20). El Senado aprobó el proyecto el 18 de abril de 2013, mientras que la Cámara de Diputados hizo lo propio el 24 de abril de 2013. La norma fue promulgada el 29 de abril de ese año, a través del Decreto 453/2013, y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente. De manera prácticamente inmediata, la nueva ley mereció cuestionamientos constitucionales en sede judicial, que fueron rechazados *in limine* en primera y segunda instancia por inexistencia de caso contencioso, causa o controversia (CNACAF, “Gil Domínguez Andrés c/ EN-PEN-Ley 26854 s/ amparo ley 16986”, Sala I, causa 17124/2013, 17/09/2013; “CPACF c/ EN-PEN-Ley 26854 s/ proceso de conocimiento”, Sala II, causa 16522/2013, del 23/12/2013).

III. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE LA REGULACIÓN ESPECIAL

Liminarmente corresponde resaltar que la regulación en esta materia reviste una importancia mayúscula en la realización concreta del derecho sustantivo. El proceso, en muchas oportunidades, depende del otorgamiento oportuno de una medida precautoria que permita postergar el análisis detenido en la sentencia de fondo⁸.

⁸ En palabras de Piero Clamandrei —al sistematizar su teoría general del instituto cautelar— “la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva. Es éste uno de aquellos casos (la disciplina de los cuales constituye quizá el más antiguo y el más difícil problema práctico de toda legislación procesal) en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien: a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar

En tal sentido, el fin de la providencia cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva⁹, revistiendo, por ende, un marcado carácter instrumental en tanto su sentido deviene de su preordenamiento a la emisión de la resolución definitiva. Aquella es dictada con el objetivo de que determinado derecho pueda concretarse en caso de que su existencia sea reconocida posteriormente en el proceso principal. Afirma González Pérez que “[s]i, por no adoptarse una medida cautelar, al llegar la sentencia la situación contraria al ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, se habrá lesionado el derecho a la tutela judicial” (González Pérez, 2001, 369).

De este modo, el derecho cautelar se presenta como la herramienta procesal para neutralizar los efectos perjudiciales de la demora en el reconocimiento del derecho en cuestión. En cuanto a la ex-

precedida del regular y mediato desarrollo de toda una serie de actividades para el cumplimiento de las cuales es necesario un período, frecuentemente no breve, de espera (...) pero esta mora indispensable para el cumplimiento del *iter* procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde, como la medida largamente elaborada para un enfermo ya muerto (...) las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso ordinario...”. CALAMANDREI, Piero, 2016, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Ara Editores, Buenos Aires, pág. 43.

⁹ La Sala II de la CNACAF afirmó que “...la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y que la fundamentación de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica, pues si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar (CSJN; Fallos 330:3126). Es que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CSJN; Fallos 306:2060)”. Causa 52.106/18, “Incidente N 1 ADECCO Recursos Humanos Argentina SA s/Inc de Medida Cautelar”, del 14/03/19.

tena duración de los procesos, es importante recordar que no se trata de un fenómeno novedoso. Sobre este aspecto, Niceto Alcalá Zamora y Castillo ya afirmaba en su tiempo que “[l]a excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia, sobre todo desde que de ella se adueñó la tramitación escrita, y, por ende, el afán de remediarla implica una de las preocupaciones esenciales de cualquier reforma procesal” (Alcalá Zamora y Castillo, 1961, 62).

Señala Alsina que si el Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede desentenderse de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, y debe proveer a los justiciables las medidas necesarias para prevenirlas (1962, 449).

Por su parte, Palacio sostiene que la satisfacción instantánea de cualquier pretensión o petición resulta materialmente irrealizable, y es por ello que el legislador ha debido contemplar la posibilidad de que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte su ejecución o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva (2011, 13).

El proceso contencioso administrativo no se encuentra exento de esa posibilidad, motivo por el cual, dada su autonomía y particularidades propias que lo distinguen del proceso civil u ordinario, merece una regulación legal específica que permita darle el cauce formal a las pretensiones cautelares que allí se tramitan.

Es importante destacar que el proceso cautelar carece de autonomía, dado que las providencias cautelares no constituyen un fin en sí mismo, sino que se presentan con un carácter instrumental accesorio del instrumento central que es el proceso judicial principal (Comandira, 2003, 241). Por ende, tampoco constituye un proceso especial conforme las características de los procesos especiales regulados en las leyes de rito.

IV. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

El fundamento primigenio de las medidas cautelares es el artículo 18 de la Constitución Nacional, que garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos. De esta norma constitucional se deriva, también, la obligación de acudir a los órganos

jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de los derechos que se creen vulnerados. Asimismo, con una visión moderna e integral, el principio de tutela judicial efectiva que garantiza el acceso a la justicia completa la exégesis de la norma constitucional.

A ello se agrega el fundamento convencional de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, constitucionalizados mediante el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, introducido en el año 1994 (García Pullés, 2006, 261). En tal sentido, el artículo 8.1¹⁰ o el 25.1¹¹ de la Convención Americana de Derechos Humanos han sido invocados para dar sustento a las medidas cautelares contra el Estado. En cuanto a la inteligencia que cabe asignar a dichas disposiciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) entendió que el artículo 8.1 debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de la norma como en su espíritu. Asimismo, afirmó que esa garantía debe ser apreciada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno (Caso “Blake vs. Guatemala”, sentencia del 24/01/1998, párr. 96). También sostuvo que las garantías generales del artículo 8 deben estar presentes en la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal (Caso “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”, sentencia del 13/10/2011, párr. 117).

Asimismo corresponde señalar que si bien el artículo 8° de la

10 Art. 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, CADH.

11 Art. 25.1: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”, CADH.

Convención se titula “Garantías judiciales”, la Corte IDH ha sentado el criterio según el cual su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos¹².

Por su parte, Gallegos Fedriani (2006, 32) entiende que las medidas cautelares contra la Administración Pública pueden encontrar fundamento en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹³. En lo referido a ese precepto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido que la noción de “efectividad” que surge de aquel artículo, “requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares y, en general, recursos judiciales sencillos y rápidos para la tutela de derechos, con miras a impedir que las violaciones se prolonguen en el tiempo. Lo anterior, aún cuando la determinación acerca del fondo de la cuestión, requiera de un período temporal más extenso” (Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “El Acceso a la Justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, del 07/09/2007, a través de www.oas.org).

El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y

12 Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31/01/2001, párr. 69; y “Garantías judiciales en Estados de Emergencia [arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]”, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6-X-1987, Serie A, N° 9, párr. 27. “Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. Corte IDH. “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2/02/2001, párr. 124.

13 El derecho constitucional —ratificado en tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional— a la tutela judicial efectiva “...establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales...” (entre otros, caso “Cantos vs. Argentina”, del 28/11/2002). Exigiéndose, para que sea una respuesta “efectiva”, que la solución de la controversia “...se produzca en tiempo razonable; (puesto que) una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales” (Corte IDH, en el caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, del 03/03/2011).

Deberes del Hombre¹⁴, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵ y el artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶ completan el cuadro normativo que da basamento al objeto de estudio del presente trabajo.

De los preceptos señalados, surge que la tutela efectiva debe ser considerada, de un lado, como un derecho a favor de los particulares, y de otro, como un deber del Estado cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional¹⁷ de acuerdo a los sistemas de protección de los que emana la fuente del instrumento internacional aplicable. En tanto derecho de los particulares, es considerado un derecho universal, pilar para el goce y ejercicio de los demás, ya que la agresión estatal a cualquier prerrogativa de la persona humana exige la necesidad de ejercer la defensa y acceder a un tribunal imparcial e independiente que respete las reglas del debido proceso.

14 Art. XVIII: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”, DADDH.

15 Art. 8°: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, DUDH.

16 Art. 14 inciso 1°: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

17 MERTEHIKIAN, Eduardo, “Procedimiento administrativo y reclamos por responsabilidad del estado en el derecho federal argentino. Una mirada renovada bajo los alcances de la tutela administrativa efectiva”, Revista de la Administración Pública, octubre de 2012, pág. 35, citado en POZO GOWLAND, Héctor M., 2015, “El derecho universal a la tutela judicial efectiva. La independencia de los jueces como presupuesto esencial”, Thomson Reuters.

En cuanto al alcance que corresponde otorgar a la garantía convencional, en primer término, entiendo que el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en principio, no alcanza a las personas jurídicas. En ese sentido, la Comisión IDH ha sostenido que "...el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como las disposiciones del Artículo 1 (2) proveen que para los propósitos de esta Convención, 'persona' significa todo ser humano, y que por consiguiente, el sistema de protección de los derechos humanos en este hemisferio se limita a la protección de personas naturales y no incluye personas jurídicas", y que "los 'derechos esenciales' protegidos 'tienen como fundamento los atributos de la persona humana'; en el artículo 1(1), que menciona la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos de 'toda persona' sujeta a su jurisdicción; y el artículo 1(2), que define como 'persona' a 'todo ser humano'" (CIDH, Informe No. 10/91, Caso 10.169, Banco de Lima, Perú, 22 de febrero de 1991, considerando 1; Informe No. 67/01, Caso 11.859, Tomás Enrique Carvallo Quintana, Argentina, 14 de junio de 2001, párrs. 52 – 55).

Ahora bien, la inaplicabilidad de la Convención, sin embargo, no implica que las personas jurídicas no tengan las garantías vinculadas al debido proceso. Específicamente, el derecho a la tutela judicial efectiva, cualquiera sea la materia debatida, se extrae, como se dijo, de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional ("Manufactura de Fibras Sintéticas SA c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo", CNACAF, Sala I, causa 41402/2014/CA1, del 27/12/2016, mediante remisión sobre el punto al dictamen del 17/11/2016 de la Fiscalía General ante las Cámaras Nacionales en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal).

Para más, la tutela judicial efectiva es considerada como un principio general del proceso contencioso administrativo, por lo que se erige como una fuente del derecho, en tanto constituye la base y fundamento del ordenamiento (González Pérez, 43).

Afirma Gelli que las garantías procesales se inician con el derecho a la jurisdicción, es decir, con el derecho a peticionar ante tribunales judiciales la emisión de una sentencia útil (2018, 367). Ello así, puesto que la acción no es otra cosa que una manifestación constitucional del derecho de petición. En el famoso precedente "Halabi c/ PEN" (Fallos: 332: 111, del 24/02/2009), la Corte Suprema ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo

valer toda vez que sea desconocido, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

En cuanto al derecho de defensa que prevé el texto constitucional, Balbín sostiene que es sustancialmente similar con el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva que establecen los tratados internacionales incorporados a la Constitución desde 1994 (2011, 3).

Respecto de sus alcances, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse en un caso en el que se cuestionaba que un pliego establecía, como condición para presentarse a un concurso público para la adjudicación de estaciones de radiodifusión, que los concursantes debían desistir expresamente y de manera incondicional "de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieran interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitido por el COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones". Allí, el Máximo Tribunal afirmó que el acto estatal "[restringía] en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la CNC vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía mencionada en el considerando anterior [derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva]" ("Astorga Bracht, Sergio y otro c/ Comité Federal de Radiodifusión", Fallos: 327:4185, del 6/04/2005).

En particular referencia al sistema cautelar, la efectividad de la tutela judicial se encuentra muchas veces condicionada por la eficacia de los medios procesales a través de los que se intenta la conservación del derecho o situación jurídica litigiosa durante la sustanciación del proceso. Por ello, es razonable que el tribunal puede impedir que se consumen daños irreparables a las partes o al interés público, con sostén en la garantía del derecho de defensa en juicio.

También se ha dicho reiteradamente que las medidas cautelares tienen como objeto impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso, pierda virtualidad o eficacia práctica durante el tiempo que va desde la iniciación hasta el dictado del pronunciamiento y el cumplimiento de la sen-

tencia definitiva. En síntesis, el derecho cautelar busca garantizar la integridad de la pretensión, y de esa forma asegurar la tutela judicial efectiva, es decir, la efectivización de lo decidido. Afirma Sammartino que el derecho a una protección cautelar útil está ínsito en la garantía fundamental a la tutela judicial efectiva (919). En otras palabras, la ausencia de una cautela adecuada impediría el cumplimiento del pronunciamiento definitivo.

Es posible sostener que la tutela cautelar es una respuesta a una necesidad práctica de la jurisdicción: la de garantizar el cumplimiento *in natura* de la pretensión, esto es que el requirente mantenga o recupere en su integralidad el derecho de que se trate, aunque eventualmente pudiera ser indemnizado. Es por ello que lo que se busca es evitar situaciones que resulten irreversibles en favor o en contra de alguna de las partes. No obstante, comparto la idea de que el hecho de que el daño se refiera a derechos patrimoniales, que siempre pueden ser indemnizados dinerariamente, no impide necesariamente el otorgamiento de la medida cautelar (Mairal, 1984, 818).

En el derecho español, García de Enterría enseña –utilizando un neologismo– que el argumento capital de la *constitucionalización* de la tutela cautelar, es el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española¹⁸ y la doctrina que

18 Art. 24 de la Constitución Española: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

emana del caso “Factortame” del Tribunal de Justicia Europeo^{19 20}.

En el mismo sentido, Bacigalupo considera que un genuino derecho fundamental a la tutela judicial cautelar, se encuentra incardinado en el mencionado artículo en su inciso 1º, destacando la sentencia 14/1992 del Tribunal Constitucional, en la que se afirmó que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” (51).

Precisa Jiménez Plaza que “[c]iertamente, el art. 24.1 de la CE no hace referencia expresa a las medidas cautelares ni a la potestad de suspensión. Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legisla-

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 1995, “La Batalla por las medidas cautelares”, segunda edición ampliada, Civitas, Madrid, pág. 292. Corresponde recordar que en el caso “Factortame” se trataba de una serie de sociedades constituidas o adquiridas en el Reino Unido y administradas por ciudadanos españoles que entablaron un recurso contencioso administrativo (*judicial review*) contra las medidas aplicativas de una ley inglesa (*Merchant Shipping Act* de 1988) que pretendía reservar una cuota nacional de pesca con un aparente carácter anticomunitario. Las firmas actoras solicitaron cautelarmente la suspensión de la nueva ley mientras se sustanciase el recurso. En ese proceso, la Cámara de los Lores mantuvo la exclusión de la medida cautelar, que ya había sido denegada por la *Court of Appeal*, afirmando que en ningún caso los tribunales ingleses podían acordar *interim relief* ni dirigir *injunctions* contra la Corona por razones derivadas de la historia del Derecho inglés. A su vez, formuló una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo, si el derecho comunitario imponía la suspensión de las leyes nacionales en casos como el que se había planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de junio de 1990 dispuso, “El Derecho Comunitario debe ser interpretado en el sentido de que la jurisdicción nacional que, conociendo de un litigio que concierne al Derecho Comunitario, estime que el único obstáculo que se opone a que pueda ordenar medidas cautelares es una regla de su Derecho nacional, debe excluir la aplicación de esta regla”. Fragmento citado en la obra del mismo autor español, cuya lectura recomiendo para profundizar el estudio del tema, pág. 113.

20 Agrega Vallefín, que el neologismo acuñado por el catedrático español no sólo designa el fundamento constitucional que tienen las medidas cautelares sino también “a la tendencia a afirmar que la exclusión o aún la limitación de medidas cautelares es contraria a la garantía de la defensa en juicio. El Congreso no obstante conserva competencia para reglarlas y, conforme la naturaleza de los derechos en juego, para limitarlas”. VALLEFÍN, Carlos A., “Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares en los procesos contra la Administración Pública”, en la obra colectiva “La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho”, tomo X, “Tutela judicial y derecho procesal”, pág. 491. Disponible en la web www.biblio.juridicas.unam.mx.

dor de todo límite par disponer o no de medidas de aquél género o para ordenarlas sin condicionamiento constitucional alguno. La tutela ha de ser por imperativo constitucional ‘efectiva’, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de potestades atribuidas por la ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda” (2005, 74).

A la misma conclusión —por cierto, pacífica en la actualidad en la doctrina y jurisprudencia española— arriba Hernández Corchete, quien agrega que el art. 24 inc. 1° de la Constitución Española contiene un cierto mandato al legislador, que impone que toda la regulación de la tutela cautelar esté informada por la idea del aseguramiento de la efectividad de lo que se acabe resolviendo, y no por un parámetro que no esté conectado a ese concepto, como es la ponderación de intereses en conflicto (2007, 182).

Mención aparte merece la tutela cautelar en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción se encuentra sometido nuestro país. No es objeto de este trabajo profundizar sobre aquel, pero mínimamente corresponde distinguir tres clases de medidas. Las primeras, llamadas de urgencia, son aquéllas dispuestas por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando esta no se encuentra en sesiones. Las segundas, conocidas como medidas provisionales, son las que ordena la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sesiones ordinarias o extraordinarias. Las terceras, son las que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitan a los Estados involucrados.

Tanto las medidas cautelares que dicta la Comisión²¹ como las

21 En el informe anual del 2011, la Comisión IDH informó que: “En los últimos 30 años, las medidas cautelares han sido invocadas para proteger a miles de personas o grupos de personas que se encuentran en riesgo, en razón de su trabajo o afiliación. Entre estos grupos se encuentran, entre otros, defensores de derechos humanos, periodistas y sindicalistas, grupos vulnerables, tales como mujeres, niños, comunidades afrodescendientes, pueblos indígenas, personas desplazadas, comunidades LGTBI y personas privadas de libertad. Adicionalmente, han protegido a testigos, operadores de justicia, personas en vías de ser deportadas a un país donde podrían enfrentar torturas o ser sujeto a tratos crueles e inhumanos y personas condenadas a la pena de muerte, entre otros. Asimismo, la CIDH ha dictado medidas cautelares a fin de proteger el derecho a la salud y la familia; y situaciones relacionadas al medio ambiente que puedan derivar en daños a la vida o la salud de las personas, o a la forma de vida de pueblos indígenas en su territorio ancestral, entre otras situaciones”. Comisión IDH, Informe Anual 2011, Capítulo III, párrafo 10. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>.

provisionales que dispone la Corte comparten el objetivo de proteger a las personas de daños irreparables frente a situaciones de gravedad y urgencia (caso Pueblo Indígena de Sarayaku respecto de la República de Ecuador, del 6/07/2004; caso Gómez Paquiyauri, del 7/05/2004; caso Bámaca Velásquez, del 20/11/2003; caso de Marta Colomina y Liliana Velásquez, del 8/09/2003).

Es importante resaltar que muchas de las medidas cautelares dispuestas por la Comisión tienen naturaleza colectiva, dado que el riesgo para el ejercicio de derechos proviene de la pertenencia a un grupo (personas privadas de libertad, personas de un mismo grupo étnico o personas que se dedican a una misma actividad).

V. ESPECIE DEL SISTEMA DE TUTELA URGENTE

Una correcta delimitación del objeto de estudio exige ponderar que la protección cautelar frente a la Administración es una parcela de los mecanismos de tutela urgente en el derecho público federal. La urgencia refiere a una situación de grave y apremiante necesidad, que sólo es posible superar mediante una rápida y pronta respuesta. De ello se sigue que la tutela urgente sugiere una serie de herramientas procesales de protección de derechos —individuales o colectivos— que intentan dar respuesta con inmediatez a las distintas pretensiones, en un marco de conocimiento limitado y condicionado por el principio de celeridad.

Ese abanico de posibilidades comprende principalmente a la acción de amparo —en sus diversas modalidades—, al *habeas corpus*, al *habeas data*, las medidas cautelares, las medidas cautelares autónomas, y las medidas autosatisfactivas. En cuanto a su contenido, puede ser claramente anticipatorio e innovativo, o tener un tinte conservatorio. El desarrollo de todas esas modalidades de tutela judicial urgente excede los alcances del presente trabajo, pero resulta importante señalar que muchas situaciones no encontrarán solución en el texto normativo de la ley 26.854, puesto que tienen otros cauces formales, sea mediante una regulación normativa especial o a través del desarrollo jurisprudencial del fuero especializado.

Es particularmente necesaria la diferenciación propuesta, toda vez que muchas de las críticas que se ensayaron contra la ley de medidas cautelares en los procesos en los que interviene el Estado Nacional parten de cierta confusión entre el sistema cautelar y el fenómeno de los procesos urgentes.

Las medidas cautelares tienen características propias que las distinguen de las otras medidas que integran el sistema de tutela urgente. Dichas notas son las referidas a la instrumentalidad, accesoriedad, provisionalidad y mutabilidad.

La instrumentalidad o accesoriedad importa que las medidas cautelares nacen al servicio de un proceso principal con el objeto de asegurar el resultado práctico del derecho sustantivo reconocido en la sentencia definitiva. En otras palabras, la tutela cautelar depende de la existencia de una pretensión principal.

Ahora bien, la provisionalidad significa que la medida cautelar se mantiene mientras persistan las circunstancias que llevaron a su dictado. Este es el principio consagrado en el artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en virtud del cual la tutela perdura en tanto dure el estado de cosas. Específicamente, el artículo 6 inciso 2° de la ley 26.854 dispone, en referencia a las cautelas ya dictadas, que “[e]n cualquier momento en que las circunstancias que determinaron su dictado cesaren o se modificaren, se podrá requerir su levantamiento”. Se ve plasmada allí la doctrina según la cual el auto que dispone una medida cautelar no tiene fuerza material de cosa juzgada y, no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, puede ser modificado en cualquier tiempo cuando cambian las circunstancias en las que fue dictado (“La Austral Cía. de Seguros S.A. c/ LADE. s/ faltante y/o avería de carga de transporte aéreo”, CSJN, Fallos: 321:3384, del 10/12/1998). De tal suerte, corresponde revisar la denegatoria de una medida cautelar cuando las circunstancias de hecho que acompañan al nuevo pedido resultan novedosas respecto de las ocurridas al momento de su rechazo.

En cuanto a sus límites, es dable precisar que en la causa “Asociación Editores de Diarios de Buenos Aires (AEDBA) y otros c/ Estado Nacional –dto. 746/03 – AFIP- s/ medida cautelar (autónoma)”, del 28/10/2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal que dejó sin efecto una medida cautelar que había sido decretada por el juez de grado —y se encontraba firme—, excedía el ámbito de sus facultades, pues su actuación debía limitarse a examinar si habían variado las circunstancias que habían dado motivo al dictado de la medida y no resolver sobre el acierto o error de una decisión judicial no recurrida tempestivamente.

La mutabilidad de las providencias cautelares fue consagrada en el artículo 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Na-

ción, y de ello se deriva que aquellas no causan estado. Pueden ser ampliadas, mejoradas o sustituidas con el objetivo de que cumplan adecuadamente su función asegurativa o preventiva. El objetivo para el juez, será buscar la medida más eficiente a los efectos de garantizar que el pronunciamiento que eventualmente se dicte, mantenga la posibilidad de ser útil y factible de ser concretado, en resguardo del principio a la tutela judicial efectiva (Incidente N° 1 “Refinadora Neuquina SA c/ EN-M Energía y Minería de la Nación y otro s/ Inc. de Apelación”, CNACAF, Sala III, causa 82.776/2016, del 19/12/2017). En cuanto al punto, el artículo 7 inciso 1° de la ley 26.854 prescribe que “[q]uien hubiere solicitado y obtenido una medida cautelar podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución, justificando que ésta no cumple adecuadamente la finalidad para la que está destinada”.

Sentado ello, importa distinguir sucintamente, pero con claridad, las medidas cautelares de las medidas cautelares autónomas y de las medidas autosatisfactivas.

Cuando se trata de impugnar actos administrativos, la llamada medida cautelar autónoma persigue la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en sede administrativa. Por tal motivo es considerada una variante de la medida suspensiva de actos como así también una modalidad específica de cautela anticipada. Este tipo de tutela urgente, fue contemplada en el Proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998, el cual obtuvo media sanción del Honorable Senado de la Nación en 1999.

Si bien una importante doctrina ha sostenido que su finalidad inmediata no es asegurar la eficacia de la sentencia, sino del acto administrativo que resolverá el recurso o reclamo contra un reglamento o un acto general o particular tendiente al agotamiento de la vía, y pendiente en esa sede, me inclino por afirmar que el sentido final de esta herramienta es asegurar la decisión judicial que ha de adoptarse en el futuro (García Pullés, 65).

Esta medida obedece a las características propias de las causas contencioso-administrativas, que ha permitido a los tribunales federales la admisión de providencias cautelares que impidan la ejecución del acto impugnado mientras se encuentra pendiente la decisión de un recurso administrativo²². En este punto, es dable advertir que

22 La CNACAF sostuvo que el alcance temporal de la medida cautelar

el carácter “accesorio” parece contraponerse con la mentada “autonomía” de este tipo de tutela. Por tales razones, corresponde destacar que esa llamada autonomía no es tal, sino que fue bautizada de ese modo a fin de diferenciarla de las medidas cautelares que acceden a un proceso judicial principal, mientras que la medida cautelar autónoma es accesoria de un

procedimiento administrativo²³ cuando la suspensión del acto fue denegada expresamente o por silencio²⁴, antes del agotamiento de la vía administrativa.

Como consecuencia de ello, no resulta aplicable la exigencia de deducir la acción dentro de los 10 días de trabada la medida, establecida en el artículo 207 del Código ritual, toda vez que la acción no se

autónoma “...se halla limitada y ceñida al curso del propio trámite administrativo, por el tiempo que demore la resolución del recurso deducido en sede administrativa. En tales condiciones, no cabe soslayar que la extinción de la medida cautelar -en definitiva- se encuentra sujeta a la actitud de la Administración y a la celeridad -o a la demora- que tenga lugar, en esa sede, como consecuencia de la oportunidad en la que se resuelva el recurso administrativo, que se halla pendiente de decisión”. Sala III, causa 41.840/2017, “Bahía Energías Renovables SA c/ EN -M Energía y Minería s/ Medida cautelar (autónoma)”, del 27/02/2018.

23 La CNACAF precisó el alcance de este tipo de medidas, al indicar que “[l]as medidas cautelares autónomas tienen como particularidad que su objeto se agota o puede agotarse en la obtención de la suspensión cautelar de los efectos del acto administrativo, en el curso del procedimiento administrativo y sin que éste lleve, necesariamente a un procedimiento judicial. Ello, en tanto la petición cautelar autónoma implica un control judicial de la aplicación del art. 12 de la LPA por parte de la administración, cuando la suspensión del acto fue denegada expresamente o por silencio, antes del agotamiento de la vía administrativa (esta sala, en causa 21.106/10. ‘Sar Suela SRL c/ EN M° Industria RSL 46/10 s/ medida cautelar autónoma’, 09/12/10; también ‘IBM Argentina S.A. inc. med (2-III-10) c/ EN - AFIP Resol 52/09 s/ medida cautelar autónoma’, causa 13.616, 08/06/10)”. Sala IV, causa 27.160/12, “Yusin SA c/ AFIP s/ medida cautelar (autónoma)”, del 13/11/2012.

24 La Sala IV de la CNACAF consideró que “[e]xistiendo el art. 12 de la Ley 19.549 la suspensión requerida en el trámite de un procedimiento o recurso administrativo debería llevar a una valoración judicial amplia y favorable al acogimiento, especialmente cuando ella no ha sido atendida en sede administrativa mediante una decisión expresa, pues el silencio viene a operar, en estas situaciones, como una suerte de presunción de ilegitimidad en contra de la administración (conf. esta Sala in re: ‘IBM Argentina S.A. inc. med. 2-III.10 c/ EN - AFIP Resol 52/09 s/ medida cautelar autónoma’, Causa N° 13.616, del 8/6/10)”, causa 24.933/2011, “CEABI -Distrito Sanitario II- c/ EN - AFIP DGI Resol 18/11- s/ medida cautelar (autónoma)”, del 09/02/2012.

encuentra habilitada hasta que se agote la vía administrativa con la resolución —expresa o tácita— del recurso o del reclamo intentado (“Telecom Personal SA c/ CNC y otro s/ medida cautelar (autónoma)”, CNACAF, Sala V, causa 48.821/2013, del 22/09/2016). Esta es la principal diferencia con cualquier otra medida cautelar anticipada que pudiera solicitarse en forma previa de una pretensión principal.

Sobre tales bases, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que corresponde aplicar con mayor intensidad el criterio restrictivo que debe presidir, en general, el otorgamiento de las medidas cautelares que implican alterar el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado si la cautela ha sido deducida en forma autónoma en el trámite de un recurso administrativo, pues, en ese caso, aquélla no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento (“Pesquera Leal S.A. c/ Estado Nacional - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca s/ medida cautelar”, Fallos: 323:3075, del 19/10/2000). En esas condiciones, sostuvo el máximo tribunal, la concesión de la medida cautelar constituye una decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate.

Comparto el criterio que sostiene que este tipo de medidas encuentran sustento normativo en los artículos 5, 8 y 13 inciso 2) de la ley 26.854 (Vallefin, 2013, 150; Pozo Gowland y Zubiaurre, 2013).

En cuanto a la medida llamada “autosatisfactiva”, surgió como una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* “Camacho Acosta, M c/ Grafi Graf SRL” (Fallos: 320:1634, del 07/08/1997)²⁵, y la misma ha sido admitida por parte de la doctrina como un proceso urgente —no cautelar—, despachable *in extremis*, que carece de regulación específica y que implica un anticipo de jurisdicción al dispensar una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la *litis*, cuando por la singularidad del objeto litigioso se impone un pronunciamiento inmediato, en razón de la inevitable frustración

25 En esa causa, en el marco de un proceso de daños provenientes de un accidente laboral, se ordenó que la demandada pague el importe de una prótesis para reemplazar el brazo perdido por el trabajador. En contra de considerar ese precedente como una medida autosatisfactiva, ver BARRAZA, Javier I., 2011, “Las medidas de urgencia o las llamadas medidas autosatisfactivas”, en CASSAGNE, Juan Carlos (Director), “Tratado general de derecho procesal administrativo”, segunda edición, Buenos Aires, La Ley, tomo II, pág. 471 y ss.

del derecho que habría de venir, si no se concede la tutela requerida (“Rivas Alberto Santiago –Inc Med c/ EN - M° Economía – Resol 125/08 y 141/08 a/amparo ley 16.986”, CNACAF, Sala III, causa 10.666/08, del 19/05/08). Se agotan con su despacho favorable y no pueden ser consideradas medidas cautelares, en tanto no son accesorias de proceso principal alguno.

Sammartino afirma —en postura que comparto— que aquella debe ser asumida como un proceso constitucional urgente subsidiario del amparo constitucionalizado en el art. 43 de la Constitución Nacional (917). En este tipo de tutela los efectos materiales de la decisión son definitivos, por ello no reviste los caracteres de instrumentalidad ni provisionalidad, ya que no es necesario iniciar una posterior acción. Por el contrario, la medida autosatisfactiva se caracteriza por agotar de modo definitivo el objeto de la pretensión. Constituye una tutela urgente, inmediata y sustantiva (Sammartino, 975). Sus efectos devienen irreversibles (“Molloza, Zulma y otros c/ EN – M Agroindustria de la Nación s/ amparo ley 16.986”, CNACAF, Sala IV, causa 47.177/2018, del 12/11/2018), puesto que el pronunciamiento versa sobre el mérito de lo pretendido por el accionante. Es por ello que en este tipo de medidas se exige una alta probabilidad para que sean atendibles las pretensiones del accionante, mientras que en las medidas cautelares se exige tan sólo la apariencia o verosimilitud (Barraza, 469). Esta tutela presupone la existencia de una situación impostergable, que presente tal gravedad que amenace, sobre bases ciertas, la subsistencia del derecho, cuya existencia, en efecto, no sea objeto de debate ni duda.

La pretensión autosatisfactiva no se encuentra vinculada a ningún procedimiento administrativo pendiente o a un proceso judicial iniciado o a iniciarse. Este tipo de medidas deben ser concedidas con carácter excepcional y en situaciones extremas de riesgo —e involucran, por regla, derechos fundamentales en casos de grupos vulnerables²⁶—, en tanto implican el dictado de una decisión definitiva sin

26 En relación al derecho a la nacionalidad de un niño, ver el dictamen del 09/12/2015 de la Procuración General de la Nación en la causa “N.L. (en representación de N. K. M. E.) s/ medida autosatisfactiva”, FRO 2365/2014/1/RH1. En esas actuaciones, la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia de primera instancia que había desestimado la medida autosatisfactiva iniciada por un padre, en representación de su hijo M. E. N. K., a fin de obtener la nacionalización argentina por opción del niño al alegar que este último se encontraba indocumentado y en una situación de apátrida.

intervención de la contraria, en desmedro del derecho constitucional de defensa en juicio y del principio de igualdad de las partes (“Federación de Asociaciones de Empleadas c/ EN – ERAS y otro s/ medida cautelar”, CNACAF, Sala IV, causa 336/2018, del 14/08/2018). Por ello, las medidas autosatisfactivas fueron admitidas por nuestros magistrados en excepcionales situaciones, principalmente en cuestiones en las que se encontraría vulnerado el derecho a la salud²⁷.

Ello se traduce en la prescindencia del derecho de los destinatarios de la medida peticionada a ser oídos, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión fundada tras la sustanciación, con la debida contradicción, por lo que hace necesaria una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión²⁸, y sólo deben ser concedidas

El Procurador Fiscal ante la Corte Suprema, Víctor Abramovich, afirmó que el tribunal de grado “soslayó la relevancia del derecho en juego -el derecho a la nacionalidad de un niño-, que debe guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento de los puntos de derecho sustancial, sino también en relación con el alcance de la protección judicial”. A su vez, destacó que “la Cámara sujetó la procedencia de la medida cautelar a la comprobación de una condición no exigida por la ley, como es la acreditación de la apatridia”. Finalmente, opinó que “cabe dejar sin efecto la sentencia apelada en virtud de la doctrina de la arbitrariedad habida cuenta de que el a quo, al rechazar la medida cautelar autosatisfactiva, actuó con excesivo rigor formal, sin considerar la adecuada protección judicial del derecho del niño a la nacionalidad”.

27 CSJN, Fallos: 335:197, caso “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, del 13/03/2012; P. 24. XLVI. P. 37. XLVI Recursos de Hecho “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C”, del 06/12/2011. En este caso la Corte Suprema declaró admisibles los recursos extraordinarios interpuestos por los representantes de una joven que quedó en estado vegetativo como consecuencia de un accidente de tránsito y dejó sin efecto la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había revocado la sentencia de primera instancia que, en el marco de una medida cautelar, admitió la entrega de una suma de dinero para la compra de elementos ortopédicos y para atender los gastos médicos requeridos. A su vez, ratificó la doctrina del precedente “Camacho Acosta” en cuanto a la mayor prudencia que los jueces deben tener en la apreciación de los recaudos que hacen a la procedencia de las medidas anticipatorias.

28 En un caso en el que la AFIP solicitó el dictado de una medida asegurativa contra las empresas de un conjunto económico con el objeto de que se evite su desmembramiento, hasta que una de sus integrantes cancele la deuda que mantenía con el Fisco Nacional -en concepto de Impuesto sobre la Transferencia de Combustibles-, la CNCAF ponderó que “...el pedido precautorio de la parte actora -cuya admisión fue dictada inaudita parte- es independiente de un juicio posterior, de modo tal que las firmas aquí apelantes no tuvieron posibilidad de ejercer su defensa la que, según principios asentados

en casos excepcionales (“De León Alejandra Beatriz y otros c/ EN-M Defensa – EMGA y otro s/ medida cautelar autónoma”, CNACAF, Sala II, causa 10.106/2015, del 16/07/2015).

VI. CONCLUSIONES

A modo de síntesis, es posible sostener que el proceso contencioso administrativo, dada su autonomía necesitaba una regulación legal específica, de forma tal que la ley 26.854 llenó ese vacío normativo dando previsibilidad en materia cautelar a los litigantes, lo cual es fundamental para la tutela judicial efectiva. La norma dota de reglas claras y específicas a la materia cautelar, con el objetivo de dar certidumbre a los justiciables, regulando el proceso precautorio frente a las autoridades públicas, para así reemplazar la aplicación analógica de un código destinado a regir relaciones entre particulares.

De ese modo, la ley comentada otorga previsibilidad tanto a los particulares como al Estado, de manera tal que pueden diseñar sus estrategias para la defensa de sus derechos. Esto es fundamental para el ejercicio de tal derecho y para el cumplimiento de la garantía de tutela judicial efectiva: conocer con la mayor claridad posible cuáles son las normas de actuación en el proceso cautelar y que no se encuentren sometidas a la discrecionalidad pretoriana, lo que supone situaciones injustas mediante un tratamiento desigual en igualdad de condiciones.

Desde otro punto de vista, es posible señalar que la ley 26.854 logró trascender un primer desafío de orden político. Como mencioné al comienzo del presente trabajo, distintos casos con trascendencia pública llevaron al Poder Ejecutivo a plantear el debate parlamentario. En esa oportunidad, el proyecto enviado —y luego convertido en ley— recibió distintos cuestionamientos de estamentos académicos, políticos y de la sociedad civil. No obstante, desde que la norma fue sancionada se produjeron dos cambios democráticos de gobierno de distinta extracción política, pero el sistema cautelar en el que es parte el Estado Nacional no fue modificado por el Congreso. Observo

en la doctrina de la Corte Suprema, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, motivo por el cual cabe concluir que la decisión así adoptada constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio (Fallos 320:1789 y 330:5251)”, Sala V, causa 8.471/2016, “Inc. de medida cautelar ‘AFIP c/ OIL Combustibles SA y otros s/ medida cautelar (autónoma)”, del 24/08/2017.

que ello es un dato relevante, en especial si se considera que durante los años posteriores a la sanción del régimen cautelar estudiado se realizaron modificaciones legislativas sustanciales en el ámbito del derecho público.

Con este análisis se evidencia la valoración que el poder político tiene de las relaciones de derecho público en un momento histórico determinado, más allá de sus distintas expresiones ideológicas, que se traduce en la necesidad de regular las pretensiones cautelares en el proceso contencioso como escenario de discusión y cuestionamiento de los actos estatales y, consiguientemente, de las políticas públicas en ellos instrumentados.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Estampas Procesales de la literatura española”, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961.
- ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 1962.
- BACIGALUPO, Mariano, “La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo”, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BALBÍN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- BARRAZA, Javier I., “Las medidas de urgencia o las llamadas medidas autosatisfactivas”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), “Tratado general de derecho procesal administrativo”, segunda edición, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Ara Editores, Buenos Aires, 2016.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “La Justicia Administrativa en Iberoamérica”, Revista de Derecho Administrativo, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.
- COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- COMADIRA, Julio R., “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada”, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- CUESTA, Rodrigo, “La nueva ley de medidas cautelares en los casos en los que el Estado Nacional es parte. Protección del interés público y derechos fundamentales”, Infojus, 2014.
- FIORINI, Bartolomé A., “La crisis del contencioso administrativo” en “Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales 1936-2010”, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, “Las medidas cautelares contra la Administración Pública”, Ábaco, Buenos Aires, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Hacia una nueva justicia administrativa”, segunda edición ampliada, Civitas, Madrid, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Batalla por las medidas cautelares”, segunda edición ampliada, Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., “Medidas cautelares autónomas en el contencioso administrativo”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, quinta edición, La Ley, Buenos Aires, 2018.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001.
- GUGLIELMINO, Osvaldo, “El defecto de las medidas cautelares contra la Administración”, La Ley, mayo de 2014.

- GUGLIELMINO, Osvaldo, “La debilidad de la Administración”, en “Nuevo Estado, nuevo derecho. Aportes para repensar el derecho público argentino”, Infojus, Buenos Aires, 2015.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, “Medidas cautelares en lo contencioso administrativo y Constitución Española”, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), “Cuestiones del contencioso administrativo”, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.
- HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, El Derecho, 124-679.
- JIMÉNEZ PLAZA, Carmen, “El *fumus boni iuris*: Un análisis jurisprudencial”, Iustel, Madrid, 2005.
- LYNN, Virginia, “Medidas Cautelares contra el Estado”, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- MAIRAL, Héctor A., “Control Judicial de la Administración Pública”, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- MERTEHIKIAN, Eduardo, “Procedimiento administrativo y reclamos por responsabilidad del estado en el derecho federal argentino. Una mirada renovada bajo los alcances de la tutela administrativa efectiva”, Revista de la Administración Pública, 2012.
- OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”, La Ley, 2013.
- PALACIO, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, segunda edición actualizada por Camps, Carlos Enrique, Abeledo Perrot, 2011.
- PALACIO, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1968.
- POZO GOWLAND, Héctor M. y ZUBIAURRE, Ramón, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.85”, La Ley, 2013.
- POZO GOWLAND, Héctor M., “El derecho universal a la tutela judicial efectiva. La independencia de los jueces como presupuesto esencial”, Thomson Reuters, 2015.
- SAMMARTINO, Patricio M. E., “Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- VALLEFÍN, Carlos A., “Medidas cautelares frente al Estado”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.
- VALLEFÍN, Carlos A., “Importancia y jerarquía constitucional de las medidas cautelares en los procesos contra la Administración Pública”, en “La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho”, tomo X, “Tutela judicial y derecho procesal”. Disponible en la web www.biblio.juridicas.unam.mx.

ARGENTINA: DEL “MEJOR ALUMNO” EN LA DÉCADA DE LOS '90, AL PAÍS MÁS DEMANDADO DESDE EL COLAPSO DE LA CONVERTIBILIDAD

ADRIANA CUSMANO¹
UBA-Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 338-362. Recibido 1/9/22 - Aceptado 8/9/22

Resumen: Luego de la crisis de la deuda y las hiperinflaciones, Argentina llevó adelante la Reforma del Estado y estableció un régimen de Convertibilidad que duraría más de diez años. Bajo los principios del Consenso de Washington, Argentina promovió las inversiones extranjeras y fue el país de la Región que más Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscribió. Contrariamente a las predicciones de la teoría económica tradicional y a las recomendaciones de los organismos internacionales de crédito, la estabilidad y el crecimiento alcanzado en los primeros años de los noventa, no condujeron a crear empleo ni a reducir la pobreza. Pese a adoptar todas las medidas recomendadas para administrar la profunda recesión iniciada a partir de una sucesión de shocks externos, el colapso de la Convertibilidad fue inevitable. En el medio de una de las peores crisis de la historia económica mundial, y en plena Emergencia Pública, Argentina recibió un aluvión de demandas de inversores extranjeros por supuestas violaciones a los TBI. Argentina pasó de ser el mejor alumno, al país más demandado del

¹ Economista de la ECAE – PTN. Lic. en Economía (UBA). Docente Universitaria (UBA y UB). Me desempeñé en la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales (DNAyCI-PTN) entre octubre 2011 y julio 2022.

(*) Mi agradecimiento por los valiosos comentarios previos, al Mg. Nicolás Grosse, quien desempeñó en el equipo económico de la DNAyCI entre julio 2005 y noviembre 2020.



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

mundo, convirtiéndose en un *leading case* que contribuyó a crear un “nuevo” derecho internacional de inversiones.

Palabras clave: Washington - Inversión -TBIs -CIADI –

Abstract: Following the debt crisis and the hyperinflations, Argentina implemented a State reform and adopted a convertibility regime that would last for more than ten years. Under the principles of the Washington Consensus, Argentina promoted foreign investments and was the country in the region that signed the largest number of Bilateral Investment Treaties (BITs). Contrary to the predictions of traditional economic theory and the recommendations of international financial organisations, the stability and growth attained in the early 1990s did not create employment or reduce poverty. Although Argentina adopted all the measures recommended to administer the profound recession triggered by a series of external shocks, the collapse of convertibility was inevitable. Amidst one of the worst crises of the world’s economic history, and while the country was going through a state of public emergency, Argentina received a deluge of claims from foreign investors due to alleged BIT violations. From being the “best student,” Argentina went on to become the most heavily litigated country in the world, and thus became a leading case that contributed to the creation of a “new” international investment law.

Key words: Washington - Investment -BITs -ICSID -

I. EL FUERTE ENDEUDAMIENTO Y LAS HIPERINFLACIONES FUERON LA ANTESALA DE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA CONVERTIBILIDAD

Se han cumplido cuarenta años desde la declaración mexicana de la suspensión de los pagos de la deuda externa, hecho que inició la denominada “década perdida” con relación al desarrollo de América Latina (CEPAL, 2014, p. 9)². La suba de la tasa de interés de la Re-

² Expresión acuñada por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) en el año 1986 para referirse a la crisis que sufrieron los países latinoamericanos en la década de los 80. Fue introducida por Norberto González, Secretario Ejecutivo de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) para denominar a la pérdida en términos de desarrollo a la primera mitad del decenio de 1980.

serva Federal de los Estados Unidos, como parte de una política monetaria restrictiva a cargo de Paul Volcker, para controlar la inflación interna³, precipitó la crisis de la deuda latinoamericana.

La extensión de la crisis en la región de América Latina amenazaba la solvencia de bancos internacionales, en especial de los Estados Unidos, que eran los principales acreedores de los países con crisis de deuda (CEPAL, 2014, p.9). Con sede en Washington, tres instituciones financieras: el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y el Tesoro de los Estados Unidos promovieron un catálogo de medidas — denominado el “Consenso de Washington”⁴— basadas en los principios de capitalismo de libre mercado, orientación hacia el exterior y prudencia macroeconómica que debía adoptar América Latina para volver a crecer.

Gráfico N° 1



Fuente: elaboración propia

3 Ver Bertolino, J. *El fantasma de Paul Volcker en la política de tasa de interés de la FED*. La política monetaria actual que sigue la Reserva Federal de los Estados Unidos para reducir la inflación “implicaría emular la política de dureza monetaria que puso en práctica Paul Volcker entre 1979 y 1987”.

4 Término introducido en 1989 por el economista inglés John Williamson para referirse a un conjunto de diez recomendaciones de política económica para países en vías de desarrollo con crisis económicas.

Con base en las diez medidas económicas formuladas por el economista inglés John Williamson (*Latin American Adjustment: how much has happened?*, 1990), ese triunvirato recomendaba: disciplina fiscal, reducción y reorientación de los subsidios, liberalización de las importaciones, privatización de las empresas estatales, desregulación de la economía, liberalización de las tasas de interés determinadas por el mercado, protección a los derechos de propiedad y promoción de la inversión extranjera directa.

En ese escenario, los gobiernos de los países latinoamericanos, incluido el de Argentina, siguieron un conjunto de instrumentos de política en coincidencia con el “Consenso de Washington” (Brenta, 2002, p.43).

En el caso de Argentina, a la crisis de la deuda externa (donde a fines de 1975 era de US\$ 7.875 millones y a fines de 1983 superaba los US\$ 45.000 millones —BCRA, 1983, p. 3—) se sumaron dos hiperinflaciones⁵, en 1989 durante el gobierno de Raúl Ricardo Alfonsín, y en 1990 en el gobierno de Carlos Saúl Menem.

Al respecto, Brenta (2002) sostiene que la hiperinflación preparó el escenario para las reformas estructurales que se sucedieron. Así lo explica:

La hiperinflación es la mejor antesala para la introducción de reformas estructurales profundas, ya que destruye la moneda doméstica y el sistema de precios relativos, elevando la incertidumbre sobre la toma de decisiones a grados tales que la economía entera se paraliza y los agentes comprenden que es necesario establecer nuevas reglas de juego; aceptando asumir ciertos costos, como la pérdida de financiamiento inflacionario por rezagos en los pagos o por desfasajes temporales en los ajustes de precios, antes que arriesgarse a perder todo en una economía que se desbarranca (p. 49).

En agosto de 1989, se sancionó la Ley N° 23.696 (Reforma del Estado) que declaró “en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos y la situación económica financiera de la admi-

5 Según Cagan (1957), citado por Brenta (2002), se define como hiperinflación a las variaciones de precios superiores al 50% mensual.

nistración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas y empresas del Estado, entre otras” (Ley N° 23.696, Artículo 1°). Se establecía que el Poder Ejecutivo Nacional procedería a la privatización o concesión total o parcial de las empresas, sociedades y establecimientos cuya propiedad pertenecía al Estado Nacional (Ley N° 23.696, Capítulo II).

Con el objetivo de reducir el déficit fiscal y el rol del Estado en la economía, a partir del procedimiento establecido por Ley N° 23.696, se privatizaron o de energía, telecomunicaciones, transporte y construcción. Entre ellas, se encontraban Aerolíneas Argentinas, la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (ENTel), Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), Ferrocarriles Argentinos, y las empresas que se ocupaban de la distribución y comercialización de los servicios de gas, electricidad y aguas (Anexos I y II).

El 1 de abril de 1991, entró en vigor la Ley N° 23.928 (Régimen de Convertibilidad) que dispuso la convertibilidad del austral (moneda de curso legal en ese entonces) con el dólar estadounidense, la equivalencia de las reservas de libre disponibilidad del Banco Central de la República Argentina (BCRA) a la base monetaria (Ley N° 23.928, Artículo 4); y la derogación de las normas que autorizaban la indexación de precios y actualizaciones monetarias (Ley N° 23.928, Artículo 10).

En octubre de 1991, el Decreto N° 2128 dispuso el cambio de la denominación y valor de billetes de curso legal a partir del 1 de enero de 1992, con la creación del peso (\$). Se estableció la paridad de \$ 1 = A 10.000 (Ley N° 23.928, Artículo 2°) y que el peso fuera convertible con el dólar de los Estados Unidos de América, a una relación de \$ 1 = 1 US\$ (Ley N° 23.928, Artículo 3°).

Así entraba en vigor el Régimen de Convertibilidad, que se extendería por más de 10 años, hasta su colapso en diciembre de 2001.

II. PROMOCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS MEDIANTE LA FIRMA DE TRATADOS SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.

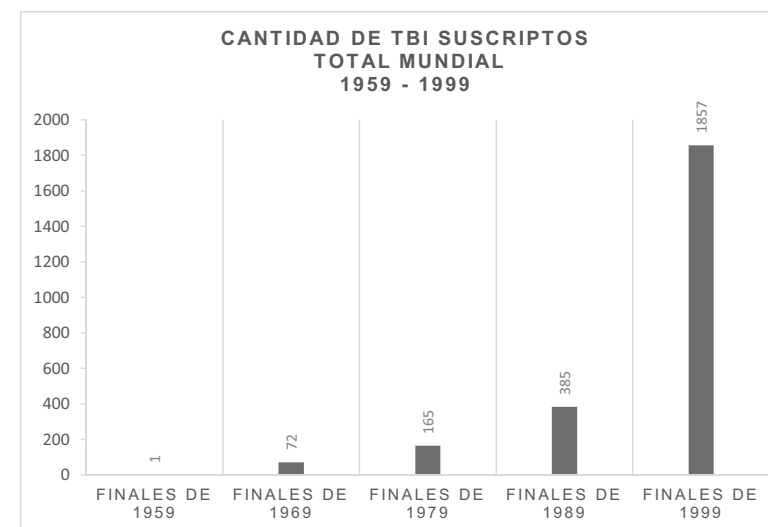
Entre las políticas que se llevaron adelante durante los años noventa, se encuentra la promoción de las inversiones extranjeras mediante la firma de acuerdos internacionales que promovían la cooperación entre países para la protección de inversiones⁶.

Así, entre los instrumentos de promoción de inversiones extranjeras, se destacan los Tratados sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs), dado que constituyen la fuente más importante del derecho internacional de las inversiones extranjeras (Bottini, 2015, p. 943).

Al observar los inicios de los TBI, el primero se adoptó en 1959, y desde entonces, el número de Tratados fue creciendo, especialmente durante los noventa. Así lo describía la UNCTAD (2000) “*the most dramatic increase took place during the 1990s, when their number quintupled*” (p.1), tal como lo muestra el Gráfico N° 2.

Primeramente, los TBIs eran firmados entre países desarrolla-

Gráfico N° 2



6 Caputo (2021) señala que las políticas económicas de los noventa profundizaron el camino de la desregulación de la economía —instaurado por las juntas militares— con la creencia de atraer nuevas inversiones extranjeras (p. 329).

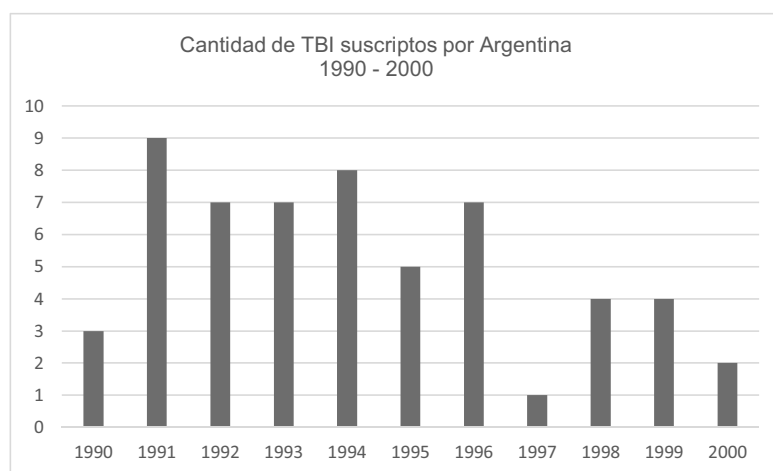
dos (exportadores de capital), que buscaban asegurar estándares de protección y garantías a sus inversiones y países en desarrollo (importadores de capital)⁷, que perseguían generar un clima favorable de negocios para atraer capitales extranjeros. Durante los noventa, aumentó significativamente el número de países que adoptaron estos Tratados como instrumentos de promoción de inversiones, comenzaron a firmarse acuerdos entre países en desarrollo y economías en transición, al tiempo que aumentó significativamente el número de países firmantes (UNCTAD, 2000, pp. 2-4).

En el *ranking* de los treinta países del mundo con más TBIs firmados a enero del año 2000, Argentina ocupaba el puesto dieciséis, y el primer puesto de los países de América Latina (UNCTAD, 2000, p. 18).

Con un promedio de casi seis Tratados por año, el Gráfico N° 3 muestra la cantidad de TBIs firmados por Argentina por año durante el período analizado:

En el transcurso de esos años, el Congreso de la Nación Argentina

Gráfico N° 3



aprobó los acuerdos firmados entre la República Argentina y la República Federal de Alemania (Ley N° 24.098), la República Francesa (Ley N° 24.100), el Reino de España (Ley N° 24.118), la República Italiana (Ley

7 La clasificación de países desarrollados y en desarrollo, se mantiene a fin de respetar la terminología de la bibliografía citada.

N° 24.122), los Estados Unidos de América (Ley N° 24.124), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Ley N° 24.184), el Reino de los Países Bajos (Ley N° 24.352), entre otros Estados⁸.

Estos acuerdos contienen en sus Preámbulos el propósito de promover una mayor cooperación económica con respecto a las inversiones hechas por nacionales y sociedades de una parte en el territorio de la otra, bajo el principio (falso) de que estos acuerdos estimularían el flujo de capital privado y desarrollo económico de las partes⁹.

Los TBIs presentan ciertas características comunes, en lo relativo al ámbito de ampliación material — definición de inversión protegida por el Tratado— y personal —definición de inversor a los efectos del Tratado, los estándares de protección y ciertas disposiciones jurisdiccionales (Bottini, 2015, pp. 944-946).

Los estándares de protección —disposiciones que establecen derechos o beneficios a favor de los inversores y las inversiones protegidas— se refieren a cláusulas sobre nacionalización / expropiación; estándar de trato justo y equitativo; principio del trato nacional; principio de plena protección y seguridad; prohibición de medidas arbitrarias, discriminatorias o injustificadas; cláusula de la nación más favorecida; la denominada cláusula “paraguas”; cláusulas sobre estados de emergencia y sobre medidas no prohibidas (Bottini, 2015, pp. 946-949).

Las disposiciones de los Tratados refieren al ámbito de aplicación y a la definición de inversión y de inversor “protegidos”. En los términos de aplicación de los Tratados, las partes se comprometen al otorgamiento de un tratamiento a las inversiones extranjeras no menos favorable que el trato de las nacionales y a un trato justo y equitativo.

En cuanto a las expropiaciones o nacionalizaciones, solo se admiten por razones de utilidad pública y con la obligación de otorgar una compensación por el valor de la inversión. La amplitud de esta

8 Para consultar los acuerdos firmados por Argentina, ver Biblioteca Digital de Tratados de la Cancillería Argentina: <https://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php>

9 Ver por ejemplo, el preámbulo del TBI Argentina - Estados Unidos (aprobado por la Ley N° 24.124).

definición ha dado lugar a extensas controversias entre las partes, con relación a la prueba de la existencia y la determinación de los supuestos daños alegados¹⁰.

Los Tratados disponen que, en caso de surgir una controversia entre las partes que no fuera resuelta de forma amigable, se podrá someter dicha controversia para su solución ante al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI)¹¹, las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o cualquier mecanismo que se acordara en el acuerdo¹².

De los mecanismos de resolución de controversias, el CIADI es el más relevante, en cuanto administra más del 70% de los casos existentes (Ciar Global, 2021). Se trata de una institución que forma parte del grupo del Banco Mundial con sede en Washington. Argentina ha adherido al Convenio CIADI el 21 de mayo de 1991, el cual entró en vigor el 18 de noviembre de 1994 (CIADI, 2004, p.8).

En lo que respecta a la duración de los Tratados suscriptos, se establece que cada parte podrá denunciarlo a fin de darlo por terminado. No obstante, en caso de darse por terminado, esas disposiciones seguirán vigentes por diez años¹³.

III. ARGENTINA ALCANZÓ UN RÉCORD DE TBIS FIRMADOS, PERO LOS FLUJOS DE INVERSIONES EXTRANJERAS CRECIERON HASTA QUE EL PAÍS ENTRÓ EN RECESIÓN.

En el contexto internacional preponderante y las políticas económicas aplicadas durante los noventa, se produjo una “oleada” de inversiones extranjeras (IED) hacia países de la región de América Latina. Las inversiones extranjeras recibidas por Ar-

10 Este tema trasciende el alcance de este artículo. Será abordado en el próximo número.

11 El Convenio CIADI entró en vigor en el año 1965.

12 Ver por ejemplo, TBI Argentina - Estados Unidos, Artículo VII.

13 TBI Argentina - Estados Unidos, Artículo XIV.

gentina se concentraron fuertemente en la compra de empresas públicas prestadoras de servicios o de actividades extractivas (CEPAL, 2007, pp. 7-9). Es decir, estuvieron mayormente asociadas al proceso de privatizaciones que se inició con la Reforma del Estado (1989).

El financiamiento externo de la economía argentina bajo la forma de IED fue significativo¹⁴. Entre 1992 y 1998, la IED representó más del 2% del Producto Bruto Interno (PIB) (CEPAL, 2007, p. 9). Los flujos de IED alcanzaron un pico en el año 1999 y luego descendieron conforme la tendencia que se verificó a nivel mundial. En el año 1999 tiene lugar la operación más significativa con la transferencia accionaria de YPF a la española Repsol, luego de la cual la IED cayó en cantidad y monto de las operaciones (CEPAL, 2007, p.10).

Estas transformaciones en la estructura empresaria quedaron de manifiesto en las Encuestas Nacionales a 500 Grandes Empresas¹⁵, realizadas por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Los datos esas empresas por origen de capital ponían en evidencia el crecimiento de las empresas con participación extranjera en el capital y la caída de la participación de empresas de capital nacional desde 1993 (INDEC, 2007).

Por otra parte, se observaba que a partir de 1999 las transferencias

14 En este artículo se considera inversión directa a la categoría de la inversión internacional que refleja el objetivo del inversor directo de obtener una participación duradera (de largo plazo) de, al menos 10% del capital, de una empresa residente en otra economía.

15 El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) presenta los principales resultados de la Encuesta Nacional a Grandes Empresas (ENGE), referidos a las 500 empresas privadas no financieras más grandes del país, correspondiente al período 1993-2004.

Tabla N° 1

Cantidad de Empresas según el origen del capital 1993-2001

Origen de capital	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Total	500	500	500	500	500	500	500	500	500
Nacional	281	258	248	234	211	206	189	182	175
Con participación Extranjera	219	242	252	266	289	294	311	318	325

Fuente: Elaboración propia en base al Cuadro 3.2.2.1. Empresas según origen del capital. Años 1993-2004.

accionarias —el componente más importante de estos flujos de IED— disminuyeron significativamente, al comienzo de la recesión y a la posterior crisis en el país (INDEC, 2003, p.5). En cuanto a los aportes de las empresas extranjeras, si bien se mantuvieron estables, cambiaron el destino, dirigiéndose a solventar el patrimonio de las empresas, más que a financiar nuevos proyectos (INDEC, 2003, p.14).

Como muestra la evidencia empírica, pese a la cifra récord de TBIs firmados por la Argentina y a la vigencia de la Convertibilidad, los flujos de IED se redujeron significativamente antes del colapso del régimen del tipo de cambio fijo y de la Emergencia Pública, y con la recesión.

Más allá del caso argentino, el efecto de los TBIs en la IED ha sido abordado por diversas investigaciones institucionales y académicas. Los resultados de los estudios percibieron un limitado papel de los Tratados como determinantes de la inversión extranjera (UNAH, 2021, p.4)¹⁶. Es decir, no se ha verificado el principio que afirmaba “a más TBIs, más inversión”. En cambio, otros factores, como el atractivo económico del país receptor, el tamaño del mercado, la mano de obra y los recursos naturales disponibles, resultaron ser más determinantes de la mayor IED (UNCTAD, 2009, pp.7-9).

IV. ARGENTINA ATRAVESÓ UNA DE LAS PEORES CRI-

16 Los resultados sobre la correlación entre la cantidad de TBI y la IED no han sido uniformes, relación que ha sido diferentes según los países observados y las décadas analizadas. Para mayor detalle ver Sección V. Discusión de resultados.

SIS DE LA HISTORIA ECONÓMICA MUNDIAL

Con la adopción del Régimen de Convertibilidad en abril de 1991, que tenía como eje esencial el establecimiento de un esquema de caja de conversión, se logró controlar la hiperinflación. A inicios de 1991, la inflación que registraba una tasa mensual de 27%, descendió a un dígito en 1993 y se mantuvo estable durante la vigencia de la Convertibilidad. Durante los primeros años, el crecimiento económico, con la excepción de un breve retroceso vinculado a la crisis mexicana, se ubicó en un promedio de casi 6% anual durante el período 1991-1998 (OEI del FMI, 2004, p.6)¹⁷.

Pese al vigoroso aumento del nivel de actividad económica, ese crecimiento no se tradujo en creación de empleo, como predice la teoría económica tradicional. Por el contrario, el desempleo fue creciendo año a año.

Inicialmente fueron los desocupados de las localidades de Cutral Có, Plaza Huincul (provincia del Neuquén) y alrededores, que se volcaron a las calles para manifestarse por los despidos masivos en las empresas de energía que habían sido privatizadas. Posteriormente, esas formas de protesta se extendieron a otros puntos del país y dieron origen al movimiento conocido como “piquete”.

A la par de los crecientes niveles de desempleo y conflictividad social durante el gobierno de Carlos Saúl Menem llevaron a la sanción de la Ley N° 24.013 que creaba programas de protección a los trabajadores desempleados, reconociendo la emergencia ocupacional y la informalidad del empleo. Así surgió, entre otros, el programa Trabajar, implementado por la Resolución N° 576/1995, del 9 de enero de 1996.

A partir de 1997, una sucesión de *shocks* económicos y financieros externos —sobre los cuales Argentina no tenía control— se sucedieron e impactaron en forma irreversible sobre los cimientos de la

17 La OEI es la oficina de evaluación independiente (de la gerencia del FMI y de la junta directiva del organismo) creada en el 2001 para realizar investigaciones y evaluaciones sobre cuestiones de interés encaminadas a cumplir con el mandato del FMI.

economía argentina, al provocar una salida de capitales de los países emergentes, tal como lo analiza un informe de OEI del FMI (2004):

La situación del país se deterioró a partir del segundo semestre de 1998 como consecuencia de shocks externos adversos, entre ellos una reversión de los flujos de capital a los mercados emergentes después de la cesación de pagos declarada por Rusia en agosto de 1998; el debilitamiento de la demanda en los principales socios comerciales, principalmente Brasil; la caída de los precios del petróleo y otros productos básicos; el fortalecimiento general del dólar de Estados Unidos frente al euro, y la devaluación en un 70% del real frente al dólar de Estados Unidos a principios de 1999 (p. 21).

La recesión iniciada en el tercer trimestre de 1998 se agravó a principios de 1999 por la devaluación de la moneda (el real) de Brasil, el principal socio comercial de la Argentina en el Mercado Común del Sur, al acentuar los desequilibrios en el intercambio comercial entre ambos países¹⁸.

Una apreciación del dólar de Estados Unidos — moneda a la cual estaba vinculado el peso— y un marcado aumento de la tasa de los fondos federales de Estados Unidos entre mediados de 1999 y mediados de 2000, acentuaron aún más la pérdida de competitividad externa de la economía argentina (FMI, 2004, p.35).

No obstante, Argentina contaba con un notable apoyo de los organismos financieros internacionales, hasta meses antes del derrumbe de la Convertibilidad, Argentina era presentada como un ejemplo a seguir para el resto de las economías emergentes. Así se referían a la Argentina en la Asamblea Anual del FMI: “Argentina tiene una historia que contarle al mundo: una historia sobre la importancia de la disciplina fiscal, de cambio estructural y política monetaria rigurosamente mantenida” (*La Nación*, 1998)¹⁹.

18 En el año 1998, el valor FOB de las exportaciones a Brasil fueron de US\$ 7.949 millones y las exportaciones totales fueron US\$ 26.434 millones (el 30% del total de las exportaciones, se dirigieron a Brasil).

19 Un informe realizado por la Oficina de Evaluación Independiente del FMI, que posteriormente analizó el rol del FMI en la crisis argentina, difundió que “varios funcionarios entrevistados manifestaron al equipo de valuación que

En este contexto, las autoridades argentinas siguieron las recomendaciones de los organismos internacionales de crédito: se procuró resolver las restricciones fiscales y las dificultades de financiamiento externo con subas de impuestos y reducción del gasto público. Mientras tanto, el desempleo alcanzaba el 18,3% — dos meses antes del estallido de la crisis— (EPH-INDEC, octubre 2001).

Tabla N° 2
Tasa de Desempleo
(% Desocupados / PEA)
1989 – 2001

1989-1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
6,3	6,9	6,9	9,9	10,7	18,4	17,1	16,1	13,2	14,5	17,0	18,3

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la EPH – INDEC.

En el medio de un ciclo recesivo, se implementaron una serie de medidas como el “blindaje financiero”²⁰, el “megacanje”²¹ y los severos ajustes fiscales²², la deuda pública total se incrementó notablemente y Argentina se vio obligada a suspender el pago de las obligaciones externas²³.

En diciembre de 2001, se multiplicaron las protestas populares y los saqueos. Luego de la renuncia del presidente Fernando De La

en el cuarto trimestre de 1998 no se justificaba una evaluación tan optimista de la situación argentina” (OEI FMI, 2004, nota al pie 8).

20 El Directorio del FMI aprobó la operación de préstamo por casi US\$ 40.000 millones. Entre los aportantes estaban el Banco Mundial, el BID y España.

21 El entonces Ministro de Economía, Domingo Felipe Cavallo, anunciaba la operación financiera que reestructuraba la deuda externa mediante el canje de bonos para demorar los plazos de pago a cambio de un importante aumento en los intereses y en el monto adeudado.

22 La entonces Ministra de Trabajo, Patricia Bullrich, anunció que el Poder Ejecutivo había “mandado a liquidar” con el descuento del 13% las jubilaciones y los sueldos de estatales que cobraran más de \$ 500.

23 El presidente provisional Adolfo Rodríguez Saá designado por la Asamblea Legislativa, anunció la suspensión del pago de la deuda externa. La deuda ascendía a US\$ 132.000 millones a diciembre de 2001.

Rúa, se sucedieron cinco presidentes en once días²⁴. En este escenario, el mercado impuso una gran devaluación del peso en relación con las monedas extranjeras y en términos del poder adquisitivo: la paridad peso-dólar se había terminado²⁵.

La prensa local retrataba la magnitud de la gravísima crisis que estalló en diciembre de 2001: “Desempleo récord: más de 3 millones sin trabajo” (*La Nación*, 2002); “La desocupación es la más alta de la historia: 21,5%” (*Clarín*, 2002). En efecto, la pobreza alcanzó a 58% de la población y la indigencia trepó a 27,4% (INDEC; 2002)²⁶.

Carmen M. Reinhart, ex vicepresidenta senior y economista en jefe del Grupo del Banco Mundial²⁷, y Kenneth S. Rogoff, ex economista del FMI y de la Reserva Federal de los Estados Unidos²⁸, en la investigación: “*This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*” (2009)²⁹ sobre ocho siglos de crisis económicas, han calificado a la crisis argentina de 2001 como ejemplo más extremo de las crisis ocurridas en los ocho siglos estudiados:

We deal with five “varieties” of economic crises (external default, domestic default, banking crises, currency crashes, and inflation out-

24 Luego del abandono de la Casa Rosada por parte del ex presidente Fernando De la Rúa, se sucedieron Ramón Puerta (Presidente Provisional del Senado), Adolfo Rodríguez Saá (entonces gobernador de la provincia de San Luis), Eduardo Camaño (entonces presidente de la Cámara de Diputados) y Eduardo Duhalde fue designado presidente provisional hasta mayo de 2003 cuando Néstor Kirchner asumió como jefe de Estado.

25 El mercado ya expresaba la devaluación en la cotización del peso en Uruguay.

26 Se considera pobre a la población cuyos ingresos no le permiten adquirir el valor monetario de una Canasta Básica Total (conjunto de necesidades alimentarias y no alimentarias consideradas esenciales). Se considera indigente a la población cuyos ingresos no cubren el valor monetario de una Canasta Básica Alimentaria (CBA).

27 Banco Mundial, Quienes somos, Personal. <https://www.bancomundial.org/es/about/people/c/carmen-reinhart>

28 Ver Rogoff K., Curriculum Vitae. https://scholar.harvard.edu/files/rogoff/files/cv_rogoff_020822.pdf

29 Esta investigación fue galardonada por varios premios y traducida a más de 20 idiomas.

bursts), and all these variables take on the value of one when there is a crisis and zero otherwise. Thus, in a tranquil year the tally across crises for that particular country would total zero, while in the worst-case scenario (Argentina 2002, for instance) it would sum to five (p.52).

Una publicación de la Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica para América Latina del Banco Mundial, consideró al colapso de la economía argentina como “*in the deepest political and economic crisis in generations*”; “*few countries have experienced such economically catastrophic events*” (Valdovinos Fernández, 2005, p.1).

Sin embargo, en el medio de la peor crisis institucional, social, económica y financiera hasta entonces, luego del colapso de la Convertibilidad, Argentina debió enfrentar, en años posteriores³⁰, un aluvión de demandas millonarias de parte de inversores extranjeros residentes en el país ante tribunales extranjeros por supuestas violaciones a los TBIs.

V. ARGENTINA PASO DE SER EL MEJOR ALUMNO, AL PAÍS MÁS DEMANDADO

Con el colapso de la Convertibilidad en diciembre de 2001, y en el medio de la gravísima crisis, el Estado debió adoptar una serie de medidas para administrar y reencauzar la economía.

El 6 de enero de 2002, el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 25.561 que declaró la Emergencia Pública, en los siguientes términos:

ARTICULO 1°— Declárase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, **la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria**, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente:

1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios.

30 Pese a haber transcurrido más de 20 años desde el colapso de la Convertibilidad, Argentina sigue enfrentando demandas ante tribunales extranjeros por reclamos vinculados a la Emergencia Pública.

2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales.

3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública.

4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2°.

Ante el quiebre de la paridad fija del peso con el dólar estadounidense, se dispuso la renegociación de los contratos, dejando sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras, las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio (Ley N° 25.561, Artículo 8). Como parte del reordenamiento del sistema financiero, se dictó el Decreto N° 214/2002 que estableció la pesificación de los depósitos (a razón de \$1,40 por dólar) y de las obligaciones expresadas en moneda extranjera (a razón de \$1 por dólar) (Decreto N° 214/2002, Artículos 2 y 3).

Aún en plena Emergencia Pública, la Argentina debió enfrentar un aluvión de demandas de inversores extranjeros ante tribunales arbitrales del exterior. Los reclamos sostenían que las medidas de emergencia constituían violaciones a ciertos estándares contenidos en los TBIs firmados entre Argentina y el país al cual pertenecía el inversor-demandante.

Si bien Argentina comenzó su relación con el CIADI a finales de la década de los noventa, tiempo después del colapso de la Convertibilidad, que Argentina debió enfrentar el mayor número de demandas de inversores extranjeros³¹. Estos reclamos contenían pretensiones indemnizatorias por montos en dólares ampliamente superiores a las

31 Por el alcance y extensión del presente, solo se mencionan algunos casos contra la Argentina tramitados bajo las Reglas del Convenio CIADI, donde se han tramitado la mayoría de esos reclamos. Otros casos se han registrado con procedimientos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y jurisdicción extranjera (derivados de la expropiación de YPF y de reclamos de tenedores de deuda por diferencias de pagos en títulos de deuda vinculados a los canjes 2005 y 2010).

inversiones originales³².

De esta manera, la Argentina comenzó una trayectoria continua en el diseño de la estrategia y ejecución de la defensa del Estado por las diferentes medidas adoptadas por el Estado Nacional y los Estados provinciales ante la gran crisis. La representación del Estado ante tribunales extranjeros ha sido llevada a cabo por la (actual) Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales (DNAyCI) de la Procuración del Tesoro de la Nación³³.

Prácticamente, cuando Argentina enfrentó estas primeras demandas no solo Argentina no registraba —prácticamente— antecedentes, sino que los árbitros que integraban los diversos tribunales que se constituyeron para analizar los casos, mostraban un gran desconocimiento sobre la realidad argentina y sobre la práctica del derecho internacional en materia de arbitraje de inversiones. En definitiva, y como reflexionó el Dr. Gabriel Bottini —primer Director de la DNAyCI— Argentina terminó siendo un *leading case* en materia de arbitraje de inversiones:

La razón fundamental es que cuando se iniciaron los primeros casos contra la Argentina relacionados con el colapso de la Convertibilidad (en 2001 y sobre todo a partir de 2002-2003) y cuando comenzaron a adoptarse las primeras decisiones (2003-2005), el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras, en su versión moderna, prácticamente no existía. Por ende, sobre la base de unos tratados de inversiones, que en general eran muy escuetos con disposiciones muy genéricas, los primeros tribunales tuvieron que verdaderamente “crear” un nuevo derecho (Bottini, 2022)³⁴.

32 Esto ha quedado de manifiesto en los montos de las indemnizaciones (capital sin intereses) determinados por los tribunales, sustancialmente menores a los inicialmente pretendidos por los demandantes. El análisis de este tema trasciende el alcance de la presente investigación.

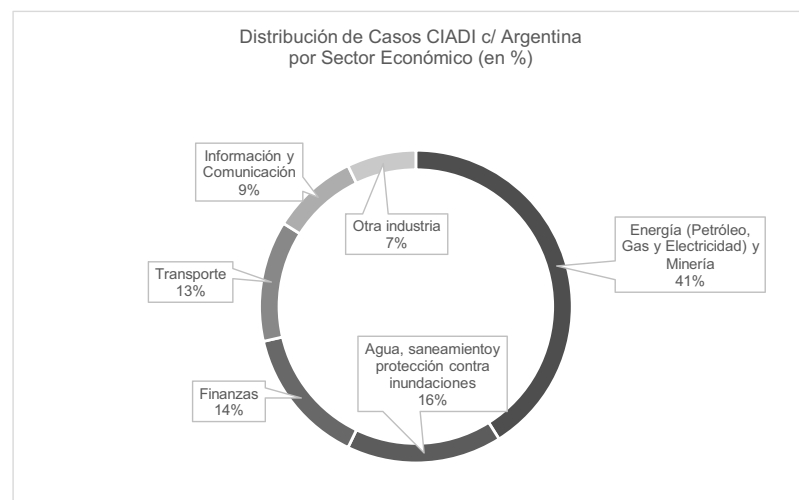
33 Con anterioridad a la creación de la Dirección Nacional (antes Coordinación), estas tareas eran competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores.

34 Cusmano A. (2022). Entrevista al Dr. Gabriel Bottini. *Revista Broquel*. Año 3. Número 27. Setiembre 2022.

En consecuencia, muchas de las decisiones adoptadas por los tribunales CIADI en los casos contra la Argentina que se adoptaron afirmando jurisdicción sobre reclamaciones de accionistas por daños sufridos por la sociedad participada, tenían pocos precedentes o inclusive se apartaron de las reglas de Derecho Internacional aceptadas hasta entonces. Esas posiciones fueron luego seguidas por otros tribunales en arbitraje de inversiones contra otros países (Bottini, 2022).

Las demandas contra la Argentina tramitadas en tribunales arbitrales de inversión (registradas bajo el procedimiento del Convenio CIADI³⁵), tal como muestra el Gráfico N° 4, provinieron de diversos sectores económicos: Energía (Petróleo, Gas y Electricidad) y Minería (41%); Agua, Saneamiento y Protección contra Inundaciones (16%); Finanzas (14%); Transporte (13%); Información y Comunicación (9%); y otras industrias (7%)³⁶.

Gráfico N° 4



Fuente: elaboración propia en base a datos casos CIADI.

35 Para consultar la base de casos completar, ingresar a CIADI base de datos: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>

36 Se utilizó la clasificación de sector económico empleada para el registro de casos en la base CIADI.

Entre las demandas arbitrales contra la Argentina, se pueden mencionar algunos casos de Energía (Petróleo, Gas y Electricidad) y Minería como *LG&E Energy Corp. y otros (CIADI ARB/02/1)*³⁷ y *Total S.A (CIADI ARB/04/1)*³⁸. Algunos de los reclamos del sector de Agua, Saneamiento y Protección contra Inundaciones fueron *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (CIADI ARB/03/17)*³⁹, *Urbaser S.A y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur-Partzuergoa (CIADI ARB/07/26)*⁴⁰. Entre los casos arbitrales relacionados al sector Finanzas, se encuentran *Daimler Financial Services AG (CIADI ARB/05/1)*⁴¹ y *Continental Casualty Com (CIADI ARB/03/9)*⁴². Del sector Transporte, se tramitaron el caso *En transporte CIADI*, fueron los casos *Hochtief AG (CIADI ARB/07/13)*⁴³ e *Impregilo S.p.A (CIADI ARB/08/14)*⁴⁴.

37 En la Decisión sobre Responsabilidad, el tribunal consideró que Argentina no había contribuido a la crisis de 2001 había reconocido la gravedad de la crisis argentina y consideró necesarias las medidas adoptadas en la Emergencia por parte de la Argentina.

38 El tribunal consideró que las medidas incorporadas en el marco regulatorio del gas debían evaluarse en el contexto de la gran emergencia económica por la que atravesaba la Argentina en 2001-2002. No obstante, el tribunal condenó a la Argentina al pago de una indemnización a la demandante. Ver Laudo del caso *Total S.A c./Argentina (Caso CIADI N° ARB/04/1)*, pp. 149-151.

39 En ese caso, a la emergencia nacional, se sumó la emergencia hídrica por las inundaciones sin precedentes que sufrió la provincia de Santa Fe, donde se localizaron las supuestas inversiones. De todas formas, el tribunal condenó a la Argentina.

40 El tribunal consideró que no existió daños de parte de la Argentina porque no fueron probados por la parte demandante.

41 Ante un reclamo de US\$ 447 millones, el laudo resultó favorable para la Argentina.

42 De una pretensión indemnizatoria de US\$ 46 millones, la condena resultó de US\$ 2,8 millones a ser pagada por la Argentina. Se firmó un acuerdo de pago por Resolución MEFP N° 598/2013.

43 De una demanda inicial de US\$ 157 millones, el tribunal determinó una condena contra Argentina de US\$ 13,4 millones. Se trata del primer caso que la parte demandante presenta una solicitud de anulación por desacuerdo con el Laudo.

44 El caso fue terminado por acuerdo de las partes. Involucraba un monto de US\$ 130 millones.

REFLEXIONES FINALES

El fuerte endeudamiento externo y las hiperinflaciones por las que atravesó la economía argentina fueron la antesala de las políticas económicas adoptadas durante los noventa, bajo los principios del “Consenso de Washington”.

La Reforma del Estado (1989) y la Convertibilidad (1991-2001) constituyeron la base jurídica de las políticas económicas adoptadas en la década de los '90, junto con los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) que entraron en vigor en esos años.

Contrariamente a lo que predice la teoría tradicional, el crecimiento económico experimentado, no se tradujo en la creación de empleo ni en la reducción de la pobreza.

No obstante, durante la Convertibilidad, Argentina dejó de crecer y comenzó una etapa de profunda y continúa recesión. Los registros de desempleo, pobreza e indigencia alcanzaron valores elevadísimos, sin precedentes para la historia económica argentina. En ese escenario, y pese a que Argentina siguió *todas* las recomendaciones de los organismos internacionales de crédito, el colapso de la Convertibilidad resultó inevitable en el contexto de la gravísima situación institucional, social, económica y financiera por la que atravesaba el país.

En consecuencia, la Argentina en su conjunto sufrió—como lo reconocieron académicos, expertos, la prensa nacional e internacional y tribunales arbitrales— la peor crisis institucional, social, financiera y económica de su historia, y una de las más graves del mundo en un período de ocho siglos de historia mundial.

En el medio de la gran crisis argentina, el Estado debió administrar la Emergencia institucional, social, económica y financiera, mientras un aluvión de empresas y/o accionistas extranjeros que operaban en diversos sectores económicos del país, se presentaban en tribunales extranjeros a demandar a la Argentina.

En definitiva, a la vista de lo ocurrido, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) que buscaban estimular inversiones extranjeras para aumentar el bienestar y el desarrollo económico (bajo los falsos

principios del Consenso de Washington), no solo no cumplieron con dichas expectativas, sino que resultaron ser la base jurídica invocada para demandar a la Argentina desde el colapso de la Convertibilidad y las medidas de Emergencia Pública.

En consecuencia, la Argentina pasó de ser el “mejor alumno”, al país más demandando.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BBC América Latina (24/12/2001). Argentina suspende el pago de su deuda. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_1725000/1725631.stm
- BCRA, Memoria Anual Cuadragésimo Noveno Ejercicio 1983. Buenos Aires, 1984. <http://bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Memorias/mem1983.pdf>
- BCRA, Memoria 1989 en Memorias Anuales 1989 – 1993. Buenos Aires, 1998. <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Memorias/mem1989.pdf>
- Bertolino, J. (15/01/2022), El fantasma de Paul Volcker en la política de tasa de interés de la FED. *Infobae*. <https://www.infobae.com/opinion/2022/01/15/el-fantasma-de-paul-volcker-en-la-politica-de-tasa-de-interes-de-la-fed/>
- Bezchinsky G., Dinenzon M., Giusani L., Caino O, López B. y Amiel S. (2007) Inversión extranjera directa en la Argentina. La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica. CEPAL, Santiago de Chile, junio de 2007. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36761/1/S20131019_es.pdf
- Bottini G. (2015), Protección de las Inversiones Extranjeras en Lecciones del Derecho Internacional Público, Napolitano González Silvina S. (coordinadora)
- Brenta N. (2002). *La convertibilidad argentina y el Plan Real de Brasil: concepción, implementación y resultados en los años '90*. Revista Ciclos en la Historia, la Economía y la Sociedad. Año XII, Vol. XII, Nro 23, 1er semestre de 2002. Fundación de Investigaciones Históricas Económicas y Sociales. http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/ciclos/ciclos_v12_n23_02.pdf
- Caputo J.P. (2021). Derecho, ideología y Tratados Bilaterales de Inversión: Aportes para la defensa del Estado. ¿Cómo defender al Estado? Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado. Procuración del Tesoro de la Nación. Buenos Aires, 2021.
- CIADI, Informe Anual 2004. Washington DC, E.E.U.U. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2004-annual-report-spanish.pdf>
- Cusmano A. (2022), Entrevista al Dr. Gabriel Bottini. Revista Broquel. Año 3 Número 27. Setiembre 2022. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/revisita-broquel-no27-una-mirada-atravesada-por-los-derechos-humanos>
- Elías J. (6/10/1998). El doble día de Menem en Washington. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/113095-el-doble-dia-de-menem-en-washington>
- González N. (1986). Reactivación y desarrollo: el gran compromiso de América Latina y el Caribe. *Revista de la CEPAL* N° 30, diciembre de 1986. <https://www.un-ilibrary.org/content/journals/16820908/1986/30/1/read>
- INDEC, Grandes Empresas 1993-2004, Año 2007. <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/publicaciones/grandes-empresas-93-04.pdf>
- INDEC, Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, *La inversión extranjera directa en Argentina, 1992-2002*, diciembre de 2003. <https://biblioteca.indec.gov.ar/bases/minde/2mi294.pdf>

- INDEC, Evolución de la tasa de desocupación por aglomerado 1989-2001. <https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/menusuperior/archivo/shempleo4.xls>
- INDEC- EPH, Incidencia de la pobreza y de la indigencia. Total urbano EPH y por región estadística. 31 aglomerados - Octubre 2002. https://biblioteca.indec.gov.ar/bases/minde/pobreza_adic_total_oct02.pdf
- lanacionar. (5/09/2001). Documental sobre los piquetes de Cutral-Có en 1996. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/espectaculos/cine/documental-sobre-los-piquetes-de-cutral-co-en-1996-nid332786/>
- lanacionar. (24/07/2001). El ajuste afecta a 533.401 jubilados. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-ajuste-afecta-a-533401-jubilados-nid322304/>
- Ley N° 23.696 (Reforma del Estado) - B.O. 23/08/1989
- Ley N° 23.928 (Convertibilidad del Austral) - B.O. 28/03/1991
- Ley N° 24.010 (Tratado Argentina – Francia) - B.O. 29/11/1991
- Ley N° 24.013 (Ley de Empleo). B.O. 17/12/1991
- Ley N° 24.098 (Tratado Argentina – Alemania) - B.O. 13/07/1992
- Ley N° 24.118 (Tratado Argentina – España) - B.O. 15/09/1992
- Ley N° 24.124 (Tratado Argentina – EEUU) - B.O. 25/09/1992
- Ley N° 24.184 (Tratado Argentina – Reino Unido) - B.O. 1/12/1992
- Ley N° 24.352 (Tratado Argentina – Países Bajos) - B.O. 29/08/1994
- Ley N° 25.561 (Emergencia Pública) - B.O. 07/01/2002
- Ministerio de Economía. Portal de datos económicos. Sector Externo. CUADRO 7. Exportaciones FOB por Países y Regiones. <https://www.economia.gov.ar/download/infoeco/apendice5.xlsx>
- Oficina de Evaluación Independiente (OEI) del FMI (2004), *Informe sobre la Evaluación del Papel del FMI en Argentina, 1991-2001*. 30 de junio de 2004. <https://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/esl/063004.pdf>
- Redacción (21/12/2021). ¿Ser miembro CIADI es positivo para la atracción de inversión extranjera?. <https://ciarglobal.com/ser-miembro-ciadi-es-positivo-para-la-atraccion-de-inversion-extranjera/>
- Redacción (23/06/2013). El nacimiento del piquete en la Argentina de los 90, *Río Negro*. https://www.rionegro.com.ar/el-nacimiento-del-piquete-en-la-argentina-de-los-90-CRRN_1192348/
- Reinhart C. y Rogoff K. (2008). *This Time is Different: A Panoramic View of Eight Centuries of Financial Crises*. National Bureau of Economic Research. Working Paper N°13882. March 2008. Cambridge. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w13882/w13882.pdf
- Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social N° 576/1995. B.O. 9/01/1996.

Resolución del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas N° 598/2013. B.O.:8/10/2013.

Rodríguez, M. (14/12/2021) A 20 años del estallido del 19 y 20 de diciembre. Crisis del 2001 en Argentina: los 5 presidentes que hubo en 11 días. Página/12. <https://www.pagina12.com.ar/389232-crisis-del-2001-en-argentina-los-5-presidentes-que-hubo-en-1>

Sección Internacional (22/12/2001). El nuevo presidente argentino suspende el pago de la deuda externa. *El País*. https://elpais.com/internacional/2001/12/23/actualidad/1009062002_850215.html

Sección Economía (26/07/2002). Crisis laboral: 5.666.000 personas con problemas de trabajo. *Clarín*. https://www.clarin.com/economia/desocupacion-alta-historia-215_0_H1EQP4gRtx.html

Stang S. (26/07/2002). Desempleo récord: más de 3 millones sin trabajo. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/economia/desempleo-record-mas-de-3-millones-sin-trabajo-nid416934/>

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Museo de la Deuda Externa. 19 de junio de 2001: Firma del «Megacanje». <https://museode-ladeuda.econ.uba.ar/19-de-junio-de-2001-firma-del-megacanje/>

UNCTAD, Bilateral Investment Treaties, 1959-1999. Diciembre de 2000. <https://unctad.org/system/files/official-document/poiteiad2.en.pdf>

UNCTAD, El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo. Agosto 2010. https://unctad.org/es/system/files/official-document/diaecia20095_sp.pdf

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, El efecto de la cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) en la Inversión Extranjera Directa (IED) en 217 países. *Revista de Economía y Administración*. Vol. 113, núm. 2, 2021. <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/300/3002749006/index.html>

Valdovinos Fernández, Growth, Poverty and Social Equity in Argentina. http://web.worldbank.org/archive/website01404/WEB/IMAGES/82_NOV05.PDF

Williamson, John (ed). *Latin American Adjustment. How Much has Happened?* Institute for International Economics, Washington DC, 1990.

Zlotnik C. (13/01/2001). El FMI aprobó ayer la operación blindaje por U\$S 40 mil millones. *Página/12*. <https://www.pagina12.com.ar/2001/01-01/01-01-13/pag11.htm>

LO QUE PUEDE UN CUERPO. SALUD MENTAL, CAPACIDAD JURÍDICA Y ESTIGMA

JOSÉ MARÍA MARTOCCI¹
UNLP - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 364-390. Recibido 30/8/22 - Aceptado 5/9/22

“He visto un camino que sale de tu corazón ¿Qué es?”²
Sara Gallardo. *Eisejuaz*

Resumen

Asentar una experiencia; que quede su registro, sus huellas espontáneas en la multiplicidad indiferente; que podamos aprender de ella y, quizás, con su fuerza, poder cambiar algo; que este algo abra otras preguntas para poner al derecho al servicio de la emancipación humana y no de su cancelación.

Denunciar lo que tiene necesidad de tristeza para ejercer su poder.

Registrar lo vivido por Clara, su deriva y emergencia, su pelea clarividente, para repensar las prácticas judiciales y la máquina que captura a sus operadores con anteojos que excluyen otras miradas y sensibilidades, otra comprensión del mundo. Vidas pedagógicas, un campo fértil para incorporar, que se pierde.

Entonces: Clara nos guía en las páginas que siguen en el modo en que el saber siquiátrico y jurídico se anudan en la captura de las subjetividades diversas, ajenas al canon de normalidad; en cómo un semblante físico activa el prejuicio y, con esto, las ideas asentadas en

1 Abogado UNLP. Director de las Clínicas Jurídicas en Derechos Humanos y Discapacidad y Director del Seminario en Derechos Humanos y Diversidad (FCJS-UNLP)

2 GALLARDO Sara, *Eisejuaz*, El Cuenco de Plata, 2017, p.52



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

torno al discernimiento, al pensar, al ser o no ser persona con derechos y sujeto de su ejercicio.

Palabras Clave: Capacidad jurídica – proceso judicial – salud mental - estigma

Abstract: Internalize an experience; let its marks remain, its spontaneous traces in the indifferent multiplicity; let's learn from it and may be, with its strength, make a change; let this “something” open up new questions to put the Law at the service of human emancipation and against its cancellation.

Denounce what needs sadness to exercise its power.

Record what Clara experienced, her wandering and urgency, her clairvoyant fight to rethink judicial practices and the machine that captures its operators with glasses that exclude other views and sensibilities, another understanding of the world. Pedagogical lives, a fertile field to incorporate, that is lost.

So: Clara guides us in the following pages in the way in which psychiatric and legal knowledge are tied together in the capture of diverse subjectivities, alien to the canon of normality; and how a physical countenance activates prejudice, ideas based around discernment, thinking, (not) being a person with rights and the subject of their exercise

Key Words: judicial process - human dignity - mental health - stigma

UNO HABLAMOS POR CLARA

1.

Supé sobre Clara a través de sus padres, Hebe y Oscar, que vinieron a verme una tarde del mes de septiembre del año 2017.

En nuestro primer encuentro Clara estuvo ausente, sus amorosos padres hablaron por ella, contaron su historia y la de su familia.

Me dicen: Clara ha sido declarada insana; Hebe, su madre, es su curadora. Agregan que es portadora de un cuerpo paralizado por un déficit respiratorio al nacer.

La sentencia que dispuso su *muerte civil*, su vida desnuda de derechos (AGAMBEN, 2017: 21), se dictó en el mes de septiembre de 2006 y declaró “... insano (sic) a Clara G ... calificando la afección que padece de demencia en sentido jurídico, bajo la forma de un

trastorno mental denominado Retraso Mental Profundo y Epilepsia, encontrándose dentro de la situación de incapacidad absoluta.”

Retraso mental profundo. El peso de las palabras y de las patologías siquiátricas en juego, caían así sobre Clara para despojarla del ejercicio de sus derechos bajo el argumento, propio del derecho civil clásico, de su protección frente a sí misma y a terceros.

Así trató el derecho civil a la alteridad del sujeto hegemónico; con quien en cambio siempre mantuvo -y garantizó- un diálogo privilegiado: autonomía de la voluntad, capacidad, voluntad, contrato, propiedad, herencia, compra, venta, entre otras institucionales organizadoras de la subjetividad capitalista (DEL CUETO: 2014: 34).

Pasó el tiempo y el trabajo de inscribir allí lo propio.

Hoy Clara habla por sí misma, por sus propios medios, toma su palabra, su voz personal, singular, intransferible.

Esta es su conquista luego de una lucha judicial que emprendió por sus derechos, que obtuvo sentencia de revisión en el mes de diciembre de 2019.

Trataré de contar este tránsito de Clara, lo que sucedió con su historia y con el tramo en que tuve la fortuna de estar a su lado, así como lo aprendido en la marcha. Porque una experiencia es algo de lo que se sale transformado (FOUCAULT, 2010: 42)

Siguiendo estas señales, la voz singular pudorosa se hará plural cuando el texto lo reclame. Cuando el dolor personal se deslice hacia lo común (ROLNIK, 2021: 71, 128).

2.

Sobre la tapa de mi carpeta amarilla identificada como “G... Clara s/Insania – Curatela”, Juzgado de Familia 5 La Plata, encontré anotadas algunas palabras que hoy resuenan: “roce significativo”, “incertidumbre”, “vacío” y, más abajo, que “la función docente es generar deseo”, “clandestinidad” y “descentramiento”.

Estas palabras recuperadas -que hoy puedo ligar de modo distinto, porque así es el tiempo- quedaron asentadas mientras leía un texto de pedagogía, a las apuradas porque, ahora recuerdo, no tenía un papel dónde agenciar esos conceptos. Acudí entonces a la primera carpeta sobre el escritorio, por azar la de Clara, y allí quedaron escritas.

El azar nunca hace tan bien las cosas, nos dice Copi en su relato “La travestí y el cuervo”³ y es verdad, o al menos hoy parece serlo,

3 COPI, Obras Tomo II, Anagrama 2012 Barcelona, p. 223

cuando advierto que esas palabras guían, como un mensaje revelador que espera en el futuro, lo que me dispongo a contar.

3.

En el mes de diciembre de 2003, la mamá de Clara, Hebe, promueve su proceso de insania y curatela y pide que ésta se discierna a su favor, como marcaba el sentido jurídico común de la época para un caso así.

Así ingresaron, Clara y Hebe, en la máquina judicial, que generó un primer despacho por parte del tribunal de familia competente, que al estilo de entonces da intervención a un asistente social oficial a fin de practicar el informe socio ambiental y a peritos médicos siquiátricos también oficiales que dictaminan, al poco tiempo, que Clara presentaba “... un diagnóstico de Parálisis Cerebral por sufrimiento fetal severo, cuadriparesia espástica distónica, discapacidad intelectual severa y Epilepsia.”; lo cual para el tribunal de familia comporta “demencia en sentido jurídico, implicando la incapacidad prevista en el art. 141 del Código Civil”, declarando así su insania y su “incapacidad absoluta”.

4.

Dicho diagnóstico era certero en todo cuanto respecta al plano corporal y neurológico, sin embargo la “discapacidad intelectual severa” -que el dictamen hacía derivar necesariamente de aquél- se demostró falsa con el tiempo, producto del prejuicio social y siquiátrico y del estigma que portan cuerpos como el de Clara. Un estigma, un rasgo, un atributo, “*profundamente desacreditador*” (GOFFMAN: 2019:15).

El sentido hegemónico marca lo que se ve y lo que no. Era “natural” pensar que un cuerpo como el de Clara estuviese vacío. Nadie ahondó, nadie supo buscar allí la persona que lo habita desde siempre. En cambio, obró el prejuicio, la comodidad ante lo obvio y su sentido común, la repetición de saberes canonizados, que eran -y aún son- palabra definitiva en materia siquiátrica y judicial.

Este sentido social predominante pesó no sólo sobre Clara, también sobre su familia pese a su compromiso y afecto incondicional. Más aún: pesa sobre todos; nadie escapa a la significación simbólico imaginaria epocal (DEL CUETO: 2014: 38).

Volviendo al proceso judicial, de la *patologización* física se derivó una siquiátrica y de esta una falencia en el discernimiento, una falla intelectual total e inexorable y, al cabo, una incapacidad ju-

rídica absoluta, prevista en el art. 141 del antiguo Código Civil. -Hoy podemos apreciar que la incapacidad para ver y entender estaba en los expertos, no en Clara-.

En resumen, el dispositivo jurídico psiquiátrico ligó la postración física, su necesidad real de atención múltiple por terceros y sus características fuera de norma y decretó su insania, su clausura civil, su destino de “protección” por sustitución de su subjetividad por otra o por ninguna.

Quedó en condición de no persona, atemperada por el hecho de vivir en un contexto afectivo comprometido con su vida, vida sostenida con amoroso empeño por sus padres, hermanas y asistentes.

5.

Como es habitual en esta materia, nada pasó en el proceso hasta que en 2013 primero y luego en septiembre de 2017, se produce, a varios años de la sentencia de insania, un nuevo dictamen pericial “interdisciplinario”.

En el último caso, el equipo médico psiquiátrico auxiliar del juzgado de familia, se presentó sin previo aviso en el Centro de Día al que Clara asistía cada jornada y allí dispuso su entrevista y evaluación, sin apoyos, sin espacio y tiempo adecuados que permitan su comunicación; sin el mínimo cuidado a la dignidad de la persona, a su sensibilidad, a su singularidad, al modo en que a esa altura se hacía entender mediante lo que se conoce como “modalidad de comunicación alternativa aumentativa” (CAA).

Todo esto hecho de espaldas a la Convención y al Código Civil y Comercial argentino –ya vigente en 2017- que en su art. 31 sienta los principios de la capacidad jurídica para PCD y dispone que “... la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión” (inciso *d*) y que “... tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada ...” (inciso *e*).

6.

Las conclusiones del dictamen son arrasadoras.

Señala que Clara responde a “consignas sencillas” y de manera “monosilábica”; que “logra leer en forma silábica y escribe palabras cortas”; que “no reconoce el valor del dinero”; que es reticente “al intercambio verbal”; que presenta “conciencia no lúcida” y “atención disminuida”, “escasa comunicación oral”; que no se puede evaluar

su “memoria”; que tiene un “juicio disminuido” y “tendencia a la irritabilidad” y dificultades en la marcha –las citas son textuales-.

Concluyen que Clara posee un “trastorno psiquiátrico” y un “retardo mental severo” que encuadran en el art. 32 último párrafo del Código Civil y Comercial –a esa altura ya vigente-.

Este dictamen tan obtuso y contradictorio es notificado a Clara y a su madre y curadora, quien ya advertida de su capacidad intelectual plena se presenta a impugnarlo y a explicar lo que la junta de peritos no había advertido o no estaba en condiciones de comprender: que Clara es sujeto con discernimiento, razona y expresa su voluntad mediante apoyos y una comunicación específica (CAA) que explican y respaldan con documentación.

Se enfrentaban al *habitus* judicial, a las categorías psiquiátricas naturalizadas y a la mirada médica tradicional sobre la discapacidad (MELONI, 2022: 37).

7.

Clara comprendía y se comunicaba. Quienes no lo hacían eran los miembros del equipo auxiliar del juzgado de familia, conformado por dos médicos/as psiquiatras y una trabajadora social, quienes carecían de un marco teórico adecuado y de la actitud para remover esquemas, dogmas y prejuicios.

Hablados por su saber repetido, por su dogmatismo, por las reglas anquilosadas de su disciplina, capturados por el prejuicio de ligar invalidez física severa con ausencia de racionalidad, conformando así piezas de la reproducción de *lo mismo*, no estaban en condiciones de encontrar y ver la persona razonante y de comprensión sensible que había y que hubo siempre en Clara.

Y esto pese a que en su dictamen vieron en Clara rasgos de pensamiento (“logra leer en forma silábica y escribe palabras cortas” respondiendo a “consignas sencillas” y de manera “monosilábica”); pero aun así no daba la talla de normalidad pensante de acuerdo al “modo dominante de subjetivación” (FERNANDEZ-SIGUEIRA PERES, 2015:56), esto conforme al modelo médico psiquiátrico hegemónico al que el campo judicial en materia de capacidad jurídica aún hoy se somete, pese al cambio de paradigma convencional, al Código Civil y Comercial y a la ley de Salud Mental argentina.

En términos jurídicos abstractos Clara siempre fue persona, como lo declaran los tratados de derechos humanos ni bien comien-

zan⁴; pero no lo era para el ejercicio de sus derechos y para ser titular de sus decisiones con *apoyos*, sin sustitución, sin reemplazo, sin curatela.

El fetiche de la declamación normativa imagina una persona abstracta titular formal de multitud de derechos que nunca podrá ejercer, como estudiar, trabajar, votar, casarse, tener o adoptar hijos, perseguir un proyecto de vida autónoma, una vida independiente.

Una vez más vemos la distancia entre el *ser* y el *deber ser*; y la multitud de prejuicios, saberes y poderes que llenan y modulan esa distancia.

8.

Pero sucedió lo inesperado, lo que se había descartado como posibilidad, lo que el sentido común –el sentido más superficial y dominante- y su “dictadura del significante” no previó: Clara misma emerge, en su diferencia, reclamando su condición de persona.

Como nos recuerda Spinoza en su *Ética*,⁵ nadie sabe lo que puede un cuerpo. Lo que estaba cerrado se abrió.

¿Cómo?

Lo vemos.

DOS

HABLA CLARA

1.

Toda persona mayor de 18 años es jurídicamente capaz para la ley civil argentina, puesto que “goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos” (art. 22 CCyC), al tiempo que “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume” (arts. 23 y 31.a. CCyC).

Por tanto, en el año 2017 Clara se presentó por sí misma en su

4 Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 que en su art. 1ero enfatiza que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*”

5 “*Nadie ... ha determinado por ahora qué puede el cuerpo, esto es, a nadie hasta ahora le ha enseñado la experiencia qué puede hacer el cuerpo por las solas leyes de la naturaleza, considerada como puramente corpórea, y qué no puede a menos que sea determinado por el alma.*” (ETICA, Tercera parte, Proposición 2, escolio; traducción Atilano Domínguez; Trotta, Madrid, 2000)

propio proceso de insania -como si acudiera a su propio funeral- narrando su historia desde su voz singular: los hechos de su presentación están escritos completa y exactamente por ella a través del sistema de comunicación que utiliza a diario.

Acude por sí, de modo que es a los 33 años cuando por primera vez su voz propia se hace oír y es tenida como parte sin la representación de otra persona.

Debido a su presentación en su propio proceso, se la convoca a una audiencia ante una funcionaria del juzgado, a donde acude con su asistente personal y con una persona con quien desarrolla la comunicación aumentativa alternativa (CAA) sistema por medio del cual Clara desplaza uno de sus dedos por un alfabeto y así de letra en letra conforma palabras y frases que su asistente expresa de viva voz.

Habla por otros medios.

Frente a la secretaria del juzgado –con afectuosa disposición pero incrédula ante lo nuevo que irrumpía- hace por sí misma un resumen de su vida.

Cuenta y el acta de ese día transcribe textualmente:

“... que utiliza un display alfabético y un apoyo físico para acceder al mismo que de este modo nos dice que utilizó primero pictogramas que fueron cambiando de organización y luego paso a utilizar esta forma alfabética. Dice que lleva tiempo entrenarse y ganar la confianza que el asistente te va a entender. La pone tensa que se dude de la CAA y cree que el sistema debe estar en la Convención. Este sistema le ha permitido decir lo que ella quiere, lo que le interesa y necesita. Hay muchas personas que lo utilizan y todos pensamos que si lo hubiéramos usado desde chicos serían otras personas.”

Y agrega que “(...) No puede decir con exactitud cómo aprendió a leer y escribir, sólo recuerda que una vez las chicas estaban con unas letras en la mesa y Pao le escribió su nombre y ella sabía cuál era y así con otras palabras y las sabía y ahí le propusieron empezar a trabajar con las letras y muy rápido estaba escribiendo ... siempre estuvo entre hojas y libros, sus hermanas estudiaban y ella les hacía compañía, le explicaban como si ella entendiera y entendía sólo que no podía decirles más que una sonrisa porque todavía no usaba el display y se comunicaba con gestos que las personas conocidas no entendían. Después usó un sí y un no, pero eso ya era parte del trabajo en comunicación.”

Y sigue: “Además la compareciente manifiesta: que ella quiere recuperar sus derechos, ella se enteró que tenía curatela cuando pre-

guntó porque no podía votar y me explicaron que la tenía desde los 21 años porque yo no me podía comunicar, como ahora.”

Clara le señala a la Secretaria que “prefiere que le pregunte” y así sigue en el relato de su vida presente, de lo que hace cada día, sus actividades, sus deseos, sus gustos por los libros, entre otras cosas.

2.

Sobre el final del acta Clara es enfática sobre su pasado: “(...) Manifiesta que al Centro de Día va desde hace muchos años, no es lo que más le gustaría hacer, pero hay pocos espacios para hacer cosas cuando tenés una discapacidad y sos grande, eso la enoja mucho porque no puedo hacer lo que quiero, siente que le quitaron la posibilidad de estudiar por ejemplo cuando era chica de inclusión no se hablaba y la sacaron de la escuela especial. Los de la escuela especial la sacaron porque ella no podía aprender y acá estoy, pude aprender no igual que otros, pero pudo y ahora siento que para algunas cosas ya es tarde. Pero entendió que son otra época y que esto le pasó a muchas personas; en el Centro de Día a todos nos pasó lo mismo (...)” y concluye subrayando que “(...) Ella siente que ahora puede decir cosas que antes no y decidir sobre mi vida. Le gusta mucho leer y Kari le lee o usa los audio libros, pero es más lindo escuchar a otro que a la computadora. Lee de todo, leyeron Harry Potter y varias novelas y también leyó el Principito, lo analizó y con Pao, inventó un cuento para sus sobrinas sobre los miedos.”

TRES

HACER LUGAR A LA VIDA

¿Para qué un proceso judicial en términos convencionales?

1.

Lo nuevo para su entorno familiar y social era poder ver a Clara como persona razonante, como alguien que piensa, duda, siente, decide, desea, emprende, toma riesgos, erra; alguien en plenitud, rotunda en sus opiniones.

La presencia de esta verdad en la vida familiar fue gravitante para impulsar cambios y para que, con su apoyo incondicional, Clara se presente por sí en su propio proceso de insania.

Pero lo que la familia había conocido en un tránsito de años, donde Clara se manifestó como persona razonante derrumbando la idea sobre ella, ahora debía enfrentar un sistema judicial que desde siempre opera

con prejuicios y categorías *patologizantes*; como *instituciones de secuestro* en términos de Foucault (DEL CUETO, 2014: 35).

Y esto pese a la reforma del Código Civil y Comercial y a la incorporación con rango constitucional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (que en este trabajo nombramos como la *Convención*).

Esta última, vigente con ese rango en nuestro país desde el año 2014 (art. 75-22 CN; ley 27.044), transformó radicalmente el modelo de discapacidad, llevándolo de una concepción médico normalizadora a una social, con lo que debemos entender que la discapacidad no está en la persona (no es una enfermedad o anomalía, ni una esencia dañada) sino que finca en las relaciones sociales e intersubjetivas, en las barreras con las que la PCD se enfrenta.

El Preámbulo de la *Convención* lo establece claramente cuando expresa “... que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Por tanto, la discapacidad no es un *déficit* adherido a una persona sino aquello que emerge socialmente como barrera, como *constructo* que impide a una PCD el ejercicio de sus derechos (PALACIOS, 2020: 181; 2020: 10). Pasamos de la discapacidad como *ser* –como individuo aquejado– a la discapacidad como *relación* –como experiencia intersubjetiva y social inscrita en una red de poderes-.⁶

2.

Este cambio sideral en la concepción de la discapacidad como relación social desigual y opresiva, vertebrada la *Convención* y tiene impacto directo sobre la regulación de la capacidad jurídica, de la que toda PCD goza en plenitud, sin sustitución ni reemplazo en su ejercicio y con apoyos para la toma de decisiones en caso de requerirlo, y sin escindir la capacidad jurídica como de “derecho” y de “ejercicio”, propia del derecho civil clásico, por lo que el modelo de apoyos tiene como objetivo asegurar que sea siempre la persona con

6 Preferimos, con Agustina Palacios, el concepto de “*diversidad funcional*” al de “*deficiencia*”, pues aquél no connota negativamente a la persona, al tiempo que reivindica el valor de la diferencia; no obstante, quede claro que “*deficiencia*” es el término que usa la Convención

discapacidad quien decida.

De manera que lo que importa es quién decide (BARIFFI, 2020: 254) y para esto no puede haber sustitución sino apoyo para hacer posible la decisión.

Un desarrollo acabado sobre esta figura, su sentido, fin y modalidad operativa la encontramos en la Observación General 1 sobre el artículo 12 de la Convención (Comité ONU sobre la *Convención*, año 2014).⁷

Así como de parte del CEDDIS-OEA (2011) cuando aclara que “... Muchas veces las personas con discapacidad necesitan apoyo, pero no sustitución, pero el apoyo contemplado por la Convención como apropiado es el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad ...”⁸

Hacer de la PCD un sujeto real de derechos para la vida independiente es el núcleo de sentido de la Convención.

3.

Su recepción en la reforma civil argentina (2015) ha sido importante pero incompleta mostrando algunos problemas que la doctrina ha señalado (OLMO, 2017: 54; ZELASQUI-MARTOCCI, 2021: 83) con objeción gravitante en el art. 32 vigente que mantiene la figura de la curatela “... cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad de cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte eficaz...” (último párrafo), o bien cuando el mismo art. 32 (primer párrafo) habilita al juez a “restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece .. una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.”

También la recepción ha sido deficitaria al mantener las categorías clásicas de capacidad jurídica de derecho y de ejercicio, un

⁷ Comité ONU de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General 1, CRPD/C/GC/1, 19-5-2014.

⁸ Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Persona con Discapacidad (CEDDIS), OEA/Ser.L/XXIV.3.1, CEDDIS/doc.12 (I-E/11).

aspecto sustancial que la *Convención* derrumba y que contamina la reforma civil.

Como hemos expresado en el trabajo citado antes, en términos convencionales el proceso judicial no es -no debe ser- un espacio para restringir derechos de PCD sino para asegurar su ejercicio mediante apoyos, en caso de requerirlo; con lo cual el proceso no es para establecer lo que falta sino para construir lo que la PCD necesita para decidir sobre sus derechos con libertad y sin cortapisas.

Así, el proceso judicial no se abre -no debe abrirse- para determinar la capacidad jurídica -que ya está reconocida en plenitud por el art. 12 de la *Convención* (art. 31 CN)- ni para restringirla respecto a algunos actos, sino para hacerla posible, para garantizar su realización mediante apoyos; de manera que el proceso se abre para determinar apoyos, no capacidad.

Por tanto, el proceso es garantía del ejercicio de derechos y de su control periódico. En suma, mecanismo constitucional de garantía y salvaguarda.

CUATRO

EN BUSCA DEL DERECHO (PERDIDO)

1.

Lo que no debe ser

Es exactamente lo contrario lo sucedido en el proceso de Clara y trataremos de reflejarlo de una manera accesible y sintética.

Para su comprensión abordaremos primero lo que hace a las constancias periciales del proceso y sus derivas, para sobre el final analizar la sentencia que restablece la plenitud jurídica y los derechos.

2.

Modos de mirar: crisis de la epistemología siquiátrica

2.1

A partir de los trabajos de Michel Foucault es inevitable, en perspectiva crítica, entrever en todo saber un discurso de poder disciplinario y normalizador del sujeto, una captura de los cuerpos, una *tecnología política de la vida*, una *biopolítica* (FOUCAULT: 2014: 137-143; 2016: 21-199). Bajo esta óptica, saber, sujeto y poder anudan una vida capturada: el poder legitimado por el saber ya no reprime sino que suscita, hace hacer al sujeto. Llevamos el poder dentro, inscripto en el cuerpo, en la razón y en los esquemas de percepción

(ERIBON, 2019: 25, 140).

La autoridad siquiátrica clasificatoria no tiene otra fuente y función que instaurar la normalidad y su afuera, la subjetividad legítima y la que no lo es (FOUCAULT: 2006: 51-59; DEL CUETO, 2014: 131).

“Se produce la verdad; (y) esas producciones de verdad no pueden disociarse del poder y de los mecanismos de poder.” (FOUCAULT: 2012-73).

Los dictámenes “interdisciplinarios” que obran en este proceso dan cuenta de una mirada siquiátrica judicial vetusta, que exhibe contradicciones y debilidad epistémica, tal como pone en evidencia el informe presentado por la sección de Psiquiatría Civil de la Oficina Pericial La Plata, que desenreda el tejido dogmático de los dictámenes anteriores, que muestran el prejuicio frente al semblante de Clara y a su casi completa discapacidad corporal, y el estigma que esto conlleva en orden a la mirada que genera para comprender las expresiones vitales diversas.

2.2

Un emblema de este modelo médico normalizador (PERCIA, 2018: 23) es el Manual de Diagnóstico y Tratamiento Psiquiátrico (DSM-IV TR) de uso habitual en la materia, como expresa y reivindica el equipo técnico del Juzgado de Familia 5 –tribunal a cargo de este proceso-.

Es bajo este marco que Clara fue diagnosticada con –es cita textual- “Parálisis Cerebral (según DSM-IV TR: Trastorno Mental debido a Enfermedades médicas 293.9) asociado a Trastorno del Lenguaje y no un Trastorno del Lenguaje único.”.

Ello como derivación de su cuadro original de base que desde el año 2006 se caracterizó como Parálisis Cerebral (PC) por sufrimiento fetal severo, cuadriparesia espástica distónica, discapacidad intelectual severa y epilepsia, agregando que en tipo de diagnóstico o condición generalmente la afectación del haz piramidal a nivel del SNC impide la plena expresión motora de la voluntad dificultando no solo movilidad de miembros superiores e inferiores sino también la de los músculos bucofonadores necesarios para la expresión del habla.

Este diagnóstico, con leves matices, es el que sostuvo desde el comienzo del proceso el equipo técnico del juzgado, expresado originalmente en el primer dictamen del año 2006 reiterado luego en los años 2013 y 2017, hasta la presentación por derecho propio de Clara,

a partir de lo cual la historia toma un giro.

En todos aquellos campea el vínculo, a su modo de ver inexorable, entre el cuadro neurológico y corporal de Clara con la completa ausencia de discernimiento y por tanto de sujeto, desde que en el paradigma cartesiano se asocia el *ser al pensar*: soy porque pienso.

Como se insiste desde el pensamiento crítico, el *cogito ergo sum* –el *pienso luego existo*– instaura una racionalidad instrumental eurocéntrica, excluyente de otros modos de comprensión y sentir, y de formas de vida alternativas (ROLNIK, 2021: 82). Una razón negadora de una ontología múltiple, rizomática (DEL CUETO, 2014: 28, 75, 79; MELONI, 2022: 89, 90, 91).

Es por este estigma que opera inscripto en el saber siquiátrico que la mayoría de los dictámenes no hacen sino argumentar la impresión inicial frente al cuerpo de Clara. Es en ese mirar que se juega el discurso invalidante.

2.3

La presentación de Clara a fines del año 2017, esgrimiendo su propia historia y palabra y reclamando la restitución de su capacidad jurídica, del derecho a ejercer sus derechos y decidir sobre su vida, generó, como se dijo al comienzo, una nueva actividad probatoria.

Lo primero fue la entrevista personal con la secretaria del tribunal cuyas constancias fueron resumidas en el acta que se transcribió, donde la voz y voluntad de Clara quedó expuesta.

Lo segundo fue un nuevo dictamen pericial, esta vez del equipo técnico del Juzgado de Familia 4, que por mayoría de sus tres miembros puso en claro el pleno discernimiento de Clara y su necesidad de apoyos para expresarse, ilustrando sobre el modo en que se comunica con lenguaje alternativo (Comunicación Aumentativa Alternativa –CAA-) y centrando la problemática en su comunicación y no en su capacidad de discernimiento. Está firmado por un siquiatra y una trabajadora social, que, con prudencia, profunda atención y voluntad de comprender, despejan el bosque de prejuicios y dogmas que presentaban los tres dictámenes anteriores.

Debemos destacar que el tercer voto difiere y con sintaxis encriptada señala que “La disidencia se basa en las características del encuadre, se considera que no están dadas las condiciones para que el desarrollo de la entrevista permita arribar a conclusiones correctas sin intencionalidad e inducción, teniendo en cuenta el desarrollo de la causa y la existencia de dictámenes anteriores” (sic).

El juzgado decide, frente a esta disidencia, enviar la causa a la Oficina Pericial, cuya área de psiquiatría civil se pronuncia en junio de 2018 señalando que considera "... inconducente someter a la joven a nuevos exámenes psiquiátricos ... porque no hay mayor discusión sobre su cuadro (y) hay plena coincidencia en que padece una parálisis cerebral por haber sufrido hipoxia al nacer ... que ha experimentado una notable evolución en los últimos años y que, aunque no pueda hablar ha accedido a un sistema de comunicación alternativo con el que puede expresarse ..."; y concluye que lo "central es la capacidad de la persona de desenvolverse, más allá de su diagnóstico." Sobre el final encuentra "... llamativo ... la ausencia en los mismos dictámenes de un perito psicólogo."

No conforme con esto, el juzgado ordena una nueva pericia, esta vez a cargo del equipo técnico del Juzgado de Familia 3, que en noviembre de 2018 en términos muy breves señala que "Clara ingresa al consultorio traída en su silla de ruedas, contando con la asistencia de una cartilla alfabética como herramienta comunicacional, siendo asistida por sus asistentes personales. Se le formulan preguntas respecto de sus actividades diarias, sobre el pedido judicial, de la composición de su grupo familiar, etc., siendo las intérpretes quienes lleva su mano a la cartilla y siendo las mencionadas quienes responden." (sic), y luego agregan que "(C)on respecto a la descripción de su estado mental, se la observa aproséxica, sin lenguaje oral, sin lenguaje escrito, sin movimientos voluntarios, sin respuestas de contacto visual ante órdenes simples, espasticidad muscular bilateral y movimientos involuntarios anormales."

Sobre el final del informe aducen que Clara necesita un "sistema de apoyos para todo tipo de actividades de la vida diaria" y que "los peritos intervinientes no cuentan con "la especialidad de Comunicación Alternativa Aumentativa" (sic)

2.4

Todas las citas en encomilladas son textuales de los dictámenes técnicos de los diferentes juzgados de familia –en total tres– que junto con el dictamen del área de psiquiatría de la Oficina Pericial acumulan perspectivas y conclusiones diversas en relación con la misma persona.

En origen, antes de la presentación de Clara por sí, tres dictámenes habían concluido la "discapacidad intelectual severa", que llevó luego a la declaración de insania, consecuente curatela y su manteni-

miento durante años.

Como se ha visto, luego de presentada Clara por sí misma en su propio proceso en el año 2017, las perspectivas periciales siguieron en divergencia pues la posición en minoría del primer dictamen y del último por unanimidad centran su mirada en la discapacidad física severa (y así la describen) y en la desconfianza en que la joven estuviese presentando su propia voz (exhiben un profundo prejuicio derivado de la diferencia corporal); mientras que la Oficina pericial y la posición mayoritaria logran ver el centro del problema que no es otro que la comunicación y no el discernimiento: dismantelan el preconceito y se permiten apreciar la realidad por fuera del saber dogmático.

QUINTO

DESCARTES y MALENTENDIDOS

El trabajo de pase de un modelo de discapacidad a otro

1.

Hemos acompañado en este trabajo, de manera sintética, el tránsito que ha seguido este proceso de insania, desde la presentación inicial de la mamá de Clara en el año 2006, hasta la que Clara hizo por sí misma en el año 2017 reclamando la reposición de su capacidad jurídica plena, esto es, ser titular de derechos y ejercerlos por sí, sin sustituciones.

Nos centraremos en todo lo acontecido a partir de este año 2017, desde que Clara se presenta por sí, siendo que es el tramo que pone en evidencia la contradicción entre el discurso legal siquiátrico en materia de capacidad jurídica con respecto al nuevo modelo convencional.

Encontraremos en las prácticas institucionales el síntoma de este conflicto de cosmovisiones.

2.

La Convención abolió la histórica distinción entre capacidad de derecho y de hecho, lo que equivale a decir que la capacidad jurídica es única (SCBA, causa citada C-121.160, sentencia 19-9-2018, considerando V.), es plena e irrestringible, de manera que el proceso que antes se llamaba de "insania" y hoy, también erróneamente, de "determinación de la capacidad jurídica", en rigor debe consistir, en términos convencionales, en un espacio jurisdiccional donde la PCD

se da a conocer, se expresa y es escuchada para establecer los apoyos que necesite para el ejercicio de sus derechos.

El proceso, así, no restringe actos ni derechos sino que asegura su ejercicio en cabeza de la PCD; por lo que se trata de un espacio de conocimiento, dialógico y hospitalario.

Esto dicho frente a procesos donde la marca es la ausencia de la PCD, su condición invisible de no sujeto –para lo cual recomendamos visitar la causa “Castro, Aníbal Rubén s/Insania-Curatela”, con sentencia paradigmática de la Suprema Corte provincial (SCBA, causa C-121.160, 19-9-2018).

Queda claro entonces que no puede haber sustitución ni reemplazo sino la asignación de apoyos como lo marca el art. 43 del CCyC para facilitar “... a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar los actos jurídicos en general.”

De modo que la PCD siempre está presente en sus decisiones, siempre decide, no es sustituida ni reemplazada. No se restringe ninguna capacidad jurídica. El proceso judicial no se abre para esto sino para identificar la necesidad de apoyos en aquellos actos que lo requieran, que varían en modalidad y tiempo de acuerdo a cada persona, todo lo cual debe ser salvaguardado por el juez o jueza.

Por su lado, el apoyo nunca sustituye a la PCD, no la reemplaza ni representa, sino que acompaña. Por lo que debemos centrarnos en el concepto y función y no en el nombre, pues bajo el nombre de “apoyo” se corre el riesgo de que reingrese la sustitución, según se advierte en algunas prácticas judiciales.

El proceso, así visto, es un derecho de la PCD y un espacio de garantía de su personería y capacidad jurídica. El proceso como “garantía” está expresado en el art. 12, segundo párrafo, de la Convención.

3.

Si se entiende esto, se entenderá el nuevo estatuto de la capacidad jurídica en el marco del art. 12 de la Convención, cuyo desarrollo claro y vinculante para nuestro sistema constitucional y legal, se encuentra en la Observación General número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (2014) que ya desde su Introducción (punto 1.3) advierte que “... hay un **malentendido general** acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad

basado en derechos humanos **implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se basa en el apoyo para tomarlas**”. –énfasis nuestro-

Nótese que el Comité habla de *malentendido* al tiempo que resume el núcleo del cambio de modelo: de la sustitución de la persona al apoyo para la toma de decisiones por sí misma.

Lamentablemente, el CCyC no termina de receptor esta idea pues el ejercicio de derechos de la PCD “por sí misma” puede ser limitado por sentencia judicial (art. 23) tanto como puede ser “... la persona declarada incapaz ... en la extensión dispuesta en esa decisión” (art. 24, inc. “c”).

Esto se convalida y extrema en el art. 32 que habilita la posibilidad de “restringir la capacidad para determinados actos” en el caso de “una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”, así como “declarar la incapacidad y designar un curador” (...) “cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad de cualquier modo, medio o formato adecuado”.

Calificada doctrina justifica este sincretismo entre el modelo médico y el social como “... una respuesta realista, a través de un sistema graduable, permeable y ajustado a la particularidad de cada persona involucrada” (FERNANDEZ, 2020: 475). Sin embargo, creemos que aquella norma ingresa en el “malentendido general” que el Comité advierte, tergiversando el sistema convencional en virtud del cual no hay capacidad de derecho y de ejercicio ni es posible restringir ninguna capacidad jurídica sino tan solo asignar apoyos en favor de la PCD cuando lo necesite para decidir o ejecutar un derecho.

Como se ha dicho, el proceso judicial es *garantía* de la PCD; no se puede restringir allí el ejercicio de ningún derecho sino que se trata de un espacio de exploración y conocimiento de la PCD para establecer de manera dialógica y con su voz asegurada y escuchada por el medio en que la pueda expresar, ciertos apoyos para el ejercicio de ciertos derechos.

4.

Si damos un paso más, también podemos interrogar sobre cuál es la necesidad de una prueba pericial psiquiátrica que establezca un cuadro o patología de ese tipo para habilitar luego la restricción de

derechos, como ocurre al presente.

Si el proceso es para discernir apoyos de acuerdo al conocimiento directo y personal que el juez haga de la PCD, y si de lo que se trata es de facilitar la toma de decisiones mediante un sistema de apoyos, en qué colabora para esto la prueba interdisciplinaria que, como se desprende de la experiencia judicial, no pasa de contener un discurso siquiátrico.

En suma ¿para qué sirve la perspectiva siquiátrica en un modelo que ya no es médico sino social; si de lo que se trata es de identificar barreras y no enfermedades o cuadros invalidantes?

Es una pregunta, o varias, que no se ponen en debate pese a que la *Convención* ha significado un cambio radical en la concepción de la discapacidad.

En el punto 13 de la Observación General 1 antes citada, el Comité advierte que “(L)a capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos (que) habitualmente se mezclan” y luego sobre el final del punto 14 agrega que “(E)l concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido ...” y que “... no es un fenómeno objetivo, científico y natural ...”.

Esto nos permite pensar el caso en estudio bajo otra luz. Vamos por ahí entonces.

SEXTO UNA SENTENCIA LIBERADORA CON FUNDAMENTOS ERRONEOS

1.

En el capítulo DOS dijimos que luego de la presentación de Clara por derecho propio en el año 2017, fue convocada a una audiencia personal con la secretaria del juzgado donde se expresó por medio de su sistema de comunicación alternativa aumentativa (CAA) y sus dichos quedaron asentados en un acta incorporada a su expediente.

Fue un diálogo de cerca de una hora por medio del cual la secretaria pudo comprobar en persona el modo en que Clara expresaba su voluntad, discernía, opinaba, sostenía su palabra, describía su vida y pedía recuperar sus derechos.

En los términos de la *Convención* que hemos repasado, el proceso de insania debía concluir allí, pues Clara, con capacidad jurídica plena según el art. 12 y la Observación General 1 reseñados antes, sencillamente se presentó a pedirlo.

2.

La conversación con la secretaria y dos años después (!) con el juez, debían tener como función conocerla y establecer apoyos, si lo requería para decidir por sus derechos (Clara demostró que lo único que necesita es un apoyo -un sistema de comunicación alternativo- para dar a conocer sus opiniones y deseos y no para resolver sobre estos).

En términos convencionales con esto debía alcanzar para devolverle su capacidad jurídica plena.

Sin embargo, el proceso se demoró en la reiteración de dictámenes, tratando de hacer pasar por ellos lo que la realidad ponía en evidencia: el pleno discernimiento de Clara y el error cometido por el discurso siquiátrico.

El problema para Clara fue, una vez más, los otros. Los otros como barrera.

Si como hemos dicho, el proceso debe estar dirigido a conocer a la PCD para interrogar sobre su necesidad de apoyos, sin restricción alguna de derechos, entonces con la comprobación directa de la conversación entre Clara y la secretaria debía bastar para asegurar los fines convencionales en torno a la capacidad jurídica, y restituirla.

Pero hemos visto que no fue así, pues el proceso se mantuvo en el paradigma médico y en la reiteración de intervenciones periciales tratando de ajustar una expresión vital diversa, por medio de anteojos normalizadores (ERIBON, 2019: 144).

Incluso los dictámenes que consiguieron atravesar el fantasma del prejuicio (entendiendo que sólo se trata de una cuestión de comunicación) vuelcan una mirada extremadamente cautelosa y preventiva, como si tuviesen que dar mayores explicaciones por algo que la realidad ponía en evidencia -haciendo de la anomalía algo propio del proceso judicial desarrollado y no de Clara-.

Más aún, estos dictámenes que se permiten mostrar lo evidente -que Clara es persona pensante y sintiente-, disculpan los errores de los dictámenes anteriores, pese a ser flagrantes. Acaso esto pueda salvarse en las pericias originales, pero de ningún modo desde que Clara toma su palabra y su familia la respalda, donde se reafirma el dogmatismo y su incompetencia para ver más allá del cuerpo, de la patología de origen y del Manual de Diagnóstico y Tratamiento Psiquiátrico (DSM-IV TR).

3.

Ocurre algo parecido con la sentencia de mérito donde el juez

destaca “... la más absoluta idoneidad y profesionalidad en cada una de las experticias elaboradas en autos” y, más tarde, que “ha mediado una **mutación** cuyos efectos merecen su consecuente recepción en este estadio del proceso.” –énfasis agregado-

De manera que la causa de la sucesión de equívocos y de la falibilidad del discurso siquiátrico-judicial no se debe a su incompetencia para apreciar por fuera de la normalidad consagrada en el canon de época sino a que hubo una “*mutación*” en Clara; cuando, en rigor, lo que mutó es el entorno familiar que fue capaz de hacer lugar a la diferencia, ampliar la sensibilidad para mirar y entender. Mutó la barrera.

4.

Todos los argumentos convencionales que venimos dando, especialmente la función del proceso en orden a asegurar la capacidad jurídica plena y no en modo alguno su restricción, fueron expresados desde el momento en que Clara se entrevistó con la secretaria.

Sin embargo, el modelo médico siquiátrico naturalizado impedía avanzar sobre lo obvio, esto es, sobre la persona razonante de Clara, para reponer sus derechos.

Un *habitus* hecho de concepciones arraigadas en la autoridad siquiátrica (GARCIA ROMANUTTI, 2015: 100) disparó una sucesión de nuevos informes periciales a cargo de distintos equipos, según hemos repasado en el capítulo CUATRO, como si no alcanzara con conocer a Clara y conversar con ella y en todo caso interesarse por el sistema de comunicación (CAA) que utiliza –sobre el cual se informó largamente en su presentación por propio derecho-.

A cambio de esto se reinició la rueda de dictámenes extraviados en un discurso desmentido por los hechos, a caballo de la desconfianza que genera lo distinto y, en su reverso, la autoafirmación reivindicativa.

¿Cómo entender la *mutación* de Clara? No hay nada que entender sino revisar las propias prácticas institucionales y la capacidad para ver.

5.

Llegamos por fin al desenlace de esta historia con la sentencia que decide, en diciembre de 2019, “... rehabilitar a CLARA ... por no encuadrar su situación actual en lo normado por los arts. 32 y 48 del CPCC (quiso decir: CCyC) y disponer en forma total el cese de las restricciones a su capacidad establecidas en la sentencia de origen, así como la designación de Curadora Definitiva fijada en su favor, a

cargo de su madre ...”.

Un final feliz pero, creemos, con argumentos equivocados, que tratamos de resumir aquí:

la sentencia sigue hablando de “enfermedad mental” y que esta “no debe ser considerada un estado inmodificable”

si bien destaca el valor de convicción del conocimiento personal por intermedio de la secretaria y del propio juez, sigue remitiéndose a la autoridad de las pruebas siquiátricas pese a admitir que estas ofrecen argumentos y conclusiones contradictorias

explica esta confrontación pericial no en la debilidad del discurso siquiátrico sino en “que ha mediado una *mutación*” en Clara, lo que equivale a decir, que el eje problemático sigue estando en ella y no en la incompetencia de la mirada siquiátrica y judicial –en el saber, diría Foucault (2010: 73)-

a caballo de esto la sentencia sigue confundiendo el propósito del proceso pues sobre el final el juez se dirige directamente a Clara y más allá de la buena voluntad y cercanía vuelve a errar el rumbo al expresar que “(E)stoy convencido de que no necesitás que yo restrinja tu capacidad, que tu familia te ayuda en aquello en que es necesario y así continuará.”

hay una insistencia en la invalidez corporal de Clara y en su imposibilidad de darse a entender mediante su voz, para derivar de esto, de modo implícito o supuesto, la ausencia de discernimiento, tal como concluyeron las primeras pericias y también algunas de las posteriores a la presentación de Clara

hay, pues, un *estigma* que deriva de su aspecto y sus modos, tan fuerte que no hay otra forma de explicar la dificultad para creer en lo que sucedía ante los ojos del dispositivo siquiátrico judicial: no poder ver la persona pensante en el cuerpo diverso, cuyo imaginario remite a su ausencia, de manera que el rol de estos discursos no es otro que confirmarlo

aún quien se animó a mirar con atención y a creer en lo que veía más allá de todo discurso de “verdad científica”, enuncia con cautela y salvando la mirada opuesta de los otros dictámenes como si hubiese un campo de saber a preservar, un orden hegemónico a custodiar, “un sujeto portador de un saber sobre la locura” (FOUCAULT: 2010: 73)

en suma, la sentencia navega bajo el modelo de la restricción de la capacidad jurídica cuando de forma explícita asegura que “(U)n pronunciamiento que limite o restrinja la capacidad de una persona, solo se concibe si la protección es necesaria y no cuando como en el presente

caso ocurre, la protección de Clara, es decir la ayuda que requiere por la limitación aludida, existe y va más allá de la que podría imponerse.”

6.

En noviembre de 2021 Clara votó por primera vez en su vida, a los 35 años de edad. Votar es un derecho del que estuvo privada, como tantos otros, que simboliza su anhelo de vivir en sociedad de manera independiente, participar en ella, ser persona con voluntad propia y decisión sobre lo que desea. Al presente cursa sus estudios secundarios en una escuela de adultos y una vez que los concluya proyecta estudiar derecho.

La singularidad de su cuerpo hizo creer que allí no había persona, en tanto occidente la concibe como sujeto de razón. Ya hemos denunciado el prejuicio que signa esto y de cómo el *logos* occidental teme lo heterogéneo, ama lo *Mismo*, prefiere la identidad (DIAZ, 2003:118).

Consumimos formas de ver y de sentir, de pensar y percibir, de habitar y de vestir, o sea, formas de vida (PAL PELBART: 2016: 96). Es tal la fuerza de esta cultura del consumo y de afán de normalidad, que nos esforzamos por mantenernos en ella o por ingresar quienes quedan fuera. Resulta inconcebible una vida externa al campo legítimo, la signamos como resto, como penuria, como destino irredimible.

Pero el tema es aún más complejo pues la mirada normalizadora juzga y somete. El cuerpo de Clara se leyó como falta, como imposibilidad; y aún más: como patología siquiátrica; y la patología siquiátrica como incapacidad jurídica y necesidad de sustitución.

Es que la norma se define tanto por lo que incluye como por lo que excluye (ERIBON, 2019: 197; MELONI, 2022: 63).

Notemos todos los desaciertos que se encadenan en esta red de sentido para llegar a declarar, en ese entonces, la demencia, la *muerte civil*. Y lo que costó redimirla, el bloque de desconfianza que generó Clara aún para quienes la encontraron plenamente capaz.

7.

Más allá de la singularidad del caso que aquí presentamos, hemos querido también denunciar la incompreensión del padecimiento mental, el dogma que campea y su asociación a la ausencia de persona y consiguiente restricción de derechos.

Y denunciar con insistencia que esto no puede seguir porque la *Convención* que nos rige y obliga no lo acepta. Ya no más asociar padecimiento mental o siquiátrico con pérdida de derechos sino, por el contrario, la obligación de la institución judicial de ser garantía de

que esto no suceda.

Porque la condición de discapacidad debe generar mecanismo de protección de la persona y sus derechos, no su subordinación, aún bajo la excusa de la protección.

Por tanto, el proceso judicial no restringe ningún derecho sino que asegura las condiciones de su ejercicio mediante los apoyos que cada quien precise. Los jueces y juezas son garantía de esto.

Los tribunales deben ser, una vez más, espacios que preserven la vida digna.

SEPTIMO

PARA UNA CRÍTICA DE NUESTRAS PRACTICAS EN DISCAPACIDAD

Un cierre que quiere abrir

1.

Lo dicho en este trabajo no pretende detenerse en reprochar conductas individuales de peritos/as y operadores judiciales -menos aún hacerlo desde una posición iluminada-, sino abrir la crítica sobre un modelo, en el que nos incluimos, que se encuentra superado por la *Convención* pero vigente en las prácticas institucionales, arraigadas en la concepción normalizadora profunda que allí anida (GARCIA ROMANUTTI, 2015: 107, 108).

Vale decir, no hemos querido dirigir una crítica sobre personas sino como componentes de un sistema, una red de significantes, que se alimenta de un modelo de normalidad constitucionalmente perimido y que se sostiene en un *magma* de significaciones imaginarias que cada institución asigna (CASTORIADIS, 2006: 78; FERNANDEZ, 2007:104).

Hemos querido iluminar los malos entendidos, la incompreensión de los cambios constitucionales habidos en torno a la discapacidad y la radical transformación que trae una nueva concepción basada en el modelo social.

El nuevo paradigma de derechos humanos se funda en el derecho a la igualdad y a la diferencia; es decir, a considerar la diferencia en su dignidad.

O dicho así: derecho a ser diferente, a no ser igual, normal, uniforme o como la cultura espere o reclame. Y gozar del buen trato, sin discriminación. Dar espacio a toda forma de vida.

El modelo social emerge en este sustrato, se alza contra toda for-

ma de exclusión y nos coloca en un nuevo punto de observación del mundo sobre la discapacidad y sobre otras opresiones, despejando la mirada médico siquiátrica excluyente para entenderla no como una enfermedad o faltante sino como una relación social, una relación de disciplina y normalización, que produce –como efecto de poder– una existencia que se aleja de los derechos no por la “deficiencia” o diversidad funcional sino por las barreras y obstáculos que opone la sociedad en todo momento y espacio vital.

2.

Debemos construir en nosotros/as esta nueva mirada para ir abandonando la anterior y hacer lugar a lo viviente otro.

Tarea que nunca concluye pues el nuevo paradigma nos acompaña para mirar de nuevo el mundo y cambiar con él. Nacer a una nueva perspectiva nutriendo la mirada sobre múltiples situaciones que no vienen resueltas por ninguna norma sino que requiere pensarlas bajo esta nueva concepción. Derrumbar imaginarios para construir otros (SIQUEIRA PERES: 2013: 155) en un proceso que nos involucra en un aprendizaje abierto.

En lo que atañe a la capacidad jurídica hemos presentado este caso no solo para mostrar la potencia del derecho y del deseo como fuentes de emancipación, sino para llamar la atención sobre discursos de (supuesto) saber que despliegan poderes que capturan las vidas, en especial las más vulnerables. Poderes que habitan en cada uno de nosotros/as de modo inadvertido y no como censura o represión sino como capacidad de suscitar, de vivir conforme a ello, como programa a inscribirse en nuestros vínculos, cuerpos y modos de actuar. Este empeño en la normalidad nos captura y traza una frontera que con especial saña margina a quienes quedan fuera.

Hay aquí, sin embargo, una capacidad subjetiva de despertar y resistir que se aloja, paradójicamente, en nosotros mismos cuando dejamos caer modos de servidumbre y apostamos por lo nuevo liberador.

La Plata, agosto 2022.

Dedicado a Hebe, Oscar y Clara

BIBLIOGRAFÍA:

- AGAMBEN Giorgio: Homo Sacer. El poder soberano y la vida desnuda. Adriana Hidalgo Editora, CABA 2017
- BARIFFI Francisco: El Modelo de Toma de Decisiones con Apoyos: de la Teoría a la Práctica, en KRAUT Alfredo, Director: Derecho y Salud Mental. Una Mirada Interdisciplinaria. Tomo I, Rubinzal CABA 2020
- CASTORIADIS Cornelius: Una Sociedad a la Deriva. Entrevistas y Debates (1974-1997), Katz, CABA 2006
- COPI, Obras Tomo II, Anagrama Barcelona 2012
- DEL CUETO Ana María: La Salud Mental Comunitaria. Vivir, pensar, desear. FCE, CABA 2014
- DIAZ Esther: La Filosofía de Michel Foucault, Biblos, CABA 2003
- ERIBON Didier: Principios de un Pensamiento Crítico, El Cuenco de Plata, CABA 2019.
- FERNANDEZ Ana María y SIQUEIRA PERES William: La Diferencia Desquiciada. Géneros y Diversidades Sexuales, Biblos Sociedad, CABA 2013
- FERNANDEZ, Ana María: Las Lógicas Colectivas. Imaginarios, Cuerpos y Multiplicidades, Ed. Biblos, CABA 2007, capítulo 6.
- FERNANDEZ Silvia Eugenia: Salud Mental y Capacidad en KRAUT Alfredo, Director: Derecho y Salud Mental. Una Mirada Interdisciplinaria. Tomo I, Rubinzal CABA 2020
- FORTE Miguel Angel: “Modernidad: tiempo, forma y sentido”, EUDEBA, CABA 2015.
- FOUCAULT Michel:
- “Siquiatría y Antisiquiatría” en “La Vida de los Hombres Infames”, Caronte Ensayos, La Plata, 2006, ps. 51/59)
- “Conversaciones con Foucault”, ¿Cómo nace un libro experiencia?, ps. 41/53; El Sujeto, el Saber, la Historia de la Verdad, ps.55/84, Amorrortu, CABA 2010
- “El Poder, una Bestia Magnífica”, Siglo XXI, CABA 2012
- “Historia de la Sexualidad. La Voluntad de Saber.” Siglo XXI, CABA 2014
- “Sexualidad y Política. Escritos y Entrevistas 1978-1984”, El Cuenco de Plata, CABA 2016
- GARCIA ROMANUTTI Hernán: El Derecho entre Dominación y Resistencia. Una concepción estratégica de lo jurídico a partir de Michel Foucault, en “Michel Foucault. Derecho y Poder”, Ediciones Didot, p. 91/112, CABA 2015.
- GALLARDO Sara: Eisejuaz, El Cuenco de Plata, CABA 2017
- GOFFMAN Erving: Estigma. La Identidad Deteriorada. Amorrortu Editores, CABA 2019

- MELONI Carolina: Sueño y Revolución, Tren en Movimiento, Temperley 2022
- PAL PELBART Peter: Filosofía de la Deserción. Nihilismo, Locura y Comunidad, Tinta Limón, CABA 2016
- PALACIOS Agustina:
- Las Personas Con Discapacidad Mental en el Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos, en KRAUT Alfredo, Director: Derecho y Salud Mental. Una Mirada Interdisciplinaria. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, CABA 2020
 - Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos, La Ley CABA 2020, Capítulo I
- PERCIA Marcelo: Corajes que atraviesan portadas, en Después de los Manicomios. Clínica Insurgentes, Ediciones La Cebra CABA 2018
- ROLNIK Suely: Esferas de la Insurrección. Apuntes para descolonizar el inconsciente. Tinta Limón Ediciones, CABA 2021.
- SPINOZA Baruch: Ética demostrada según el Orden Geométrico. Traducción Atilano Domínguez. Trotta, Madrid 2000.
- ZELASQUI-MARTOCCI: Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad, Revista de Interés Público, REDIP UNLP, número 6, año V, p. 83.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La necesidad de interpretar el derecho desde el constitucionalismo social¹

MARIELA E. BLANCO
ECAE- Argentina²

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 392-412. Recibido 15/9/22 - Aceptado 4/10/22

Resumen

El presente trabajo intenta reflexionar sobre la necesidad de dotar de significado al problema de la violencia de género desde el constitucionalismo social. Como primera tarea, propondré una aproximación al problema de la violencia de género a través del análisis de los grupos vulnerados, así como de las acciones del Estado para resolver las desigualdades sociales. Luego, examinaré cómo la interpretación del derecho, desde el constitucionalismo social, sirve para garantizar los derechos de igualdad y de la Seguridad Social de los grupos vulnerados. Por último, daré cuenta de algunas consideraciones a manera de síntesis para arribar a conclusiones iniciales que faciliten investigaciones futuras.

Palabras clave: Violencia de género – Grupos vulnerados – Acciones positivas - Interpretación jurídica – Constitucionalismo social

¹ Agradezco las observaciones y comentarios vertidos sobre una primera versión del texto por Claribel Lingardi, Joaquín López Viñals, Alejandra Perin y Ariel Strappa, quienes me ayudaron a mejorarlo. Los déficits que conserva el texto son de mi completa responsabilidad.

² Mariela E. Blanco es Abogada y egresada del ABOGAR. Este trabajo es una adaptación –con los fines de su publicación– del Trabajo Final de Investigación con el que aprobó el ABOGAR 2021



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



Abstract

This is a reflection on the need to give meaning to the problem of gender violence from social constitutionalism. As a first task, I will propose an approach to the problem of gender violence through the analysis of the vulnerable groups, as well as the actions of the State to solve social inequalities. Then, I will examine how the interpretation of the law, from social constitutionalism, serves to guarantee the rights of equality and Social Security of the vulnerable groups. Finally, I will make some considerations by way of synthesis to arrive at initial conclusions that facilitate future research.

Key words: Gender violence - Vulnerable groups - Positive actions - Legal interpretation - Social Constitutionalism

A MODO INTRODUCTORIO

La violencia de género se ha establecido como un problema público de importancia y ha comenzado a figurar como tema relevante en la agenda de gobierno de los últimos años. El Estado toma un rol protagónico al asumir el compromiso de resolver las desigualdades sociales, la protección integral de las personas y de sus derechos fundamentales. Para cumplir ese rol se deben articular acciones positivas de la Administración Pública para garantizar el pleno goce de los derechos.

Los constituyentes de 1994 fueron conscientes del contexto social en el que se sancionó la reforma y de la necesidad de avanzar en la tutela de los derechos de grupos históricamente relegados y, en razón de ello, incorporaron las acciones positivas en varias normas del nuevo texto. Así, el artículo 75 inciso 23 prevé explícitamente la intervención directa legislativa y administrativa, de ejecución, materialización y realización de la igualdad real y efectiva de oportunidades y de trato de los grupos vulnerados. Sin dudas la incorporación de este dispositivo legal en el texto constitucional reforzó la indelegable responsabilidad del Estado en la protección de los derechos de las personas. Las acciones positivas adoptadas por el Estado representan un avance para la eliminación de la brecha entre la igualdad formal y la igualdad real. Es decir, entre la existencia de los derechos y su reconocimiento, exigibilidad y efectivo goce.

Es entonces a partir de la reforma constitucional de 1994 y del dictado de leyes como la de “Protección integral para prevenir, san-

cionar y erradicar la violencia contra las mujeres” (Ley N° 26.485) y la norma que instaura el “Régimen de Reparación Económica destinado a niñas, niños y adolescentes”, cuyo progenitor/a y/o progenitor/a afín haya fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género (Ley N° 27.452), que nos exhorta a interpretar el derecho desde el constitucionalismo social. El modelo constitucionalista sitúa a la Constitución Nacional en el centro del sistema político y jurídico de manera que la validez de las leyes no depende solo de la forma de su producción, sino de la compatibilidad de su contenido con las normas infra y supra constitucionales.

Más allá de las discusiones ideológicas, que siempre están presentes y forman parte en el tipo de gestión estatal que se adopte, es necesario indagar sobre el rol del Estado en la resolución de las necesidades de la comunidad, en especial de los grupos vulnerados representados por mujeres, niñas, niños y adolescentes que sufren violencia de género y/o intrafamiliar.

El estudio que aquí se expone fue motivado por la inquietud originada tanto en el ejercicio profesional como académico acerca de la necesidad de interpretar el derecho desde el constitucionalismo social, poniendo como eje central al ser humano. De este modo es imperativo una intervención del Estado que respete y garantice los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las especiales circunstancias de cada persona.

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género se constituye como un problema a partir de las elaboraciones conceptuales y discursivas, de construcción de categorías, de presentación de estadísticas y desarrollo de argumentos vinculados a la temática. Los aportes y debates de activistas y académicas/os que han visibilizado, denunciado y estudiado la violencia de género sirvieron para construirla como un problema social.

Un repaso histórico permitirá identificar a la violencia de género como problema específico por parte de grupos de mujeres y movimientos feministas recién a partir de las décadas de 1960 y 1970. Es por la década de 1970 que surge el lema “lo personal es político”, tomando como punto de partida la distinción entre “lo personal” (“lo que es propio de la persona”, lo que concierne a la propia vida) y “lo político” (“lo que es propio de la comunidad”, lo que concierne a la vida en común). Esta es una distinción convencional y sujeta a trans-

formaciones históricas, que descubre que “las cosas cotidianas son políticas” y que, por tanto, pueden y deben formar parte de la lucha por la transformación social en aras de la igualdad.

Cuando se hace referencia a “lo político”, se toma la idea foucaultiana de que la política no es algo separado de la realidad social, sino que es un efecto del discurso del otro. “Lo personal” representa el objeto del poder y es por este motivo que “lo personal” también se ha convertido en objeto de acción política, donde hay poder hay resistencia, donde hay poder hay necesidad de articular las cosas de otra manera. Por eso defino a la violencia de género como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre varones y mujeres.³ Es el símbolo más brutal de desigualdad existente en nuestra sociedad, que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

De la recorrida histórica se advierte que las teorías feministas comienzan a ganar espacios en las universidades a través de estudios de la mujer y de género. Lo que devino, en la década de 1980, en el aumento de presiones de los movimientos feministas hacia los gobiernos para el desarrollo de leyes y agencias encargadas del tratamiento de la violencia de género, preocupación cada vez más presente en la agenda de las instituciones nacionales e internacionales.⁴

Reconocida la violencia de género como problema social, también puedo definirla como las distintas formas de violencia hacia las mujeres por el hecho de serlo. Este tipo de uso abusivo de la fuerza se trata de una violencia estructural que se dirige hacia las mujeres con el objeto de mantener o incrementar su subordinación al género masculino hegemónico.⁵

3 Parrondo Coppel, E., “Lo personal es político”, en Trama y fondo: revista de cultura, ISSN 1137-4802, N° 27, 2009 (Ejemplar dedicado a La fiesta), pp. 106-107.

4 Cabral, P. y Acacio, J., “La violencia de género como problema público. Las movilizaciones por ‘Ni una menos’ en la Argentina», en Question. Revista especializada en Periodismo y Comunicación, ISSN 1669-6581, Vol. 1, N° 51 (julio-septiembre 2016), pp. 171-172.

5 Corsi, J. “La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo”. Disponible en: <http://www.corsi.com.ar/articulos.htm>

2. MARCO NORMATIVO

2.1 Internacional

A finales de la década de 1970 y a partir de los reclamos de las mujeres y de los movimientos feministas, la violencia de género se fue constituyendo como un problema de relevancia internacional. Y como eco de esas demandas, organismos internacionales conceptualizaron dicha problemática y desarrollaron tratados internacionales para su abordaje y erradicación: “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”⁶; la “Declaración y el Plan de Acción de Viena”⁷; la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”⁸, suscripta en Belém Do Pará, República Federativa de Brasil; la “Declaración y Plataforma de Acción de Beijing”⁹, durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer⁹; el “Protocolo Facultativo de la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las formas de

6 Aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1979. Es el primer instrumento jurídico internacional que posiciona a las mujeres como sujetos específicos de derechos a quienes los Estados deben proteger.

7 Emitida por la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en 1993.

8 Este documento fue adoptado por la Organización de Estados Americanos en el año 1994, y en él se destaca la responsabilidad de los Estados Parte en la defensa de los derechos de las mujeres y niñas de la región. La Convención de Belém do Pará marcó un salto hacia las leyes de segunda generación, esto es, se pasó a considerar la violencia por motivos de género desde una perspectiva integral.

9 La Plataforma define que la igualdad entre mujeres y varones es una cuestión de derechos humanos y tiene como objetivo hacer realidad todos los derechos de las mujeres, como el de vivir sin violencia, asistir a la escuela y tener igual remuneración por igual trabajo. La transversalización de la perspectiva de género y diversidad consagrada por la Plataforma constituye un principio rector de las políticas públicas encaminado a lograr la igualdad de género. Como tal, promueve que las necesidades y experiencias de las mujeres y diversidades, al igual que las de los varones, sean tenidas en cuenta en la elaboración, ejecución, control y evaluación de las políticas en todas las esferas de acción del Estado.

discriminación contra la mujer”¹⁰; los “Principios de Yogyakarta”¹¹; la “Recomendación General N° 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”¹²; y el “Convenio 190” y “Recomendación 206” de la OIT sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo¹³. A partir de estos instrumentos, gran parte de los Estados legislaron reconociendo a toda violencia hacia las mujeres como una violación a los derechos humanos¹⁴ e implementaron medidas para prevenir, sancionar y erradicarla.

2.2. Nacional

En Argentina, a partir del proceso de recuperación democrática y la demanda por la reivindicación de los derechos humanos, la problemática de género cobró relevancia, ganando espacio en la agenda pública. Así, se sancionaron leyes y se crearon agencias estatales para la prevención de la violencia de género, principal-

10 Mediante la puesta en vigencia del Protocolo Facultativo de la CEDAW, los Estados parte reconocen al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (cuya sigla en inglés también es CEDAW) como un órgano competente, habilitado, para recibir denuncias referidas a situaciones o procesos de vulneración de derechos de las mujeres.

11 Se presentaron como una carta global producida por expertos en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos a pedido del Alto Comisionado de la ONU que contiene 29 principios fundamentales relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. Este instrumento tiene la intención de sentar bases de interpretación y estándares básicos de las normas internacionales de derechos humanos para garantizar la protección de los derechos humanos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgénero, travestis, intersexuales y demás personas comprendidas en el colectivo de las diversidades. Además de los principios, establece una serie de recomendaciones a los Estados, la sociedad civil, y la propia ONU para garantizar los derechos de las personas del colectivo LGBTTTIQ+.

12 La Recomendación N° 35 del año 2017 contiene precisiones importantes en relación con los estándares sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias.

13 Esta norma considera a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como una “violación o abuso de los derechos humanos”.

14 Propongo entender a los derechos humanos como luchas sociales cuya base teórica es la noción de proceso. Es decir, que siempre detrás del reconocimiento de derechos humanos se encuentra un tejido social que los está reclamando.

mente en el ámbito familiar.¹⁵ En el año 1980, a través de la Ley N° 23.179 se aprueba la “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, la que es ratificada en el año 2007. En el año 1987, se incorpora el divorcio vincular (Ley N° 23.515); al año siguiente se dicta la Ley N° 23.592 “Contra Actos discriminatorios”. Mediante la Ley N° 23.849 se aprueba la “Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁶ (1989), que es ratificada en el año 1990. En el año 1991, se establece el cupo legislativo mediante la Ley N° 24.012; también se crea el Consejo Nacional de las Mujeres por Decreto N° 1426/1992.

En febrero de 1988, el campeón mundial de boxeo argentino Carlos Monzón asesinó a su pareja Alicia Muñiz. Este femicidio fue inicialmente tratado como una escena de la vida privada entre un ex pugilista famoso y una ex modelo del espectáculo. Sin embargo, el movimiento de mujeres y el feminismo, en un contexto político de retorno a la democracia, le puso el nombre de mujer golpeada para dar visibilidad a la violencia que afecta a las mujeres dentro del hogar, de parte de su pareja sexoafectiva. El feminismo nacional hace suya la proclama lo personal, es político y tras la visibilidad mediática de la violencia, la cuestión acelera su puesta en agenda y llega el tratamiento en el Congreso Nacional, que se cristaliza en la promulgación de la Ley N° 24.417 de “Protección contra la Violencia Familiar”¹⁷ (1994). En el año 1996, mediante la Ley N° 24.632, se aprueba y ratifica la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”.¹⁸

En el año 2004 se dicta la Ley N° 25.929 de “Parto Humanizado”,

15 Se ratifica la CEDAW en 1985; se crea la Subsecretaría de la Mujer y la Comisión Nacional de Prevención de la Violencia Doméstica y Asistencia a la Mujer Golpeada en 1987. También se crea el Consejo Nacional de la Mujer, dependiente de la Presidencia de la Nación, en 1991; y en el orden nacional, se sanciona la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar en 1994.

16 Paradigma de niñez, sujetos/as de derechos.

17 El tratamiento de la violencia en el ámbito doméstico o familiar es definido por el Estado como una problemática social y no una cuestión privada.

18 Señala que la violencia es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Hace foco de este problema, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión, afectando negativamente sus propias bases.

que establece los derechos de las personas gestantes a la información, al trato digno, respetuoso e individual y la defensa de su libertad de elección respecto de la persona que la acompañará durante los controles prenatales, durante el parto y el postparto.

En el año 2006, mediante la Ley N° 26.171, se ratifica el “Protocolo Facultativo de la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”. También se dicta la Resolución N° 314/06 por la que se crea el programa “Las víctimas contra las violencias”, constituido por un equipo de operadores especializados que mantienen todos los días durante las 24 horas la línea 137, que funciona como medio de denuncia de distintos tipos de violencia, y brindan asesoramiento telefónico e intervienen en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires.

Se avanza en el tema con la sanción de la Ley N° 26.364 de “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas” (2008); y de la Ley N° 26.485 de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”, la cual brinda un abordaje integral y multidisciplinario de la violencia de género. Esta última norma difiere de la “Ley de Protección contra la Violencia Familiar”, la que se reduce a la violencia producida en tal ámbito, sin poner el eje en la desigualdad de género entre varones y mujeres.

En el año 2012 se dan otros progresos: Ley N° 26.743 de “Identidad de Género”, que constituye una herramienta fundamental en la lucha contra la violencia de género al consagrar el respeto a la identidad de género adoptada por todas las personas, protegiendo de este modo el derecho al trato digno y al libre desarrollo de las personas en toda su diversidad, respetando su identidad autopercebida. También se dicta la Ley N° 26.791 que incorpora al Código Penal el femicidio como agravante del delito de homicidio.¹⁹

Otros avances en el abordaje del tema son: la creación de un “Fondo especial de difusión de la Lucha contra la violencia de género” (Ley N° 27.039); la creación del “Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género” para garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género (Ley N° 27.210); las jornadas “Educar en igualdad: prevención y erradicación de la violencia de género” como base para que los alumnos, las alumnas y docentes desarrollen y afiancen actitudes, saberes, valores

19 De este modo se elimina la posibilidad de incorporar atenuantes como la emoción violenta.

y prácticas que contribuyan a prevenir y erradicar la violencia de género en todos los establecimientos educativos de nivel primario, secundario y terciario (Ley N° 27.234); se establece la paridad de género en ámbitos de la representación política (Ley N° 27.412); se establece un régimen de reparación económica para que los hijos y las hijas de mujeres víctimas de femicidio o de homicidio en contexto de violencia intrafamiliar y/o de género sean protegidos y crezcan en un ambiente sano y libre de violencias (Ley N° 27.452); se establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres a todo el personal de los tres poderes del Estado nacional —ejecutivo, legislativo y judicial- (N° 27.499).

En el año 2019, al promulgarse las Leyes N° 27.501 y 27.533, se establecen modificaciones sobre la Ley N° 26.485, incorporando la violencia política y en modalidades, la que sucede en el espacio público y la modalidad pública y política. En ese mismo año se dicta el Decreto N° 7, modificatorio de la Ley de Ministerios, y se crea el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, entre cuyos objetivos se encuentra la formulación de políticas de asistencia y atención integral a personas en situación de violencia por motivos de género. En el año 2020, se dicta el Decreto N° 721 de Cupo laboral para personas travestis, transexuales y transgénero en el sector público nacional; el Decreto N° 734 por el que se crea el “Programa de Apoyo y Acompañamiento a Personas en Situación de Riesgo por Violencia por Razones de Género” (ACOMPÑAR), que establece el otorgamiento de una prestación económica a personas en situación de riesgo por violencia de género; y, se ratifica el Convenio 190 y Recomendación 206 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (Ley N° 27.580). Y, en el año 2021, se dicta la Ley N° 27.636 de promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero (Diana Sacayán – Lohana Berkins).

3. LOS GRUPOS VULNERADOS A CAUSA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La expresión “grupos vulnerados”²⁰ se utiliza para designar aque-

20 Elijo hablar de *grupos vulnerados* porque son personas que necesitan la reparación urgente de sus derechos. Descarto la idea de *grupos en situación de vulnerabilidad* o *grupos vulnerables* porque sería naturalizar, enmascarar esa afectación de derechos.

llos grupos de personas o sectores de la población que, por acción u omisión del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas.²¹

La violencia de género es un fenómeno multicausal y complejo que atraviesa el entramado social y afecta severamente a las mujeres, niños, niñas y adolescentes, a quienes identifico como grupos vulnerados.²²

3.1. Las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y/o de género

La situación de violencia de género se configura en la existencia de una relación desigual de poder, en la que prevalece la dominación, desigualdad y discriminación, incluyendo violencia física y psíquica; que conlleva a un estado de vulnerabilidad que no permite a las mujeres que lo padecen, decidir o actuar libremente.

Las mujeres víctimas de violencia integran el grupo de personas vulneradas que encuentran amparo en el nuevo paradigma normativo que impone la legislación internacional y nacional que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Por ejemplo, en el orden internacional, la Convención de Belém Do Pará enuncia una serie de derechos que asiste a la mujer y, en particular, define que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Además, el artículo 7 establece deberes para los Estados Partes y, en lo que aquí interesa, dispone que los Estados “condenan todas las formas de violencia contra la mujer” y se obligan a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

21 *Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos. Políticas públicas y compromisos internacionales.* (Buenos Aires: Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2011), p. 11.

22 En este sentido se sigue a Sebastián Pereyra al entender que a la violencia de género como un problema social y público que se traduce en su carácter extendido, al no ser interpretado como mero problema personal o como un hecho aislado o fortuito, sino que pueda ser inscripto y conectado en tramas más amplias; y que requiere la constitución de públicos afectados que interpelen a entidades colectivas para el tratamiento de la problemática.

3. 2. Los niños, niñas y adolescentes

Los niños, niñas y adolescentes conforman un grupo que ha merecido una atención especial por parte de la comunidad internacional debido a la dependencia necesaria del adulto para las condiciones de su desarrollo.

La infancia y la adolescencia se caracterizan por ser el tiempo de crecimiento integral y desarrollo de potencialidades. En estas etapas, son especialmente necesarios los cuidados de los padres o los adultos referentes en un entorno familiar, que aseguren un saludable y completo desenvolvimiento físico, psíquico y mental para alcanzar una vida adulta plena. Brindar estos cuidados es una responsabilidad del Estado.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño considera que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y establece como mecanismo de control de su cumplimiento la presentación de informes periódicos por parte de los Estados al comité creado por el instrumento. Las recomendaciones que este organismo internacional realiza a los Estados fijan los estándares de derechos humanos en la materia, que deben constituirse en una guía para el diseño y la ejecución de las políticas públicas destinadas a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.²³

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes que son expuestos a la violencia en el hogar, el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación general N° 35²⁴ visibiliza los escenarios en que los/las menores son utilizados para perpetuar la violencia de género.

Casi treinta años después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado asume la dirección de una política para la infancia con enfoque de derechos y el parlamento sanciona en el año 2018 la Ley N° 27.452. Sobre este último grupo, y para avanzar en el análisis de las acciones positivas para su tutela, paso a analizar lo dispuesto por esta normativa.

4. LAS ACCIONES DEL ESTADO PARA RESOLVER LAS DESIGUALDADES SOCIALES

La expresión *acción positiva* tiene su origen en 1935 en Estados

23 Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos. Políticas públicas y compromisos internacionales, p. 17.

24 Adoptada en el año 2017.

Unidos, en el contexto de reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afroamericana y otras minorías y movimientos de contestación social en los que tiene su origen el llamado derecho antidiscriminatorio. La Administración adoptó una serie de medidas de carácter intervencionista para integrar a las minorías.

Al margen de este origen histórico, las acciones positivas tienen íntima relación con el principio de igualdad, esto es porque estas acciones pueden ser vistas como una excepción al principio.²⁵ Son instrumentos para combatir la subordinación o la discriminación estructural que sufren ciertos grupos sociales; sirven para intervenir en la administración, regulación y cambio de la sociedad. Son instrumentos para erradicar la desigualdad, haciendo visibles y pasando por alto las dificultades que tienen las mujeres, niños, niñas y adolescentes en situación de violencia de género, para concretar sus derechos.

4.1. El Régimen de Reparación Económica – Ley Brisa

A partir del femicidio de Daiana Barrionuevo en septiembre de 2014, el Congreso nacional sancionó, en 2018, la Ley N° 27.452, conocida como Ley Brisa, en honor a una de las hijas de la mujer, asesinada por su ex pareja. Esta ley creó el Régimen de Reparación Económica destinado a niñas, niños y adolescentes, cuyo progenitor/a y/o progenitor/a afin:

- haya sido procesado y/o condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de su progenitora; o bien,
- que la acción penal seguida contra su progenitor y/o progenitor afin, en la causa penal donde se investigue el homicidio de su progenitora, se haya declarado extinguida por muerte;
- o que cualquiera de sus progenitores y/o progenitores afines haya fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género.

Esta reparación económica es equivalente a un haber mínimo y es compatible con la Asignación Universal por Hijo, con el régimen de Asignaciones Familiares, con las pensiones por fallecimiento, y con cualquier otra prestación de la cual sean beneficiarios/as. Además, la Ley N° 27.452 garantiza la cobertura integral de salud.

25 No estoy de acuerdo con la idea de acción positiva como sinónimo de discriminación inversa o diferenciación positiva porque entiendo que el término, si bien tiene un significado neutro, en la cultura jurídica es usado peyorativamente como parcialidad.

Para ser beneficiario/a de esta reparación económica se exige que sean menores de 21 años de edad o sin límite de edad para personas con discapacidad al momento en que se produce el delito; ser argentino/a o con residencia mínima de 2 años; y que el hecho haya ocurrido en el territorio nacional argentino. Además se requiere que:

- el progenitor/a o progenitor/a afín haya fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género, siendo ésta determinada por la autoridad judicial.

- el progenitor/a o progenitor/a afín haya sido procesado y/o condenado con sentencia firme.

- la acción penal seguida contra su progenitor/a y/o progenitor/a afín, en la causa penal donde se investigue el homicidio de su progenitor/a, se haya declarado extinguida por muerte.

No es condición necesaria que el femicida /homicida haya sido pareja, conviviente de la víctima o que sea el padre/madre biológico/a de los/as niños/as y adolescentes.

Considero que el Régimen de Reparación Económica creado por la Ley N° 27.452 es una acción positiva en la agenda de género, pero vale advertir que esa agenda es más amplia. Entiendo que la agenda de género debe contemplar lo vincular, lo educativo, además de la asistencia económica y la cobertura de salud. Es necesario que el Estado acompañe integralmente a esos niños, niñas y adolescentes y a sus familias, de modo de crear una red que brinde contención para que este grupo vulnerado pueda tener una vida mejor.

4.2. El Programa de Apoyo y Acompañamiento a Personas en Situación de Riesgo por Violencia de Género - ACOMPAÑAR

Como ejemplo de las acciones positivas del Estado cito al Decreto N° 734/2020 mediante el que se creó el Programa de Apoyo y Acompañamiento a Personas en Situación de Riesgo por Violencia por Razones de Género (ACOMPAÑAR), y que establece el otorgamiento de una prestación económica a personas en situación de riesgo por violencia de género.

Esta prestación es implementada por el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad²⁶, en articulación con la ANSES, y tiene el ob-

26 Esta prestación se elaboró en el marco de un “Plan Nacional de Acción contra las Violencias por Motivos de Género 2020-2022”, con una perspectiva multiagencial y transversal, proponiendo un nuevo abordaje integral e interseccional de esas violencias y con el objetivo de modificar las condiciones

jetivo de promover la autonomía de las mujeres y personas LGBTI+ que se encuentran en riesgo acreditado por situación de violencia por motivos de género; y que puedan elaborar un proyecto de vida libre de violencia. Tiene un monto equivalente a un Salario Mínimo Vital y Móvil que se pagará durante 6 meses consecutivos, con la finalidad de contribuir a solventar los gastos esenciales de organización y desarrollo de un proyecto de vida autónomo y libre de violencias.

La norma define a las personas en situación de violencia por motivos de género a aquellas que se encuentran en riesgo, es decir, aquellas mujeres y personas LGBTI+ que por sus condiciones socioeconómicas y vinculares se encuentran expuestas a diversas manifestaciones de las violencias por motivos de género que ponen en riesgo su integridad física y psicológica y su autonomía económica y social.

Y, para acreditar la situación de riesgo por violencia por motivos de género se realiza un informe psicosocial elaborado por una trabajadora social o responsable del área mujer, local o provincial, cercano a la persona a ingresar en el programa.

Este programa prevé, además de una prestación económica, y como contraprestación, la participación en actividades de acompañamiento y fortalecimiento planificadas por la unidad de ingreso. Este acompañamiento debe ser abordado desde una perspectiva integral, orientada al fomento de la participación en espacios colectivos.

5. LA NECESIDAD DE INTERPRETAR EL DERECHO DESDE EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El constitucionalismo social surge casi con la finalización de la primera guerra mundial, y se caracteriza primariamente como un vasto movimiento que trata de conciliar al interés individual con el interés de la colectividad, estableciendo normativamente que los derechos individuales deben estar limitados en su práctica y ejercicio al bien común.

El constitucionalismo social es una doctrina que promueve la inclusión en las constituciones del mundo de los derechos humanos de segunda generación conocidos como derechos sociales, económicos y culturales, y la implementación del Estado social o de bienestar

estructurales que afectan a las personas en situación de violencia de género.

que implica el control y la regulación mediante políticas sociales y económicas para evitar abusos o distorsiones.

Interpretar el derecho desde el constitucionalismo social sirve para describir, explicar, comprender las consecuencias y alentar el proceso de transformación del ordenamiento jurídico. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten. Interpretar el derecho desde el constitucionalismo social implica una nueva visión de la labor interpretativa, que propugna la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista; una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho.²⁷

Respecto a los derechos sociales, Luis Prieto Sanchís advierte que hay quienes los toman muy poco en serio, como derechos aparentes o declaraciones retóricas que por propia su vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico. Por ejemplo, Sola explica que la Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas e imprecisas, expresiones como “*usar y disponer de su propiedad*” o “*bienestar general*” han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Y que lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir los jueces. Identifica el autor a la Corte Suprema como el agente de esa generación de derechos.²⁸

Prieto Sanchís advierte que esta visión es simplista y, en cambio, considera necesario un entendimiento amplio de los derechos que implique una interpretación del derecho más meditada y compleja.

También Marshall se refirió a la interpretación constitucional a principios del siglo XIX, diciendo que la Constitución no podía tener “*la prolijidad de un código legal*” pero en cambio “*su naturaleza requiere que solamente los grandes lineamientos puedan ser expresados, sus objetos importantes designados (...) una Constitución, que tiene intención de perdurar en el tiempo a venir, y consecuentemente, a ser adaptada a las variadas crisis de los asuntos humanos*”.²⁹

27 Prieto Sanchís, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid, N° 5, 2001, pp. 201-228.

28 Sola, J., Manual de Derecho Constitucional, (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2011), pp. 79 y ss.

29 Fallo: Mc Culloch vs. Maryland, 1819.

5.1. La interpretación de los hechos en la violencia de género

Los hechos en la violencia de género deben ser analizados desde la desigualdad histórica de poder entre varones y mujeres y, desde este contexto, otorgarles su dimensión real. Como eje de este análisis tomo los instrumentos normativos nacionales e internacionales que legislan sobre la materia, para concretar el compromiso de hacer efectiva la lucha contra la violencia de género.

Así, cuando una mujer resulta víctima de violencia de género, no se encuentra en desventaja desde que es victimizada sino que ya estaba en desventaja desde antes, y esa situación va a influir en su reacción durante la agresión y después de ésta.³⁰

Al respecto, Claudia Sbar señala que:

“... en los casos de violencia de género, para una adecuada y efectiva aplicación de los postulados constitucionales, instrumentos normativos internacionales y legislación nacional vigente en la materia, resulta esencial que los hechos del caso sean valorados con perspectiva de género, considerando entre otros factores, el impacto que este tipo de violencia genera en la personalidad y actitudes de la víctima. Una correcta interpretación implica recuperar el punto de vista de la persona damnificada y su experiencia, escuchar su voz, sus sentimientos y considerar sus necesidades.”

Es decir que una interpretación adecuada de los compromisos internacionales obliga al Estado a buscar formas de brindar a la mujer las herramientas efectivas para acceder a sus derechos. Se trata de un auténtico imperativo legal y, por tanto, no se trata de una mera opción o recomendación para la buena práctica de la función estatal.

5.2. El principio de igualdad y la interpretación de los hechos de violencia de género

La consagración constitucional de la igualdad como derecho fundamental y como principio normativo exige al Estado asegurar la efectividad del derecho a la igualdad, erradicando los comportamientos discriminatorios, integrando la metodología jurídica de interpretar los hechos con perspectiva de género.

Interpretar con perspectiva de género supone una transversalización real del principio de igualdad contenida en la Constitución Nacional y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por

30 Carbajal, M., “Prisión efectiva para la violencia de género”, diario Página 12, 19/4/2011.

nuestro país. Por transversalización³¹ debe entenderse:

“(al) proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad”.

Por tanto, el principio de igualdad en la interpretación de los hechos de violencia de género constituye una obligación normativizada y vinculante que se fundamenta en disposiciones internacionales y nacionales a la que el Estado se le impone. Es decir, se exige un método interpretativo integrador de la dimensión realista y evolutiva del derecho en la necesaria dimensión normativista.

Al respecto, Cristóbal Molina Navarrete dijo que se debe realizar una *“interpretación de las leyes que garantice una mayor atención al contexto fáctico de desigualdad de roles y posiciones entre los sexos, como condición de efectividad de la igualdad jurídica”*.³²

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: *“La noción constitucional de igualdad no se reduce a la apreciación de aspectos meramente formales o matemáticos, sino que debe adecuarse a cada caso particular, con sus peculiaridades específicas”*.³³ *“El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica”*.³⁴

Por ello, el Estado debe asumir una implicación proactiva para eliminar las desigualdades en el orden jurídico y en la realidad de la Seguridad Social. El método interpretativo desde el constitucionalis-

31 En julio de 1997, el ECOSOC definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género.

32 Molina Navarrete, C., *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, (Madrid: Wolters Kluwer, 2020), p. 52.

33 v. Fallos: 330:4988.

34 v. Fallos: 330:3853.

mo social debe aplicarse tanto al caso particular, como en relación a las obligaciones que tiene el Estado de prevenir situaciones análogas y, eventualmente, salvaguardar el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En este apartado se pretende dar cuenta de algunas consideraciones a manera de síntesis, y arribar a conclusiones iniciales que faciliten investigaciones futuras.

La violencia ha estado implícita en el género –como un ordenamiento natural–, lo que ha dado lugar a la construcción de subjetividades y la orientación de prácticas cotidianas, en los ámbitos público y privado, ordenando el espacio social, las instituciones y las normas que lo regulan de modo tal que, históricamente, han resultado excluidas y subordinadas las mujeres. Desnaturalizar este orden y hacer visible la violencia que implica sobre los cuerpos y las vidas de los seres humanos es imprescindible para la inclusión plena y el acceso igualitario de todas y todos a los mismos derechos.

La violencia de género no es un asunto privado, es una violación de los derechos humanos y por lo tanto una cuestión de Estado. El Estado, para cumplir con la garantía de derechos, no sólo debe adecuar su normativa interna, sino también sus instituciones y prácticas; esto es, debe llevar adelante una política pública con enfoque de derechos humanos. En este sentido, destaco que, independientemente de la sanción de la ley de protección integral de la mujer y de las demás leyes mencionadas en este trabajo, ha habido otros avances importantes en materia de violencia de género que han permitido al Estado adecuar sus prácticas.

Las acciones positivas llevadas a cabo por el Estado son instrumentos de intervención, otorgando legitimidad a las decisiones tomadas por aquellos en posición de autoridad. Sin embargo, describir las acciones positivas como instrumentales no quiere decir que están vacías de simbolismo o de significado. Considero central el dualismo entre lo instrumental y lo expresivo. Por un lado, una acción positiva puede ser instrumentada mediante una ley para ser aplicada y producir efectos en un campo social dado, con lo que ésta tendrá eficacia instrumental; o, por otro lado, puede ser promulgada sólo para producir el efecto de contar con una ley sobre un determinado campo social y que ese hecho tenga impacto público independientemente

de saberse si la ley es o no aplicada, con lo que ésta tendrá eficacia simbólica.

Las mujeres, niños, niñas y adolescentes, como resultado de sus luchas en las últimas décadas, han producido avances en las políticas de reconocimiento de los derechos colectivos, a través de la adopción de instrumentos del derecho internacional para su protección jurídica y reconocimiento constitucional. Por ello es necesario que el Estado atienda a las necesidades materiales, fundamentales para la vida de estos grupos vulnerados.

La interpretación del derecho desde el constitucionalismo social sitúa a la Constitución en el centro del sistema político y jurídico de manera que la validez de las leyes no depende solo de la forma de su producción, sino de la compatibilidad de su contenido con las normas constitucionales. Se debe interpretar al derecho dentro del contexto actual, atendiendo a los aspectos históricos y a los cambios sociales más relevantes, a fin de comprender el derecho desde la Constitución y considerar las consecuencias de su aplicación.

La interpretación del derecho aquí propuesta se presenta, por un lado, como un método que proporciona herramientas para la solución de situaciones de violencia de género, partiendo de una verdad provisional, histórica y empírica. Sobre este punto, Alda Facio sostiene que *“no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando”*.³⁵ Por otro lado, la interpretación del derecho considera relevante analizar las consecuencias de que las decisiones sean contextuales, antifundamentalistas, instrumentales, orientadas hacia el futuro y sometidas a la perspectiva de género. Dado que el derecho es fundamentalmente una práctica social dialógica, la interpretación debe necesariamente incluir a este grupo vulnerado, asumiendo el problema como categoría bidimensional. Con otras palabras, el “quién” y el “cómo” condicionarán el “qué”, propio de las teorías tradicionales, en general centradas en uno u otro aspecto (distribución o reconocimiento).³⁶

El reconocimiento de la violencia de género como un problema

35 Facio, A.: “Con los lentes del género se ve otra justicia”, *El otro derecho*, N° 28, julio 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 86.

36 Juan, G.: “La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos”. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 60-89.

social y público que se traduce en su carácter extendido, y que requiere la constitución de públicos afectados que interpelen a entidades colectivas para el tratamiento de la problemática; es algo que recién está iniciando y se debe tomar conciencia de que queda mucho por hacer. Me permito, para finalizar, citar las palabras de Boaventura de Souza Santos: *“...el análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia (...)”*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cabral, P. y Acacio, J. (2016). La violencia de género como problema público. Las movilizaciones por 'Ni una menos' en la Argentina. *Question, Revista especializada en Periodismo y Comunicación*, ISSN 1669-6581, Vol. 1, N° 51.
- Carbajal, M. (19/4/2011). Prisión efectiva para la violencia de género, *diario Página 12*.
- Corsi, J. "La violencia hacia las mujeres como problema social. Análisis de las consecuencias y de los factores de riesgo". Recuperado de: <http://www.corsi.com.ar/articulos.htm>
- Facio, A. (2002). Con los lentes del género se ve otra justicia, *El otro derecho*, N° 28, ILSA, Bogotá D.C., Colombia.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2011). *Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos. Políticas públicas y compromisos internacionales*. Buenos Aires: Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos.
- Juan, G. (2021). La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos. *Revista Boliviana de Derecho*, N° 31, ISSN: 2070-8157.
- Molina Navarrete, C. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Parrondo Coppel, E. (2009). Lo personal es político. *Trama y fondo: revista de cultura*, ISSN 1137-4802, N° 27, Ejemplar dedicado a La fiesta.
- Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, N° 5.
- Sola, J. (2011). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. La Ley.

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

LEANDRO G. SALGAN RUIZ

EL ROL DE PARTE ACUSADORA DE LA OFICINA ANTICORRUPCIÓN EN EL SUMARIO ADMINISTRATIVO

LEANDRO G. SALGAN RUIZ¹
UBA - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 415-430.

SUMARIO. I.- INTRODUCCIÓN. II.- DESARROLLO. 2.1.- Principio democrático: el sistema que ordena una ley que regule el ejercicio ético de la función pública para garantizar el goce efectivo y real de los derechos fundamentales.- 2.2.- Oficina Anticorrupción: un organismo desconcentrado con independencia técnica bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.- 2.3.- Investigación preliminar: una actividad preventiva que indaga sobre la materialidad de los hechos de corrupción en el Sector Público Nacional. 2.4.- Rol de parte acusadora: una participación activa en el inicio, desarrollo y cierre del sumario disciplinario en el Decreto N° 556/2022. III.- CONCLUSIONES. IV.- BIBLIOGRAFÍA.

¹ Abogado (UBA). Especialista en Abogacía Pública, Contratos Administrativos, Derecho Procesal y Defensa del Estado en la Procuración del Tesoro de la Nación (ECAE). Mg. en Derecho Administrativo con Diplomado Post Magistral en Derecho Administrativo Profundizado (Universidad Austral). Mg. en Abogacía del Estado (UNTREF). Doctorando en Derecho (Universidad Kennedy). Profesor de Ciencias Jurídicas (USAL) con actividad de grado y postgrado (seminarios, diplomaturas, programas de Actualización, especializaciones y maestrías). Docente Investigador (UBA) con líneas actuales en “Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales DESCA”, “Activismo judicial”, “Estado Constitucional de Derecho” y “Litigio adversarial”. Expositor en eventos jurídicos. Autor de publicaciones en revistas especializadas nacionales y del exterior. Miembro del Consejo de Redacción del Boletín Jurídico del ECAE.



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

I.- INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo analizar el rol de parte de acusadora de la Oficina Anticorrupción (OA) en el Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA) aprobado por el Decreto N° 456/2022.

En primer lugar, comenzaremos con el análisis del principio democrático del artículo de 36 de la Constitución Nacional (CN). Indagaremos en la incidencia de la implementación ley N° 25.188 en los derechos fundamentales en la dimensión formal y real de la democracia.

En segundo lugar, continuaremos con la naturaleza jurídica de la OA en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Nos enfocaremos centralmente las condiciones de acceso de su titular, garantías de actuación y el diseño de su estructura.

En tercer lugar, avanzaremos con la investigación preliminar de los hechos de corrupción del SPN. Nos centraremos en la competencia específica en materia de incompatibilidades, conflictos de interés, pautas de comportamiento ético, Declaraciones Juradas y régimen de obsequios.

En cuarto lugar, culminaremos con la intervención específica en el procedimiento disciplinario. Describiremos aquellos actos más relevantes en el inicio, desarrollo y finalización del sumario administrativo.

II.- DESARROLLO

2.1.- Principio democrático: el sistema que ordena una ley que regule el ejercicio ético de la función pública para garantizar el goce efectivo y real de los derechos fundamentales

Para garantizar las instituciones del Estado el Constituyente consagró expresamente el *principio democrático* de la ley fundamental. En efecto, el artículo 36 CN del nuevo capítulo de derechos y garantías asegura un *orden institucional* dentro de un *sistema democrático* tutelado por la supremacía constitucional (Art. 31 CN).

De un lado, una democracia formal que se despliega en una forma *representativa* (Art. 22 CN) de gobierno (Art. 1° CN) donde cada funcionario público ejerce un poder delegado por el pueblo (Art. 44 CN). Ello se complementa con el *derecho de iniciativa legislativa* (Art. 39 CN) y la *consulta popular* (Art. 40 CN) concebidos como mecanismos de participación ciudadano.

De otro, una democracia real que fomente una *igualdad real de oportunidades* (Art. 75 inc. 19 CN) a través de un Estado activo que garantice la prestación directa y accesible de los derechos. Concretamente que impulse acciones y medidas positivas (Art. 75 inc. 23 CN) de *niños*², *mujeres*³, *adultos mayores*⁴ y *personas con capacidades especiales*⁵.

La vigencia del principio democrático queda neutralizada desde el momento en que un acto fuerza interrumpe la vigencia del orden institucional protegido por el artículo 36 CN. Incluso frente a su ejecución y materialidad se reconoce al ciudadano el derecho a resistencia pacífica.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo garantiza el principio democrático el orden de las instituciones frente a un acto de fuerza que afecta la forma representativa de Gobierno.

La CN encomendó al Congreso la sanción de una norma que regule el ejercicio de la función pública cuyo mandato constitucional se plasmó en la Ley N° 25.188 y sus reformas⁶.

Lo que ocurre es que precisamente el Estado Nacional es una persona ética por excelencia⁷ y somete su propia actuación a ese marco normativo previamente formulado por el orden jurídico⁸.

Se reforzó este plexo normativo con la incorporación a nuestro

2 Ley N° 26.061 (sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre de 2005 y publicada el 26 de octubre de 2005 en el Boletín Oficial N° 30.767)

3 Ley N° 26.485 (sancionada el 11 de marzo de 2009, promulgada el 1° de abril de 2009 y publicada el 14 de abril de 2009 en el Boletín Oficial N° 31.362)

4 Ley N° 27.360 (publicada el 31 de mayo de 2017 en el Boletín Oficial N° 33.635)

5 Ley N° 27.044 (sancionada el 19 de noviembre de 2014, promulgada el 11 de diciembre de 2014 y publicada el 22 de diciembre de 2014 en el Boletín Oficial N° 33.035)

6 Ley N° 26.857 (sancionada el 8 de mayo de 2013, promulgada el 21 de mayo de 2013 y publicada el 23 de mayo de 2013 en el Boletín Oficial N° 32.645)

7 PTN, Dictámenes, 251:411. En igual sentido, Dictámenes, 190:103 y 223:147

8 CSJN; Sentencia del 19/11/1992 en la Causa S. 2867/92. "Recurso de hecho: Bauhoffer, Martha B. en autos: Naveiro de La Serna de López, Helena M", Fallos 315:2771

ordenamiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁹, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)¹⁰ y Convención sobre la Lucha contra el Cohecho sobre los Funcionarios Públicos Extranjeros¹¹ respectivamente.

En este contexto, el RIA actualiza el rol de parte acusadora de la OA con el fin de adecuarlo a las disposiciones del Decreto N° 102/99 y sus modificatorios.

2.2.- Oficina Anticorrupción: un organismo desconcentrado con independencia técnica bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Para la prevención y combate eficiente de un hecho de corrupción en la función pública la CNUCC exige de un organismo especializado del Estado parte. Así se asegura la democracia, la justicia, el imperio de la ley y la estabilidad de la sociedad.

Precisamente por esa razón el legislador creó la Oficina Anticorrupción (OA) bajo la estructura y presupuesto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹².

El Poder Ejecutivo Nacional (PEN) encomendó la representación, conducción y administración de la OA a la Secretaria de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción¹³.

Asimismo, el Decreto N° 226/15 suprimió el requisito de ser abogado con 6 años de antigüedad en el ejercicio de la profesión, en el Ministerio Público o Poder Judicial de la Nación.

Esta repartición carecía de independencia dado que tanto la designación de su titular como su remoción esta en cabeza de la Jefa-

9 Ley N° 24.579 (sancionada el 25 de octubre de 1995, promulgada el 22 de noviembre de 1995 y publicada el 27 de noviembre de 1995 en el Boletín Oficial N° 28.279)

10 Ley N° 26.097 (sancionada el 10 de mayo de 2006, promulgada el 6 de junio de 2006 y publicada el 9 de junio de 2006 en el Boletín Oficial N° 30.923)

11 Ley N° 25.319 (sancionada el 7 de septiembre de 2000, promulgada el 6 de octubre de 2000 y publicada el 18 de octubre de 2009 en el Boletín Oficial N° 29.506)

12 Ley N° 25.233 (sancionada el 10 de diciembre de 1999, promulgada el 10 de diciembre de 1999 y publicada el 14 de diciembre de 1999 en el Boletín Oficial N° 29.292)

13 Decreto N° 226/2015 (publicado el 23 de diciembre de 2015 en el Boletín Oficial N° 33.282)

tura de Administración Pública (Art. 99 inc. 1 CN) del presidente de la Nación.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo aseguramos el estándar exigido por el artículo 36 CNUCC para el combate de la corrupción en la función pública del PEN.

La respuesta a este interrogante hace necesario que nos detengamos en tres aspectos centrales del Decreto N° 54/2019: la *desconcentración* de la competencia, posición y *garantías formales* de actuación del titular de la OA.

En primer lugar, el PEN asignó a la OA el carácter de órgano desconcentrado¹⁴. El Decreto N° 885/2020 aprobó el diseño de su organización en el primer nivel con Direcciones y el segundo con las Coordinaciones respectivamente.

En segundo lugar, la OA goza de una mayor independencia técnica. El ejercicio de su competencia por el Titular no recibe instrucción alguna del Presidencia de la Nación ni de ninguna autoridad superior del PEN.

En tercer lugar, el titular de la OA goza del rango y jerarquía de un equivalente a un Ministro. Ciertamente se trata de un estatus protocolar que lo coloca en una posición relativa en la estructura orgánica de la Administración¹⁵.

2.3.- Investigación preliminar: una actividad preventiva que indaga sobre la materialidad de los hechos de corrupción en el Sector Público Nacional

Para la prevención de las conductas de la CICC la OA investiga cada jurisdicción del SPN. Ciertamente el artículo 2° del Decreto N° 102/99 autoriza que sustancie investigaciones preliminares por hechos de corrupción sobre agentes públicos (inciso b) y entes financiados con recursos del Estado (inciso d).

Según el artículo 3° del citado reglamento el ejercicio de esta facultad queda condicionada a criterios de significación institucional, económica o social. Cuando constata una presunta transgresión a una

14 MURATORIO, Jorge I.; “Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”; En: Universidad Austral. Facultad de Derecho, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Buenos Aires, Edit. RAP, 2005, Volumen: 1, Págs. 221 a 246; ISBN 987-21550-4-6

15 PTN, Dictámenes, 311:160

norma administrativa por el artículo 4° del Decreto N° 102/99 se remite la investigación preliminar a la autoridad pública de la jurisdicción para que se instruya el sumario administrativo conforme el RIA.

En primer lugar, el inciso a) del artículo 8° la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Estado¹⁶ extiende del Sector Público Nacional a todo organismo o entidad de la Administración Pública Nacional (APN) centralizada y descentralizada que incluye a las instituciones de Seguridad Social.

En segundo lugar, el inciso b) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 refiere a la descentralización del Estado con fines empresariales. Ello incluye a las empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta y otras organizaciones empresariales con participación mayoritaria de capital o en la formación societaria.

En tercer lugar, el inciso c) del citado artículo incluye a los entes públicos no estatales con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio donde el Estado incida en la formación de la decisión.

Con el objetivo de fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los agentes y el debido uso de los recursos estatales la OA dictó su Reglamento Interno de la Dirección de Investigaciones¹⁷.

El apartado 1) del artículo VI de la CICC define en sus incisos diferentes supuestos de hechos de corrupción vinculados al ejercicio de la función pública.

El inciso a) refiere al requerimiento o la aceptación por un funcionario público de cualquier beneficio para sí mismo, persona o entidad a cambio de un acto de servicio en el ejercicio de su tarea.

El inciso b) al ofrecimiento a un agente público de cualquier ventaja para sí, persona o entidad a cambio de una actividad o inactividad vinculada a su cargo.

El inciso c) a la acción u omisión por parte del funcionario público en el ejercicio o en ocasión de sus tareas propias del cargo para obtener un beneficio ilícito para su persona o tercero.

El inciso d) al aprovechamiento doloso u ocultamiento de los bie-

16 Ley N° 24.156 (sancionada el 30 de septiembre de 1992, promulgada el 26 de octubre de 1992 y publicada el 29 de octubre de 1992 en el Boletín Oficial N° 27.503)

17 Resolución N° 749/2000 del Ministerio de Justicia (publicada el 24 de agosto de 2000 en el Boletín Oficial N° 29.468)

nes que deriva de cualquier hecho de corrupción enumerado del artículo VI de la CICC del funcionario público.

El inciso e) a la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma de la comisión con signado por el artículo VI de la CICC del funcionario público.

Así aparece la cuestión que indaga acerca cuál el alcance de las competencias específicas de la OA en materia de investigación de conductas del artículo VI de la CICC.

En primer lugar, acorde el inciso a) del artículo 2° del Decreto N° 102/99 la OA recibe las denuncias en materia de integridad presentadas por los particulares o agentes públicos.

En segundo lugar, el apartado 1° del artículo III de la CICC exige que el Estado parte incentive una norma de conducta honorable, correcta y de cumplimiento en la función pública.

El Código de Ética Pública de la Función Pública consagró principios generales y específicos que guían el comportamiento del funcionario público.

Entre las pautas generales del Código se destacan la idoneidad (Art. 12), probidad (Art. 8°), prudencia (Art. 9°), justicia (Art. 10), templanza (Art. 11) y responsabilidad (Art. 13). Su aplicación privilegia el interés público, la fundamentación concreta de los actos, la transparencia y la aplicación de los principios en los procedimientos de contratación pública (publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad)¹⁸. También, las específicas del Decreto N° 41/99 apuntan a la aptitud (Art. 14), capacitación (Art. 15), legalidad (Art. 16), evaluación (Art. 17), veracidad (Art. 18), discreción (Art. 19), transparencia (Art. 20), independencia de criterio (Art. 23), obediencia (Art. 22) y equidad del cargo (Art. 24).

Asimismo, la igualdad del trato (Art. 25), el uso adecuado de bienes del Estado (Art. 27), cargo (Art. 26), información (Art. 30), tiempo de trabajo (Art. 28), colaboración (Art. 34), honor (Art. 33), decoro (Art. 32) y equilibrio (Art. 35) respectivamente.

Ciertamente se trata de un catálogo de conductas virtuosas que utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados que re-

18 COMADIRA, Julio R., "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", En AAVV, Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho., Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, Págs. 589 a 599, ISBN 987-98100-2-3

quieren un juicio concreción en cada caso concreto¹⁹.

Cuando un agente vulneró reglas y pautas de ética del artículo 2° de la Ley Ética en el Ejercicio de la Función Pública²⁰ esa conducta violatoria genera la aplicación de sanciones disciplinarias. La remoción según el artículo 3° de la Ley N° 25.188 se ajusta al procedimiento del régimen propio de la función.

El hecho probado y específico produce un incumplimiento del comportamiento ético por el funcionario público apto para tipificar y encuadrar normativamente la falta disciplinaria²¹.

En tercer lugar, en virtud del inciso d) del artículo 2° del Decreto N° 102/99 la OA denuncia el hecho de corrupción que constituye delito ante la justicia competente. Esta medida implementa la exigencia prevista en el inciso 1° del artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que no sólo centraliza, sino que aporta eficacia a la represión de la corrupción administrativa²².

Ciertamente el artículo 3° del Decreto N° 1162/2000 todo agente debe poner en su conocimiento ese episodio junto a la prueba, esquema o procedimiento que lo incentive que integra su objeto de investigación.

Asimismo, en el artículo 1° del citado reglamento converge en la presunción de la comisión de un delito perseguible de oficio cometido en el Sector Público Nacional.

Incluso el Código de Ética Pública de la Función Pública consagra esa obligación de denunciar ante su superior o las autoridades correspondientes en el artículo 31 del Decreto N° 41/99.

Comprende no sólo el acto de que tuviera conocimiento en ejercicio u ocasión de la función sino todo aquel que cause perjuicio al Estado, constituya delito o vulnere las disposiciones contenidas en el presente Código.

Cuando el hecho constituya un presunto *delito de acción pública* el Decreto N° 456/2022 encomendó a la Instrucción que verifique que la notificación de la orden de sumario (Art. 3°) y que constate

19 PTN, Dictámenes, 241:515

20 Ley N° 25.188 (sancionada el 29 de septiembre de 1999, promulgada el 26 de octubre de 1999 y publicada el 1° de noviembre de 1999 en el Boletín Oficial N° 29.262)

21 PTN, Dictámenes, 313:317

22 Cfr. PTN, Dictámenes, 253:469

si la autoridad competente (Art. 13) radicó la denuncia policial o judicial (Art. 14).

Según la Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 1/2016 la OA asume y desiste del rol de parte querellante adhesivo²³ en el proceso penal donde se encuentre afectado el patrimonio del Estado acorde el inciso e) del artículo 2° del Decreto N° 102/99.

Aunque es competencia del Ministerio Público Fiscal²⁴ la persecución de delitos de corrupción del funcionario público lo cierto es que el procedimiento admite criterios objetivos fijados en la Resolución 186/2018 para que el Estado ocupe ese rol de parte querellante representando al Ministerio de Justicia conforme los artículos 82 y 90 del CPPN.

Si se investiga el delito de *enriquecimiento ilícito* se llevará a cabo una actividad de seguimiento prevista en el inciso f) del artículo 2° del Decreto N° 102/99.

En cuanto lugar, la OA evalúa, controla y registra las Declaraciones Juradas Patrimoniales (DDJJ)²⁵ y sus Anexos reservados de los agentes públicos. El artículo 21 del Decreto N° 41/99 estableció el deber de presentar una declaración jurada de su situación patrimonial y financiera.

Ello implica también el deber de suministrarlas a la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA) del Ministerio Público Fiscal (MPF) para que las incorpore a su investigación²⁶.

Cuando un funcionario omitió presentarla dentro del plazo esa conducta vulnera los artículos 5° y 8° de la Ley de Ética Pública²⁷ el deber previsto en el inciso g) del artículo 3° de LMREP²⁸ que exige

23 CSJN; Sentencia del 30/05/2006 en la Causa G. 1471. XL., “Gostanian Armando s/ recurso extraordinario”; Fallos 329:1084

24 CSJN; Sentencia del 23/12/2004 en la Causa Q. 162. XXXVIII. RHE “Quiroga Edgardo Oscar s/Causa N° 4302”, Fallos 327:5863

25 Ley N° 26.857 (sancionada el 8 de mayo de 2013, promulgada el 21 de mayo de 2013 y publicada el 23 de mayo de 2013 en el Boletín Oficial N° 32.645)

26 PTN, Dictámenes, 299:28

27 Ley N° 25.188 (sancionada el 29 de septiembre de 1999, promulgada el 26 de octubre de 1999 y publicada el 1° de noviembre de 1999 en el Boletín Oficial N° 29.262)

28 Ley N° 25.164 (sancionada el 15 de septiembre de 1999, promulgada el 6 de octubre de 1999 y publicada el 8 de octubre de 1999 en el Boletín Oficial N° 29.247)

su presentación. Ese incumplimiento configura una falta grave y da lugar a una sanción disciplinaria.

En quinto lugar, el apartado 1° del artículo III de la CICC exige que el Estado parte la norma de conducta que prevenga los conflictos de interés. Con el objetivo de preservar la independencia de criterio y la equidad el artículo 41 del Código de Ética Pública de la Función Pública veda todo tipo de interés personal, laboral, económico o financiero que interfiera con las funciones del cargo.

Con parejo énfasis impide dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar ni prestar servicios, remunerados o no, a personas que gestionen o exploten concesiones o privilegios o que sean proveedores del Estado.

Tampoco mantener vínculos que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el órgano o entidad en la que se encuentre desarrollando sus funciones.

La Ley N° 25.188 reguló tanto el conflicto de interés actual como el potencial en los artículos 13 y 15 respectivamente mientras el PEN reguló el aparente en la contratación pública por el Decreto N° 202/2017 y representación judicial del Estado por el Decreto N° 201/2017.

La OA fiscaliza las situaciones de conflictos de interés acorde el inciso g) del artículo 2° del Decreto N° 102/99 de los agentes públicos y formula recomendaciones preventivas de transparencia²⁹.

Cuando la actividad laboral del funcionario configura un conflicto de interés esa conducta vulnera el deber de objetividad previsto en el inciso k) del artículo 23 de la Ley N° 25.164. Ese incumplimiento a este mandato preventivo de actuación³⁰ genera un sumario disciplinario y aplicación de una sanción administrativa.

En sexto lugar, el artículo 44 del Código de Ética de la Función Pública como regla impide que el agente que desempeñe un cargo en la Administración Pública Nacional acumule otro remunerado en el ámbito nacional, provincial o local.

La OA fiscaliza las situaciones de incompatibilidad de los agentes públicos. Cuando el agente ejerce dos o más cargos en el Estado en los términos del artículo 1° del Decreto Ley N° 8566/61 se configura

29 PTN; Dictámenes, 300:198

30 SALGAN RUIZ, Leandro G.; “Los mandatos preventivos en el ejercicio de la función pública: herramientas para una gestión pública transparente”; Buenos Aires, RAP N° 481, 2018, Págs. 7 a 32

una incompatibilidad.

En efecto, la restricción del ejercicio simultáneo de cargos públicos protege el erario público evitando el riesgo emergente del desempeño material de varias funciones públicas³¹.

Esa conducta consagrada en el apartado 2° del inciso g) del artículo 16 del Decreto Ley N° 8566/61 vulnera del deber de ajustarse al Régimen de Acumulación de Cargos, Funciones y Pasividades previsto en el inciso k) del artículo 23 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (LMREN)³².

La Dirección de Recursos Humanos analiza si procede la acumulación compatible de cargos en los términos del artículo 9° del Decreto Ley N° 8566/61. Si esto no fuese posible, intima al agente público por el plazo de 5 días para que opte por alguno de ellos bajo apercibimiento de ser pasible de cesantía. Ante silencio y operado el plazo de intimación, procedería la aplicación de esa sanción.

En el caso concreto de la Ley N° 25.164 y ante la falta de precisiones sobre qué procedimiento se debe utilizar para aplicar una cesantía cuando se verifica una incompatibilidad, previo a aplicarla corresponde la instrucción de un sumario disciplinario administrativo en el que tal sanción sea aconsejada.

Lo contrario implicaría que, por vía de decreto, se incorporara al régimen disciplinario, una nueva causal de cesantía automática a las tres previstas por el último párrafo del artículo 35 del referido cuerpo legal³³.

En séptimo lugar, en los artículos 36, 19 y 40 del Código de Ética en la función pública se reguló el régimen de regalos de origen externo y entre funcionarios públicos. El PEN dictó el Decreto N° 1179/2016 aprobó el Régimen de Obsequios a funcionarios públicos.

En su carácter de autoridad de aplicación la OA creó un Registro para los viajes financiados por terceros y de los obsequios de los agen-

31 NIELSEN, Federico; “Incompatibilidades de los funcionarios públicos”; En Universidad Austral. Facultad de Derecho, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Buenos Aires, Edit. RAP, 2005, Volumen 1, Págs. 785 a 822, ISBN 987-21550-4-6

32 Ley N° 25.164 (sancionada el 15 de septiembre de 1999, promulgada el 6 de octubre de 1999 y publicada el 8 de octubre de 1999 en el Boletín Oficial N° 29.247)

33 PTN, Dictámenes, 240:117

tes públicos acorde a los artículos 2º, 3º y 6º del citado ordenamiento.

Cuando un funcionario público recibe regalos, donaciones, beneficios o gratificaciones quebranta esa prohibición del artículo 1º del Decreto N° 1179/2016. Esa conducta vedada sujeta al agente a responsabilidad disciplinaria en los términos del artículo 3º de la Ley N° 25.188.

2.4.- Rol de parte acusadora: una participación activa en el inicio, desarrollo y cierre del sumario disciplinario en el Decreto N° 556/2022

Para asegurar la transparencia y objetividad del procedimiento disciplinario la OA asume el rol de parte acusadora. En efecto, el artículo 4º del Decreto N° 102/99 disponía que podrá ser tenida como parte acusadora con facultades de ofrecer, producir o incorporar pruebas. También recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

Pero el Decreto N° 467/99 que aprobó el RIA carecía de una previsión normativa que habilite expresamente la intervención de la OA en el desarrollo de las instancias procesales del sumario administrativo.

Ese vacío normativo conducía al riesgo cierto de omisión y con esa inactividad que se declare la nulidad absoluta e insanable de todo lo actuado según el caso en los términos del artículo 14 inciso b) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos³⁴.

Así aparece la cuestión que indaga acerca cuál es el alcance de la participación de la OA que asigna el Decreto N° 456/2022 cuando asume el rol específico de parte de acusadora durante el inicio, desarrollo y conclusión del procedimiento disciplinario.

La respuesta a este interrogante hace necesario que nos detengamos en la noción de empleado público, deberes del Instructor Sumariante y en los actos procesales desde el inicio hasta el cierre de la investigación administrativa.

En primer lugar, el artículo 1º del RIA consagra la regla que consiste en un régimen general en materia de investigaciones con independencia del vínculo.

Desde una perspectiva conceptual, el legislador define en el artículo 1º de la Ley N° 25.188 la función pública como toda actividad de una persona que representa o presta servicios en el Estado.

Esta noción comprende al personal de planta permanente que goza de la garantía de la estabilidad propia (Art. 14 bis CN). El acce-

³⁴ Ley N° 19.549 (publicada el 27 de abril de 1972 en el Boletín Oficial N° 22.411)

so al cargo presupuestario³⁵ opera por concurso³⁶ y se inserta dentro de una carrera administrativa³⁷.

Asimismo, a la designación de planta transitoria del artículo 30 del Decreto N° 214/2006, modalidades del contrato de trabajo de los artículos 90, 92, 93 y 99 de la Ley N° 20.744, las contrataciones del artículo 9º de la Ley N° 25.164, servicios profesionales autónomos del Decreto N° 1109/2017, Gabinete del artículo 10 de la Ley N° 25.164, designación transitoria en cargos simples de la planta permanente y el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD).

También a quienes se encuentran en los niveles jerárquicos de conducción. En este sentido, el artículo 13 del Código de Ética de Pública agrava la regla de observancia: a mayor cargo será todavía más intenso el grado de cumplimiento de la responsabilidad.

En segundo lugar, el inciso c) del artículo 10 del RIA consagró el deber del órgano de investigación de comunicar oportunamente el inicio y el artículo 3º del citado reglamento la ampliación del objeto del sumario.

En esa instancia procesal, la OA podrá asumir el carácter de parte acusadora en los casos en que la denuncia o la investigación preliminar se originen en su ámbito de actuación. Esta disposición se aplica supletoriamente en otros regímenes especiales de investigación.

En tercer lugar, ese rol específico alcanza el inicio, desarrollo y conclusión del procedimiento disciplinario.

En etapa de investigación la OA accede a las piezas procesales del expediente sumarial. En efecto, cuando asumió como *parte acusadora* no se encuentra alcanzada por el *secreto* del artículo 46 del Decreto N° 456/2022 cuya restricción temporal evita la dispersión de la prueba colectada.

Luego en la etapa contradictoria dentro de los 5 días se le gira el sumario –o su copia digitalizada- para tome le corre vista a la OA. En

³⁵ Cfr. CSJN, Sentencia del 06/04/2010 en la Causa R. 354. XLIV. REX; “Ramos José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa) A.R.A. s/ Indemnización Por Despido”; Fallos 333:311

³⁶ Cfr. CSJN, Sentencia del 09/11/2017 en la Causa FSA 002445/2016/CS001, “Galíndez, Nicolás Emanuel c/ Ministerio Público Fiscal de la Nación s/ amparo ley 16.986”; Fallos 340:1581

³⁷ Cfr. CSJN; Sentencia del 03/05/2007 en la Causa M. 1488. XXXVI. REX; “Madorrán Marta Cristina c/ Administración Nacional De Aduanas s/ Despido por Negligencia – Reincorporación”; Fallos 330:1989

ese acto en virtud del artículo 108 RIA accede a las conclusiones y el dictamen de la SIGEN por un plazo sucesivo de 10 días.

En el inciso e) del pasaje de ese artículo si difiere de la opinión del Instructor o Instructora Sumariante porque el perjuicio fiscal supera la pauta de economicidad podrá solicitar la intervención de la SIGEN. Actualmente esa pauta se encuentra fijada por la Resolución Conjunta N° 1/2018 por la PTN y SIGEN en 300 unidades remunerativas del escalafón SINEP.

Asimismo, el artículo 1° del RIA habilitó a la OA a ofrecer, producir y controlar la prueba. En la instancia del descargo prevista en el artículo 113 RIA puede proponer medidas de prueba. Su denegatoria puede ser impugnada en el plazo de 5 días y su resolución por el Superior Jerárquico en el plazo de 10 días.

Tanto la producción de la prueba como el análisis de su resultado se encuentran en cabeza del Instructor o Instructora Sumariante que confeccionará el informe final del artículo 115 RIA. En los alegatos del artículo 116 RIA la OA no sólo lo pondera, sino que también se expide sobre el mérito de la prueba producida.

Finalmente, con el dictado del acto conclusivo del artículo 123 RIA por la autoridad competente se habilita la posibilidad de que la OA impugne toda decisión que sea adversa a su pretensión.

Podrá acudir a la interposición de los recursos del Decreto N° 894/2017 de reconsideración (Artículos 84, 85, 86, 87 y 88), jerárquico (Artículos 89, 90, 91, 92 y 93) y el de alzada (Art. 94). Eventualmente el recurso de revisión del 22 de la vía ordinaria de LNPA.

III.- CONCLUSIONES

El nuevo Decreto N° 456/2022 incorpora el rol de parte de acusadora de OA en el sumario administrativo y elimina el vacío normativo del Decreto N° 467/99 que carecía de una norma expresa que habilite su participación.

Esta innovación incrementó la vigencia del principio democrático por la plena operatividad de la Ley N° 25.188, CICC y la CNUCC en el régimen disciplinario de empleo público en el Sector Público Nacional. Se reduce el reenvío a las disposiciones del Decreto N° 102/99 dado que el actual RIA regula directamente la dinámica procesal de la OA en el sumario administrativo.

El PEN convirtió a la OA es un organismo desconcentrado bajo

la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Se eliminó a la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción de su conducción.

Con el rango equivalente a un ministro sumado al requisito de abogado con experiencia profesional se produce la jerarquización la figura de su titular. Coherentemente el diseño de su estructura por el Decreto N° 885/2020 redujo la incidencia en el funcionamiento de sus Direcciones y Coordinaciones.

El RIA incorporó la investigación preliminar y la denuncia de presuntos hechos de corrupción como los supuestos que habilita el ejercicio facultativo de la OA para asumir el rol de parte acusadora. Sólo se sustancian aquellas actuaciones si se ajustan a los criterios de significación institucional, social y económica.

En el universo de casos se advierte un aumento de investigaciones respecto a las Declaraciones Juradas Patrimoniales y regímenes de obsequios. Con parejo énfasis se mantienen aquellas que versan sobre incompatibilidades, conflictos de interés y pautas de comportamiento ético.

El rol de parte acusadora de la OA se anuda a la noción amplia de empleado público y al deber jurídico del Instructor Sumariante de notificar la orden de sumario y su eventual ampliación. Su despliegue en el expediente adquiere relevancia en la vista, descargo, alegato y recursos administrativos durante la dinámica procesal de la investigación administrativa.

BIBLIOGRAFIA

COMADIRA, Julio R., “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, En Universidad Austral. Facultad de Derecho, Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho., Buenos Aires, Edit. Ciencias de la Administración, 2001, Págs. 589 a 599

MURATORIO, Jorge I.; “Centralización, descentralización, concentración, desconcentración. (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)””, En Universidad Austral. Facultad de Derecho, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Buenos Aires, Edit. RAP, 2005, Volumen: 1, Págs. 221 a 246.

NIELSEN, Federico; “Incompatibilidades de los funcionarios públicos”; En Universidad Austral. Facultad de Derecho, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Buenos Aires, Edit. RAP, 2005, Volumen: 1, Págs. 785-822

SALGAN RUIZ, Leandro G.; “Los mandatos preventivos en el ejercicio de la función pública: herramientas para una gestión pública transparente”; Buenos Aires, RAP N° 481, Págs. 7 a 32

**NOVEDADES
BIBLIOGRÁFICAS**

FEDERICO G. BORDESE

BREVE RESEÑA Y COMENTARIO DEL LIBRO: “Historia del inmueble en donde funciona la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC / Edición conmemorativa”. Editor: UNC. Autor: Federico G. Bordese. Año: 2022.

FEDERICO G. BORDESE

Escritor e historiador. Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 433-435.

El 2 de diciembre de 1790 se expide un documento al Sr. Gobernador Intendente Marqués Rafael de Sobre Monte, para la creación de una Cátedra de Leyes necesaria para estos tiempos en la Córdoba de la Nueva Andalucía por ser una ciudad ubicada estratégicamente; se suplicaba la pronta aprobación ya que los deseos de aprender el bien de las leyes, debían irse a la ciudad de Chile o Chuquisaca.

Recién el 26 de febrero de 1791 se despacharon en Buenos Aires el auto ereccional de la Cátedra de Instituta y, en el mencionado año, pero el 15 de noviembre, el Virrey Nicolás de Arredondo lo establecía. En junio de ese año, se nombraba al primer profesor designado por el Virrey pero con la recomendación del Gobernador Intendente.

La clase se estableció con su primer catedrático el Sr. Victorino Rodríguez y, por más de ciento cincuenta años, la Facultad de Derecho funcionó en los antiguos claustros emplazados en la manzana de los Jesuitas de la Universidad de Córdoba; hubo algunos proyectos para trasladarla a otro predio sin éxito, pero en la década de 1960, finalmente se decide que el Decanato dispusiera de un espacio debido al incremento de estudiantes sobre todo de mujeres. De este modo, la facultad obtiene su propio edificio para su sede.



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

Actualmente se ubica en la calle Obispo Trejo y Sanabria N° 241 hoy convertida en peatonal, pleno centro de la ciudad de Córdoba; este emblemático edificio tuvo muchas funciones desde sus inicios, como ser un hotel en diversas ocasiones, escuela, municipalidad, fue cobijo de los estudiantes de la Federación Universitaria de Córdoba (FUC) que exigían la Reforma Universitaria de 1918 y el Decanato y Secretaría de la Facultad de Ciencias Médicas, de la misma Universidad.

Uno deduce que hubo un traslado feliz a su nuevo hogar, pero no fue así, encontronazos y palabrerías sueltas de muchos estudiantes... Calificaron la aprobación de abusiva y poco ético pues el nuevo edificio era suntuoso en contraste a los muros de la antigua universidad, haciendo entorpecer el traslado con agravios.

La decisión ya estaba escrita y votada ante el Consejo Directivo, los estudiantes comenzaron a recurrir de a poco a su nuevo espacio; con el pasar de las décadas, los jóvenes estudiantes aceptaron la casa y desde entonces forma parte de la vida académica de todos los alumnos y alumnas.

Lógicamente se realizaron varias reformas y restauraciones, pero el edificio clamaba una urgente y entera restauración a comienzos de la década de 1990. Se clausuró el edificio, se tapió el ingreso principal con ladrillos, se colocaron andamios sobre un balcón por temor a caerse, se demolió todo el segundo patio.

Por entonces la Universidad debió ceder otros espacios para que el funcionamiento de la Facultad siguiera activo.

Hubo debates acalorados respecto al edificio, ¿debían demolerlo y construir uno moderno?, ¿quién pagaría todos los costos?, ¿qué arquitecto estaría a cargo?, ¿deberían vender el inmueble o restaurar íntegramente el edificio?, ¿de dónde sacarían el dinero? fueron arduos debates en donde todos querían tomar las decisiones sin consultar al otro; sin embargo, optaron por pedir dinero a varias entidades, finalmente -con voto mayoritario- se consiguió aportes por parte de la Nación Argentina, realizando reformas estructurales consideradas antiestéticas por la comunidad actual.

“Espero que nadie dificulte este proyecto” comentaba el Decano con el hartazgo de discutir con las demás autoridades. A pesar de la crisis que acontecía el país, el Decano siguió comentando “este proyecto de menos de dos millones de dólares realmente es posible de realizar y financiar”, no obstante, el coste para las reformas y restauraciones superó el monto original ocasionando otras molestias a la Universidad ya que las autoridades del decanato no consultaban con las autoridades del rectorado. Se comentó que la financiación se había iniciado con las actuaciones administrativas para conseguir fondos que no afectarían el plan de construcciones ni comprometían los recursos asignados a la UNC.

En 1991 se festeja el Bicentenario por los doscientos años de la creación de cátedra “Instituta”, momento oportuno para reinaugurar las nuevas instalaciones por parte de la Casa de Trejo. De este modo, la Facultad comenzó el Siglo XXI con una totalmente renovada en donde seguirán adquiriendo otros lotes colindantes y construyendo nuevas aulas.

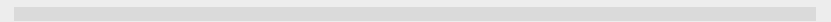
Es un hermoso edificio de estilo clásico construido en 1876 (no en 1872); no nos consta que el propietario original -el italiano Sr. Mario Marca- haya construido la propiedad para residir en ella sino para destinarla como edificio de alquiler para múltiples usos, una inversión que recuperará lo financiado en tres años y posteriores ingresos pasivos. Las demoliciones y reformas estéticas realizadas en su interior a principios de la década de 1990, causaron opiniones negativas porque afean el inmueble.

Es una historia muy enriquecedora, en donde el lector podrá apreciar y quitarse dudas sobre el tema ya que no existen escritos sobre el esto. Si bien hay cantidades de trabajos referidos a la historia de la Facultad, es único sobre el inmueble, razón por la cual debió realizarse una investigación rigurosa.

Se recuerda al lector/a que se trata de una edición única y conmemorativa respecto al trabajo de investigación sobre el inmueble, por ello podrá disfrutar del contenido accediendo gratuitamente en algunos sitios web.



DOSSIER



GUÍA PARA DOCENTES - ABOGAR ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DEL ESTADO

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2022 | Año 6 N° 8 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 439-455.

ÍNDICE GUÍA PARA DOCENTES

I. MÓDULO 1: INFORMACIÓN GENERAL

1. ¿Por qué un módulo de información general?

Objetivos del módulo

2. ¿Quiénes somos? ¿Qué es la ECAE?
3. ¿Qué equipos acompañarán su tarea docente?
 - 3.1 Equipo del Área Académica
 - 3.2 Equipo del Área Educación Virtual
 - 3.3 Equipo Pedagógico
 - 3.4 Bedelía
4. Área de Investigación
5. Biblioteca ECAE
6. Revista de la ECAE

II. MÓDULO 2: PASOS A SEGUIR PARA LA APERTURA DE AULAS VIRTUALES Y ORIENTACIONES PEDAGÓGICAS

1. Primeros pasos para apertura y organización de propuestas en las aulas virtuales
2. Recomendaciones generales para el armado de clases en la modalidad virtual

III. MÓDULO 3: EVALUACIÓN INSTITUCIONAL Y DE LAS PROPUESTAS DE ENSEÑANZA



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

MÓDULO 1 INFORMACIÓN GENERAL

1. ¿POR QUÉ UN MÓDULO DE INFORMACIÓN GENERAL? OBJETIVOS DEL MÓDULO

En este módulo les presentamos información general e institucional que consideramos relevante para las/os docentes de la ECAE que iniciarán sus actividades de enseñanza.

Somos un gran equipo de trabajo conformado por diversos agentes y profesionales que buscamos garantizar la calidad de la propuesta educativa de nuestra escuela. A continuación ofrecemos un breve detalle de las áreas que conforman la institución, funciones y tareas de quienes acompañarán el desarrollo de cada asignatura, seminario o curso.

2. ¿QUIÉNES SOMOS? ¿QUÉ ES LA ECAE?

Somos la Escuela del Cuerpo Abogados y Abogadas del Estado (ECAE), una dirección de la Procuración del Tesoro cuya misión es la formación continua y de calidad de los abogados y las abogadas que prestan servicios profesionales para el Estado.

Nuestras propuestas formativas centrales, la Especialización en Abogacía del Estado (ABOGAR) y la Maestría en Abogacía del Estado (UNTREF-ECAE), son iniciativas que ofrecen a sus participantes conocimiento sobre derecho público y otorgan herramientas para defender al Estado, así como un espacio de reflexión crítica de las premisas que gobiernan el derecho público contemporáneo bajo un enfoque de los Derechos Humanos.

Asimismo, nuestras distintas actividades de formación (cursos, seminarios) tienen como objetivo central la difusión y construcción de nuevos conocimientos, herramientas y miradas que permitan jerarquizar la abogacía pública consolidando prácticas que apunten a una igualdad efectiva, a reforzar los lazos sociales y contribuir a una sociedad más justa en un marco de defensa de la soberanía nacional y del interés colectivo.

Autoridades de la Escuela:
Dr. Guido Leonardo CROXATTO - Director Nacional

Dr. Pablo Octavio CABRAL - Subdirector Nacional

Contacto: ecae@ptn.gov.ar

[Más información sobre las propuestas formativas de la ECAE](#)

3. ¿QUÉ EQUIPOS ACOMPAÑARÁN SU TAREA DOCENTE?

3.1 EQUIPO DEL ÁREA ACADÉMICA

En general, el primer contacto con la Escuela es a través del equipo del Área Académica, quienes se ocupan, principalmente, del diseño, implementación, coordinación y seguimiento de los programas de formación, cursos y las distintas actividades de capacitación y perfeccionamiento que brinda la ECAE.

En articulación con el equipo de educación virtual, serán quienes las/os convoquen y coordinen las tareas del cuerpo docente, supervisando la asistencia técnica y administrativa que se brinda tanto a las/os cursantes como a ustedes, asimismo la supervisión de los procesos en el Sistema de Gestión Académica de la ECAE (SGA).

[Más información](#)

3.2 EQUIPO DEL ÁREA DE EDUCACIÓN VIRTUAL

En articulación con el Área Académica, el equipo de Educación Virtual, colabora del diseño, implementación, coordinación y seguimiento de los programas de formación, cursos y las distintas actividades de capacitación y perfeccionamiento que brinda la ECAE.

También colabora en las convocatorias y coordinación de las tareas docentes y la supervisión de la asistencia técnica y administrativa que se brinda a las/os estudiantes y a ustedes.

Asimismo, este equipo es el encargado de la supervisión del diseño, edición y actualización de la plataforma virtual de la ECAE. La misma se organiza en aulas virtuales y espacios de di-

fusión de las distintas propuestas de formación de la Escuela en la modalidad virtual.

Más información

3.3 EQUIPO PEDAGÓGICO

Es el equipo encargado de acompañar las propuestas de enseñanzas, ofreciéndoles asesoramiento didáctico y pedagógico con el fin de optimizar los procesos de aprendizajes de las/os estudiantes. Este equipo estará a disposición para colaborar con ustedes en el armado de las clases, ofrecer herramientas y recursos que puedan ser útiles a la planificación y las estrategias de enseñanza, orientarlos y realizar sugerencias para la elaboración de los materiales para sus propuestas. En caso de tener consultas sobre estos aspectos, podrán contactarse con este equipo.

Asimismo, cuenta con dos espacios de contacto en la plataforma virtual de la ECAE en los que ustedes estarán matriculadas/os y podrán ingresar cuando lo requieran:

Los Espacios de Intercambios de la Materia – (EIM) en los que se busca centralizar los intercambios, consultas y el trabajo colectivo entre colegas de distintas comisiones de una misma materia y el equipo pedagógico y la Sala Virtual de profesores y profesoras en donde les compartimos algunos materiales audiovisuales y lecturas que consideramos pueden ser de utilidad para pensar sus propuestas de clases y contribuir en la reflexión de nuestra tarea educativa.

Contacto: equipopedagogicoecae@ptn.gov.ar

3.4 EQUIPO DE BEDELÍA

Bedelía se encarga de la puesta a punto para que toda la actividad se desarrolle tal cual lo programado. Por este motivo, es imprescindible que desde el contacto inicial, la comunicación entre bedeles y docentes en estas instancias sea dinámica y fluida.

El equipo de bedeles las/os estará asistiendo tanto en las clases sincrónicas como en la plataforma y para ello, será importante no

demorar el envío de los materiales y documentación solicitada, respetando los procesos y plazos estipulados.

Tendrán un/a bedel asignado/a para su materia que acompaña la comisión desde el inicio. De su parte irán recibiendo en cada instancia correos electrónicos explicando detalladamente el material y/o información que se les solicita para gestionar todo lo que la actividad requiere.

El equipo de Bedelía es el encargado de acompañar y asistir para que el proceso vaya desarrollándose de manera eficiente durante la cursada hasta dar por finalizada la misma, encargándose de organizar las aulas de la Plataforma Virtual, gestionando las clases sincrónicas en la plataforma de videoconferencias y ocupándose de los requerimientos administrativos que la actividad demande.

Contacto: Casilla de correo según comisión asignada.

[Consultar aquí](#)

4. ÁREA DE INVESTIGACIÓN

El Área de Investigación propone la participación de las/os abogadas/os para llevar adelante actividades de investigación y de transferencia de resultados mediante informes, artículos académicos o ensayos que serán publicados por la ECAE, a fin de colaborar en el estudio y desarrollo de las funciones de la Administración Pública Nacional.

Contacto: investigacionecae@ptn.gov.ar

5. BIBLIOTECA VIRTUAL

En la Plataforma Virtual de la ECAE encontrarán disponible en formato digital los distintos materiales bibliográficos que los equipos docentes y áreas de la ECAE ponen a disposición de cursantes, docentes e integrantes de la Escuela.

El material de lectura que ustedes envían a las/os bedeles que las/os acompañan en sus cursos se centraliza y se publica en la Biblioteca Virtual para que todas/os puedan acceder a la información y consultarla según necesidad y/o interés. Ustedes, probablemente,

ya habrán realizado envíos de materiales para publicar, pero para quienes no conocen cómo funciona este sitio, les recomendamos su recorrido. Para ingresar deberán acceder con su usuario y contraseña al Campus donde encontrarán el espacio de la Biblioteca Virtual. Dejamos disponible:

[Guía para recorrer la Biblioteca virtual](#)

La Biblioteca Virtual es un espacio que se construye entre todas/os las/os que conformamos la Escuela. En ese sentido, aprovechamos para recordarles que están invitadas/os a publicar libros, documentos o distintos materiales de su autoría con el propósito de enriquecer dicho espacio.

6. REVISTA Y PUBLICACIONES ECAE

Nuestra Escuela cuenta con su propia Revista que pretende constituirse como espacio referente de debate doctrinario en temas de derecho constitucional y administrativo nacional latinoamericano e Iberoamericanos; y parte de la idea de que los desafíos que enfrentan los países de la región, con altos índices de desigualdad y de sectores vulnerados (mal llamados “vulnerables”) en sus derechos son comunes, y por lo tanto, las respuestas que se generen desde la doctrina no deben permanecer aisladas, sino articuladas y conscientes del recorrido histórico que compartimos.

Con el propósito de desarrollar herramientas y principios que nos permitan pensar juntos/as el mundo actual para la defensa de los intereses de todas/os las/os argentinas/os, esta Revista pretende situarse desde la mirada concreta de defensa de los intereses soberanos, y lo hace con el objetivo de revisar los desarrollos teóricos y doctrinarios que están vigentes para obtener herramientas aplicables a los sucesos actuales. En este ámbito, se propone la reelaboración de las doctrinas y la confección de instrumentos originales que enriquezcan la labor de las y los abogadas/os del Estado mediante la articulación de la Revista con las actividades de capacitación de la Escuela.

Desde la ECAE queremos, por un lado, convocar, especialmente, a todas/os las/os abogadas/os del Estado argentino para que puedan difundir su voluminosa experiencia en la defensa de lo público y, por otro, acercar a las y los lectoras/es a la experiencia de quienes se

dedican a la abogacía pública, que a veces de manera silenciosa han cumplido su tarea de manera excepcional.

[Más información](#)

MÓDULO 2

1. PRIMEROS PASOS PARA APERTURA Y ORGANIZACIÓN DE PROPUESTAS EN LAS AULAS VIRTUALES

1º PRIMERO:

Realizar el alta como docente en el SGA.

El/la bedel que acompañará su actividad, les estará enviando un correo electrónico solicitando esta información:

- Currículum Vitae Completo
- CV abreviado (Nombre - Materia - Antecedentes Curriculares) con Foto formal personal (a color, medio cuerpo, fondo blanco)

[VER EJEMPLO](#)

- Constancia de CUIL [DESCARGAR CONSTANCIA](#)
- Una vez enviada esta información, se habilitará el acceso a la [Plataforma](#) donde encontrará el aula virtual de su comisión. El usuario y la contraseña serán enviados por mail.

Recuerden que debe estar listo 2 semanas antes del inicio de la cursada

2º SEGUNDO:

Preparar la materia

Cada comisión estará a cargo de dos docentes que compartirán la totalidad de la propuesta. Por tanto, es importante iniciar cuanto antes el contacto con la/el docente que será su pareja pedagógica. Recibirá un correo de parte de bedelía que indicará el cronograma con fechas y horarios específicos.

Cada pareja pedagógica deberá:

- Leer el Plan de Estudios de ABOGAR y el Reglamento de Actividades que enmarca la propuesta.
- Leer el Programa de la materia.
- Identificar las temáticas centrales que se abordarán en esta comisión.

- Seleccionar el material de lectura y el material audiovisual que se va a trabajar.
- Reconocer los propósitos y objetivos que guiarán las actividades y la evaluación.
- Determinar cuál será la evaluación final.
- Elaborar las actividades asincrónicas y propuestas de clase sincrónicas.
- Enviar el material solicitado a Bedelía para preparar el aula virtual.

Sugerencias para seleccionar Bibliografía

Recuerden que debe estar listo 2 semanas antes del inicio de la cursada

ESTRUCTURA DE LA PROPUESTA (materia de 20 hs.):

Bibliografía: Cada semana o clase deberá tener asignados los materiales de lectura y audiovisuales obligatorios. [VER EJEMPLO](#)

Semana 1

Clase sincrónica 1 (2hs.)

Actividad 1 obligatoria: Foro de Intercambio. [VER EJEMPLO](#)

Clase sincrónica 2 (2hs.)

Actividad 1 optativa: “Múltiple Choice”, cuestionarios. [VER EJEMPLO](#)

Semana 2

Clase sincrónica 3 (2hs.)

Actividad 2 obligatoria: Foro de Intercambio.

Clase sincrónica 4 (2hs.)

Actividad 2 optativa: “Múltiple Choice”, cuestionarios.

Semana 3

Clase sincrónica 5 (2hs.)

Evaluación [VER EJEMPLO](#)

Semana 4

Carga de notas en el aula virtual de la materia. Recuperatorio

Semana 5

Carga de notas en el aula virtual de la materia.

3° TERCERO:

Calificaciones y Cargas de notas

Las EVALUACIONES y los RECUPERATORIOS se califican con escala no numérica. Utilizaremos una escala conceptual de APROBADO - DESAPROBADO - AUSENTE y será muy importante que en todos los casos se realice una devolución cualitativa que complemente la calificación.

En caso de haber cursantes que al realizar la entrega del trabajo no finalizaron el proceso y en la plataforma figure como “BORRADOR”, de modo excepcional, solicitamos que por favor los/as califiquen.

La Calificación de la Materia (Nota Final Post Evaluación y Post Recuperatorio) se califica con escala numérica de 1 a 10.

La materia se aprueba con nota 6 (seis) y es la valoración integral del proceso de aprendizaje comprendido por:

1. Evaluación (instancia final) APROBADA
2. Participación en las clases sincrónicas.
3. Actividades Asincrónicas en Plataforma.

Finalmente, las/os cursantes que no completaron la EVALUACIÓN (AUSENTES) se deben calificar como AUSENTES. Igual criterio se deberá adoptar al momento de calificar a quienes no completaron el RECUPERATORIO.

[Ver instructivo para realizar calificaciones](#)

2. RECOMENDACIONES GENERALES PARA EL ARMADO DE CLASES EN LA MODALIDAD VIRTUAL

La implementación de la modalidad virtual nos convocó a modificar nuestras prácticas docentes habituales y nos desafió a aprender nuevas formas de desarrollar nuestras clases. Plasmar una propuesta pedagógica en una plataforma virtual requiere considerar algunas particularidades de esta modalidad.

A continuación, les presentamos los recursos virtuales que la ECAE dispone para el desarrollo de sus propuestas formativas y algunas sugerencias pedagógico-didácticas en relación a ellas.

LA PLATAFORMA VIRTUAL DE LA ECAE

La ECAE cuenta con la Plataforma como recurso digital para el desarrollo de las clases virtuales, junto a otros soportes externos.

La plataforma de aprendizaje está diseñada para que educadoras/es, administradoras/es y estudiantes puedan gestionar y crear ambientes de aprendizaje personalizados. Cuenta con una variedad de recursos y herramientas para organizar la propuesta de enseñanza de manera sencilla.

Resulta imprescindible conocer esta plataforma para poder gestionar con mayor autonomía las clases, identificar las potencialidades de algunas herramientas para el contacto y la generación de vínculos con cursantes, llevar adelante el seguimiento de los aprendizajes, es decir, para lograr promover y construir espacios de formación. Allí cuentan con recursos específicos tales como: Espacio para ofrecer materiales bibliográficos en formato escrito o audiovisual (Videos, audios, links); Foros; Espacio de entrega de Tareas con su correspondiente devolución; Cuestionarios; Espacio para la entrega de exámenes y calificación de los mismos.

Una vez que el Área de Educación Virtual les indique su usuario y contraseña, ustedes podrán ingresar cada vez que lo deseen para colaborar en el diseño de la propuesta en el aula, observar la participación de las/los cursantes, intervenir en los foros, consultar dudas que surjan por parte de ellas/os, cargar las calificaciones con sus devoluciones, etc.

Si bien es posible editar ese espacio, el armado del mismo está a cargo de las/os bedeles que solicitarán los materiales para su desarrollo. Tal como se menciona en el apartado anterior, Bedelia les indicará qué materiales deben enviar por correo electrónico, ellas/os subirán los mismos para el armado del aula. Su tarea específica, como profesor/a, responsable del curso, será llevar adelante la dinámica pedagógica (participar obligatoriamente en foros dando respuestas, moderando el debate e introduciendo nuevos temas, responder consultas, realizar devoluciones en las Evaluaciones y Recuperatorios y registrar las Notas Finales). Sin embargo, creemos que es importante que sepan todas las oportunidades que ofrece

la plataforma para sumar lo que consideren necesario.

Les proponemos navegar por la [Plataforma Virtual de la ECAE](#) en donde antes de acceder al Campus virtual con su usuario y contraseña, encontrarán disponibles distintos espacios asociativos de comunicación de la Procuración del Tesoro Nacional vinculados directamente con las actividades de la Escuela. Recuerden que debe estar listo 2 semanas antes del inicio de la cursada.

Dejamos disponible el siguiente [video explicativo “¿Cómo acceder al campus virtual?”](#)

¿CÓMO ACCEDER AL CAMPUS VIRTUAL?

Para poder acceder al Campus virtual de la plataforma de la ECAE deberán contar con un usuario y contraseña. Una vez que acceden, podrán navegar y recorrer los distintos espacios disponibles allí. Así como también, encontrarán menús de categorías que les permitirán acceder de manera directa a distinta información disponible.

1. Ingresar al sitio: <https://eduecae.ptn.gob.ar/>

En el margen superior derecho de la pantalla, hacer clic en el botón “Acceder”.

2. Colocar su nombre de Usuario y Contraseña para poder acceder. Deberá completarlos y presionar el botón “Acceder”.

3. Ya se encuentra en el Campus Virtual de la Plataforma de la ECAE.

UNA VEZ EN EL CAMPUS:

Una vez ingresadas/os en el Campus Virtual, se encontrarán con distintas secciones, menús y espacios disponibles.

Al comenzar el recorrido encontrarán, en primer lugar, el Área personal donde verán los cursos a los que están inscriptas/os, distintos menús con opciones para ingresar a otras secciones, ingresar a información de su Perfil, acceder a un espacio de Mensajería interna. A continuación les presentamos algunas de las secciones principales disponibles.

A la izquierda de la pantalla encontrarán el Menú Navegación con distintas categorías que les permitirá acceder de manera directa a

sitios de utilidad para su tarea:

Área Personal: en esta sección encontrarán la vista general de los cursos que tienen disponibles. Por lo general, es la primera página que aparece al acceder al campus virtual.

Inicio del Sitio: al clicar esta opción podrán encontrar accesos directos a otros espacios de la ECAE, así como al listado de cursos y espacios en los que están matriculadas/os, organizado por categorías. Ejemplo: Seminarios 2022; Talleres de Programación Didáctica; Materias ABOGAR; etc.

Calendario: ingresando allí, podrá visualizar las fechas destacadas en agenda, podrán agregar nuevos eventos.

Mis cursos: haciendo clic allí, se desplegarán en lista accesos directos a los cursos que tenemos disponibles ordenados por fecha de último acceso.

En el margen superior derecho, encontraremos el Menú usuario, donde accedemos a la información personal: Perfil, Preferencias, Calificaciones, Mensajes, y también desde allí podemos cambiar nuestro rol en un curso o salir de la plataforma.

Al ingresar a cada opción, verán disponibles las distintas funcionalidades de edición e información que habilita la plataforma. Sin embargo, no todas ellas serán utilizadas frecuentemente por ustedes, dado que su uso variará de acuerdo al rol que asuman en un curso (estudiantes o profesores, por ejemplo), la información que deseen encontrar, las acciones que busquen realizar.

Algunas categorías de opciones que aparecen en Menú de usuario:

Perfil: Contiene información de su perfil personal (nombre, apellido, dirección de correo electrónico, ciudad de residencia, foto, etc.) y en donde podrá realizar una breve descripción del mismo incluyendo formación y experiencia profesional, y algún dato que considere pueda resultar de interés para conocerlo/a. Esta información será pública, es decir, cualquier usuario del Campus podrá visualizar su perfil.

Mensajes: Espacio de mensajería interna disponible dentro de la plataforma Moodle que les permite recibir y enviar mensajes a los/as usuarios/as del Campus.

Esta última herramienta es un sistema de “correo interno” que permite intercambiar mensajes entre la/os participantes sin necesidad de utilizar el correo electrónico, pues sólo se necesita el navegador y se envían desde la Plataforma Virtual. El servicio permite comunicarse con un/a cursante o con todo el grupo y puede configurarse para enviar y/o recibir una copia del mensaje en la dirección de correo que asociamos al aula virtual. De esta forma, puede concentrar las consultas individuales y/o personales de las/os cursantes, así como también puede ser útil para enviar recordatorios de actividades o fechas de entrega importantes.

Dejamos disponibles:

[Video explicativo: ¿Cómo usar Mensajería Interna?](#)

[Video explicativo: ¿Cómo editar Perfil?](#)

DENTRO DEL ESPACIO DEL AULA

El aula que les sea creada para el desarrollo de su curso contará con distintos recursos que cargarán las/os bedeles una vez que ustedes envíen dicho material solicitado por mail.

En este espacio estarán matriculadas/os las/os estudiantes que cursen con ustedes sus materias. Allí podrán realizar la presentación correspondiente, subir la bibliografía, abrir foros de intercambio, presentar las consignas de las tareas a entregar y recibir y calificar los trabajos.

Participantes: A la izquierda tendrán disponible un menú en el que encontrarán la posibilidad de visualizar las/los participantes de su comisión. Podrán visualizar a información importante para el seguimiento tal como nombre y apellido, mail, último ingreso al aula virtual.

Con respecto a la **presentación de contenidos**, la plataforma permite subir carpetas de archivos o archivos en distintos formatos: Documento de texto Word, PDF, Hoja de cálculo, Video, Audios, Power Points. Incluso permite cargar links que conduzcan a otros sitios de internet.

Es importante tener en cuenta que la información debe estar a disposición, ser clara y accesible. Para ello es fundamental subir desde el inicio del curso una hoja de ruta y/o cronograma de lecturas o visualización de materiales de bibliografía que permitan a los/as cursantes tener

una idea general de lo que se espera trabajar en la materia, los objetivos generales, los contenidos, la secuencia de trabajo.

Invitamos a hacer uso de las distintas oportunidades de presentar la virtualidad para ampliar la modalidad de texto escrito a otros formatos tales como contenidos audiovisuales que puedan ser de interés para las/os cursantes.

Foros: Es una de las principales herramientas de comunicación para interactuar con sus alumnas/os dentro de la Plataforma puesto que es un recurso que permite el intercambio general de opiniones, reflexiones y pensamientos sobre temáticas de una forma que no siempre es posible en el encuentro sincrónico.

Dentro de una materia existen distintos **Foros de intercambio:** Foro de Avisos, Foro de Presentación, Foro para el intercambio sobre alguna temática. Es importante especificar el uso que se dará a cada uno. El nombre del foro y el texto que presente la consigna en él, deben ser claros y correspondientes con la expectativa que se tiene para el mismo. Cabe recordar que la consigna de los foros puede incluir videos, audios, imágenes, links, etc.

Una situación no deseada que suele suceder es que, en ocasiones, el foro de intercambio sobre una temática se convierte en una especie de “tarea” individual. Esto sucede cuando cada estudiante responde a la pregunta inicial sin tomar en consideración la respuesta ya brindadas de sus compañeras/os y dialogar a partir de ello. Por este motivo es fundamental que como docentes, intervengamos en el foro luego de una serie de respuestas de las/os estudiantes, recuperando los elementos principales, elaborando una síntesis y proponiendo nuevos interrogantes a partir de ello. Asimismo, desde la ECAE se espera que cada docente realice una devolución final general del Foro al momento del cierre del mismo.

EVALUACIÓN

Consideramos importante, contemplar una evaluación continua, centrada en los procesos, una evaluación formativa. La evaluación formativa es aquella que analiza o está vinculada con los procesos, es decir que contempla las diversas instancias de participación y que se inicia con el comienzo mismo del curso

y no se centra solamente en la instancia final de examen.

Por otra parte, se trata de una evaluación que permita a las/os estudiantes reconocer qué están aprendiendo, cómo están aprendiendo, qué están logrando, cómo lo están logrando. Esa capacidad de poner en juego sus saberes, de hacer visibles estos saberes que están aprendiendo, de aplicarlos en diversas situaciones o pensar a partir de ellos, es lo que permitiría desarrollar esta función de la evaluación formativa.

En relación a la consigna final de la evaluación, la misma estará presentada por el recurso que dentro de la Plataforma se llama “Tarea” y los trabajos serán entregados por las/os cursantes y calificados dentro de la misma.

Así como los Foros, la consigna podrá contener videos, imágenes, audios, archivos PDF, archivos de texto o links. Es fundamental que la consigna sea clara y precisa y que explicita todo lo que vayamos a considerar en la calificación sin dar por supuestos ninguno de estos elementos.

Algunas recomendaciones generales

- Preguntarse por el sentido de la propuesta
- Definir las estrategias e instrumentos de evaluación
- Ser claros/as en las consignas y pautas de actividad/es de evaluación. Proponer tipos de actividades similares a las realizadas a lo largo del curso. Optar por consignas que promuevan la reflexión.
- Explicitar los criterios de evaluación.

LA DEVOLUCIÓN COMO ESTRATEGIA

Las devoluciones resultan estrategias claves para promover la retroalimentación formativa. Es un modo de dialogar con la/el estudiante, en que ofrecemos sugerencias, preguntas que inviten a seguir ahondando en los temas, en repensar lo trabajado. Quiere decir que tiene que impactar en la mejora de los aprendizajes de las/os estudiantes.

Las calificaciones en sí mismas no habilitan la visibilización en profundidad de los saberes, de lo construido, o lo que hay que revisar o seguir profundizando. En contraposición, la devolución cualitativa, resulta fundamental para fortalecer y mejorar esos procesos.

Dejamos disponibles:

[Video explicativo: ¿Cómo calificar en la plataforma?](#)

[Video explicativo: ¿Cómo cargar devoluciones?](#)

ENCUENTROS SINCRÓNICOS CON RECURSOS EXTERNOS

Es importante que en el aula virtual se compartan los enlaces para acceder a los encuentros sincrónicos. Estos serán creados por las/os bedeles.

La modalidad de trabajo en las distintas propuestas formativas puede contar con encuentros sincrónicos. Para llevar a cabo estos encuentros la ECAE ofrece el uso de una plataformas externa para videoconferencias. La funcionalidad de esta herramienta es permitir realizar reuniones en línea, dando lugar al intercambio y al diálogo entre las/os participantes utilizando cámara y micrófono, se pueden compartir documentos de archivo, materiales, videos y realizar presentaciones gráficas. Cuentan con un chat interno.

Asimismo, la ECAE cuenta con un [Canal propio de YouTube](#) a través del cual se pueden publicar las clases sincrónicas o videos introductorios o ampliatorios de sus clases. Recomendamos que al grabar los videos tengan presente hablar cerca del micrófono, en un espacio bien iluminado. Si ofrecen alguna presentación de apoyo gráfico, corroborar que el texto escrito sea legible.

MÓDULO 3 EVALUACIÓN INSTITUCIONAL Y DE LAS PROPUESTAS DE ENSEÑANZA

En la Escuela consideramos muy relevante sostener una evaluación continua y permanente de las distintas actividades formativas, haciendo hincapié en la valoración que las/os distintas/os participantes y actores hacen de sus experiencias durante su recorrido.

En este sentido, llevamos a cabo el relevamiento a través de la

aplicación de encuestas a estudiantes, docentes y bedeles, en las que buscamos centralizar información que nos permita revisar nuestras actividades formativas, así como las tareas y procesos llevados a cabo en la institución, con el propósito de diseñar e implementar futuras estrategias institucionales que posibiliten el mejoramiento de nuestras propuestas de formación profesional.

En el aula virtual de su materia/curso/seminario podrá visualizar un espacio de Encuesta de valoración del curso destinada a estudiantes.

La encuesta a docentes se implementará a partir de este año, será obligatoria y esperamos contar con su participación en esta evaluación, para jerarquizar y fortalecer nuestra Escuela de Abogados y Abogadas del Estado.

