

N°

11

Revista de la

ECAE

Primer semestre 2024



Procuración  
del Tesoro  
de la Nación



Ministerio  
de Justicia  
República Argentina

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

Revista de la ECAE Versión digital ISSN 2796-8642  
Hecho el depósito que ordena la ley N° 11.723.

Esta publicación se realizó con la asistencia editorial  
del Ministerio de Justicia de la Nación, a través  
de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica

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. Javier G. Milei

## **Ministro de Justicia**

Dr. Mariano Cúneo Libarona

## **Secretario de Justicia**

Dr. Sebastián J. Amerio

## **Procurador del Tesoro de la Nación**

Dr. Rodolfo Carlos Barra

## **Subprocuradores del Tesoro de la Nación**

Dr. Andrés de la Cruz

Dr. Marcos Sebastián Serrano

## **Directora de la ECAE**

Dr. María Cecilia Recalde

## **Subdirector de la ECAE**

Dr. Ezequiel Abásolo

# Equipo editorial

## **Dirección**

Dra. Cecilia Recalde

Dr. Ezequiel Abásolo

## **Secretaría de redacción**

Dra. Viviana Kluger

# Consejo Editorial 2024

**Dr. Rodolfo Carlos Barra**

Procuración del Tesoro de la Nación

**Dr. Andrés de la Cruz**

Procuración del Tesoro de la Nación

**Dr. David Kronzonas**

ECAE

**Dr. Francisco La Moneda Díaz**

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura

**Dr. Jaime Francisco Rodríguez-Arana**

Universidad de La Coruña

**Dr. Patricio Marcelo Sammartino**

Universidad Nacional de Tres de Febrero

**Dr. Marcos Sebastián Serrano**

Procuración del Tesoro de la Nación

**Dra. Gabriela Stortoni**

Universidad Nacional de Tres de Febrero

# Presentación

Nos complace compartir con la comunidad de la abogacía del Estado la aparición de una nueva edición de la *Revista de la ECAE*, en esta ocasión enmarcada tanto por la celebración de los treinta años de existencia de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado como por la conmemoración de las tres décadas de la Reforma constitucional de 1994. En consonancia con lo anterior, además de ofrecer un *dossier* dedicado a la modificación de la norma suprema de los argentinos –en cuya integración hemos tenido el honor de contar con la colaboración de tres convencionales constituyentes–, también se acompaña un artículo especialmente preparado para la ocasión, relativo a los orígenes y trayectoria de la ECAE. Además, el número se enriquece con otras cinco contribuciones doctrinarias, en las cuales varias temáticas que interesan a la abogacía pública dialogan con la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación. Para finalizar, acompañan al conjunto de artículos un comentario de jurisprudencia y una reseña bibliográfica.

La Dirección

# Índice general

## Dossier

- Los tratados de integración en la reforma constitucional de 1994.  
*Rodolfo Carlos Barra*..... p. 1
- Reflexiones a 30 años de la reforma constitucional de 1994.  
*Rodolfo Díaz*..... p. 11
- Vigencia de valores fundamentales de la Reforma de 1994. A treinta años de su sanción. *Alberto Manuel García Lema*..... p. 17
- Reglas y principios interpretativos aplicados en la doctrina de la PTN con motivo de la reforma constitucional de 1994. *Ezequiel Abásolo* ..... p. 41

## Doctrina

- La escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Homenaje a los 30 años de su creación. *Margarita Monzón Capdevila*..... p. 46
- El personal no diplomático en las representaciones argentinas en el exterior. *Victor A. Malavolta, Florencia M. Robledo, Fernando De Vega y Silvia García*..... p. 63
- Triangulaciones entre empresas vinculadas. Estado actual de la cuestión. *Matías M. Mendy y Tristán O. Conde*..... p. 85
- Impacto de la ley 27.742 en las causas judiciales sobre diferencias salariales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. *Ignacio Daniel Nigro* ..... p. 111
- Acto administrativo y teoría discursiva del derecho.  
*Ramiro Simón Padrós* ..... p. 128
- Empleo público: tendencias de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación. *Nora Patricia Vignolo* ..... p. 151

**Comentarios a fallos**

El caso “Molinos”. Una Corte heterogénea a la hora de ejercer el control de constitucionalidad. *Demian Konfino* ..... p. 169

**Reseñas bibliográficas**

Notas y reflexiones. *Mario Alberto Laus y M. Candelaria Uría* ..... p. 183

# | Dossier

Treinta años de la reforma  
constitucional de 1994

# Los tratados de integración en la reforma constitucional de 1994<sup>(1)</sup>

Rodolfo Carlos Barra

Procurador del Tesoro de la Nación. Ex Convencional Nacional Constituyente en 1994  
Correo electrónico: revistaecae@ptn.gob.ar

**Cómo citar este artículo:** Barra, R. C. (2024). Los tratados de integración en la reforma constitucional de 1994. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 1 a 10. ISSN 2796-8642.

## 1. Introducción

La reforma constitucional de 1994, entre sus muchas novedades, introdujo una regulación integral, y en gran medida original, relativa al régimen de los tratados internacionales. Así, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492), la reforma definió que los tratados y concordatos “tienen jerarquía superior a las leyes” (art. 75, inc. 22 CN).<sup>(2)</sup> A la vez, en el mismo lugar, diseñó un régimen especial para ciertos “tratados y convenciones (...) sobre derechos humanos”, que así pasaron a ser “complementarios de los derechos y garantías” reconocidos en la primera parte de la Constitución. A estas normas del derecho internacional, en las condiciones de su vigencia para la Argentina, el art. 75, inc. 22 les otorga “jerarquía constitucional”.

A estas dos categorías, en el inc. 24 del mismo artículo el constituyente agregó otra –por ende, nuestro ordenamiento jurídico contiene tres categorías de tratados–, la relativa a los “tratados de integración”, llamada, en un futuro que esperamos cada vez más cercano, a jugar un rol funda-

---

(1) Conferencia pronunciada en el acto llevado a cabo con motivo de los 30 años de la reforma constitucional y de la creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado.

(2) Sobre el tema, ver Barra (1996; 1997; 1998; 2002).

mental en nuestro desarrollo, precisamente integrado, en especial, con nuestros hermanos de Latinoamérica.

## 2. La integración como ordenamiento político-jurídico

El art. 75, inc. 24, CN atribuye al Congreso “aprobar tratados de integración”, es decir, una categoría especial de tratados, bilaterales o multilaterales, cuya materia sea la “integración” a “organizaciones supraestatales”. Desde un punto de vista etimológico, “integrar” es formar parte de un todo, mientras que la “integración” indica la acción de integrar. Es así también desde una perspectiva jurídica: en el “derecho de la integración”, los que se integran son los Estados (mantenemos esta denominación, ya que es la que corresponde al derecho internacional público), más específicamente ciertas competencias estatales pertenecientes a sus potestades funcionales (legislativa, ejecutiva y judicial). Por su parte, lo integrado es un ordenamiento jurídico para o supraestatal nacional. De aquí, entonces, que la “integración” a la que se refiere el art. 75, inc. 24 CN es la acción de formar parte de un ordenamiento jurídico distinto del estatal nacional.

Desde nuestra visión, **el ordenamiento jurídico es la comunidad políticamente organizada**, organización que no puede prescindir de lo jurídico, a tenor de la máxima latina *ubi societas ibi ius*, es decir, donde se presenta una comunidad humana hay derecho. Por lo tanto, **el ordenamiento jurídico es un ordenamiento político**, lo que supone la juridicidad de este último, y así correspondería su denominación, aunque continuaremos denominándolo “ordenamiento jurídico” a secas, por motivos tradicionales y por homenaje al gran jurista italiano Santi Romano, pero siempre recordando que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento político.<sup>(3)</sup>

Así entonces, consideramos al ordenamiento jurídico como un sistema cuyos elementos principales son los sujetos, las relaciones jurídicas entre los sujetos y las normas que rigen tales relaciones, como así también las relaciones funcionales entre aquellos elementos. Corresponde destacar que el elemento subjetivo comprende a dos grandes categorías: los sujetos públicos y los sujetos privados. Los primeros integran el sector público del ordenamiento, es su centro de poder o gobierno constituido por una numerosa y compleja red de organizaciones, órganos y personas jurídicas dependientes, de una u otra manera, del gobierno subjetivado en la personalidad del Estado. Los sujetos privados, por su parte, son

---

(3) Ver Romano (1945) y Barra (2012). No debemos confundir al ordenamiento jurídico con el ordenamiento normativo. Como veremos, este último es un elemento que integra al ordenamiento jurídico.

los individuos y sus asociaciones (dotadas de personalidad jurídica) que pueblan el amplísimo sector privado del ordenamiento.

En lo que se refiere al elemento relacional, este implica a las relaciones jurídicas entabladas por los sujetos, tanto las horizontales conmutativas, que ocurren dentro del sector privado, como las verticales distributivas, que vinculan a los sujetos de uno y otro sector; mientras que las relaciones entre sujetos pertenecientes al sector público son accesorias a la acción de gobierno.

Otro aspecto de enorme importancia consiste en que todo ordenamiento jurídico complejo contiene una **pluralidad de ordenamientos jurídicos menores**, que en sus relaciones recíprocas se rigen, entre otros, por el **principio de subsidiariedad**.<sup>(4)</sup>

Para que exista un sistema de integración supraestatal, este debe constituirse como ordenamiento jurídico y, así, contener los elementos indicados en los párrafos anteriores.

### 3. La delegación de competencias constitucionales

La constitución de un ordenamiento de integración depende de un acto de los Estados miembros –normalmente a través de un tratado multilateral, sin perjuicio de posibles incorporaciones posteriores– por el cual, como ya hemos mencionado, **delegan competencias de poder**, esto es, las clásicas ejecutiva, legislativa y judicial. Así lo prevé el art. 75, inc. 24 CN cuando atribuye al Congreso la competencia de “[a]probar tratados de integración que **deleguen competencias y jurisdicción** a organizaciones supraestatales...”.<sup>(5)</sup>

La delegación debe hacerse por medio de un **tratado**, es decir, del “acto complejo federal”, como lo identificó la Corte Suprema en “Ekmekdjian”. Se trata de una **delegación especial** que podemos denominar “**de integración**”, pero que, como es propio, en general, del instituto de la delegación, no transfiere la competencia en sí misma sino **solo su ejercicio**, no obstante que la letra del art. 75, inc. 24 no lo aclare. Es que, de lo contrario, no estaríamos frente a una delegación sino a una **renuncia**, lo que no es lo propio del sistema de la integración.<sup>(6)</sup>

(4) Sobre el principio de subsidiariedad, ver Barra (2022), tanto en materia social como en lo que hace a las relaciones internacionales, en especial a la UE. El art. 5.1 del Tratado UE prescribe: “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Volveremos sobre estos temas.

(5) El resaltado me pertenece.

(6) En cambio, la “delegación constitucional federal” a la que hace referencia el art. 121 CN supone la delegación de la competencia en sí misma y no solo de su ejercicio. Así, las provincias han renunciado a las competencias delegadas al gobierno federal.

Lo delegado son “competencias y jurisdicción”. El texto de la norma constitucional es un tanto ambiguo, pero es evidente que se refiere a las competencias que la Constitución atribuye a los tres órganos superiores (“poderes”) del gobierno federal, incluyendo también a las competencias atribuidas por la Constitución, a las que es posible identificar como “órganos constitucionales auxiliares” (en nuestro caso, el Ministerio Público, la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo).

Por consiguiente, la competencia que el art. 75, inc. 24 CN autoriza a delegar es el ejercicio de competencias de gobierno materiales y orgánicas,<sup>(7)</sup> subjetivado esto, especialmente para el derecho internacional, en el Estado, de manera que las “organizaciones supraestatales” podrán recibir delegaciones competenciales parciales del gobierno federal, como así lo recibe la UE de los distintos Estados europeos miembros.

Las características principales de la delegación de integración son las siguientes:

- 1) puede ser retirada por el delegante, obviamente siempre conforme con lo regulado al respecto por el tratado de integración, como ha ocurrido recientemente en el caso del “Brexit” o el retiro de Gran Bretaña de la UE, conforme con el art. 50 del Tratado UE;<sup>(8)</sup>
- 2) tiene que ser parcial, es decir, no puede incluir todas, o prácticamente todas, las competencias del delegante, lo que supondría su extinción práctica;
- 3) desde un punto de vista cualitativo, no podría tampoco contener las competencias esenciales del delegante, ya que ello igualmente implicaría su extinción práctica (en nuestro caso, por ejemplo, el nombramiento de jueces locales, embajadores, ministros plenipotenciarios, encargados de negocios, siempre en representación del Estado nacional, o el indulto y conmutación de penas, entre otras).

En el orden local, se sostiene que la delegación debe ser temporal, lo que no debe necesariamente ser así en el caso de la delegación de integración.<sup>(9)</sup> Tampoco requiere que se establezcan “bases” expresas (el denominado “principio inteligible”), aunque normalmente los tratados de

---

(7) Así es el término general que establece nuestra CN en el “Título Primero” de su “Segunda Parte”, “Gobierno Federal”, para englobar una regulación tanto “orgánica” (referencia a los órganos) como “material” (referencia a las materias atribuidas en competencia a cada uno de los órganos).

(8) Desde un punto de vista teórico, el retiro podría ser total o parcial, según lo admita el tratado respectivo. El texto del art. 50.1 del Tratado UE parece admitir solo un retiro total, el que podría ser relativamente morigerado a través del acuerdo que prevé el art. 50.2.

(9) Así, no lo es en el caso de la UE.

integración las tienen, como es el caso del Tratado UE en su “Preámbulo” y en su art. 2°.

#### 4. Las condiciones de la integración

El art. 75, inc. 24 CN sujeta la aprobación del tratado de integración a dos condiciones:

- 1) “de reciprocidad e igualdad” con cada uno de los Estados parte, lo que supone que la integración debe producir los mismos efectos para cada uno de ellos, sin que pueda existir una categoría diferenciada, en este caso para la Argentina, o que, con respecto a este país, exista una diferenciación o particularidad en su relación tanto con los órganos supraestatales como con algunos Estados parte; es decir, el régimen de la integración debe producir efectos recíprocos e igualitarios;
- 2) que el tratado de integración (y la integración misma) respete “el orden democrático y los derechos humanos”, esto es, tanto en la organización misma como en la situación de los ciudadanos de cada uno de los Estados partes con relación a la organización; recordemos que esta última es una condición de validez del tratado, conforme con el art. 27 CN (los tratados deben ser conformes con los “principios de derecho público establecidos en esta Constitución”).<sup>(10)</sup>

Creo que sería también acertado interpretar que no puede ser admitido a la integración un Estado que, en el orden local, no respete el orden democrático y los derechos humanos, lo que significa también que la Argentina no podría establecer vínculos de **integración** con tales Estados.

#### 5. Los límites de las competencias de la organización supraestatal: principios

Como hemos visto, lo que el art. 75, inc. 24 CN autoriza delegar son “competencias”, esto es, atribuciones –en este caso de poder– que deben ser expresas, aunque regidas por el principio de **necesidad de las competencias implícitas** (necesarias para cumplir con la competencia expresa), con el **límite de la proporcionalidad**, esto es, proporcionadas (adecuadas, razonables) como medios al fin. En el sistema UE rige el **principio expansivo**

---

(10) También así resulta de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que en su art. 46 somete la validez del tratado a su conformidad con las normas de “importancia fundamental” del derecho interno del Estado parte. Por otra parte, el art. 75, inc. 24 CN en el punto parecería estar determinando que los principios de derecho público establecidos en la Constitución son los relativos al orden democrático (sistema representativo, división de poderes, independencia judicial) y al respeto de los derechos humanos o derechos fundamentales del ser humano, como la vida, la libertad y la propiedad, y los que se derivan inmediatamente de estos.

**de las competencias supraestatales**, lo que es admisible siempre conforme con la necesidad, la proporcionalidad y, sobre todo, la subsidiariedad.

El de la **subsidiariedad** es, sin duda, el principio de mayor importancia. Este es un principio clave de toda organización social, delimitador de competencias hacia fuera y hacia dentro del ordenamiento. Fue enunciado por el Papa Pio XI en la encíclica *Quadragesimo anno*, en el año 1931 (en pleno auge de los totalitarismos, que por definición son contrarios a la subsidiariedad). Según este principio, ninguna organización mayor debe hacer lo que una organización menor puede y debe hacer (subsidiariedad negativa), como tampoco debe abstenerse de cumplir con aquello que, siendo necesario para el bien de las organizaciones menores, estas no pueden realizar (subsidiariedad positiva). Como se puede apreciar, la subsidiariedad va de la mano con la proporcionalidad y la necesidad.

Otro principio muy importante es el que impone el respeto de las nacionalidades, especialmente en materia cultural, tal como lo establece el Preámbulo del Tratado UE: “Deseando acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones”. La integración no tiene por qué imponer una suerte de sincretismo cultural, especialmente teniendo en cuenta que un mismo ordenamiento jurídico puede acoger a distintas nacionalidades, como lo demuestra la propia experiencia europea (por ejemplo, art. 2º de la Constitución española).

## 6. Lo delegado

Como ya hemos visto, lo delegado son competencias y jurisdicción de gobierno en sus tres poderes. Así, en el ámbito ejecutivo podría pensarse en uno o más órganos colegiados, además de agencias con competencias por materia; los primeros con presidencias rotativas, aunque no necesariamente así en el caso de las agencias.

El “supraestado integrado” debe también contar con un Poder Judicial al que se pueda recurrir, por ejemplo, por vía de “prejudicialidad”, y si la norma relevante en el caso fuese de aplicación directa, y en los supuestos en que así lo prevea, también *omiso medio* con relación a los tribunales locales, lo que exigiría la existencia de tribunales de integración de distintas instancias. Finalmente, el Poder Legislativo, compuesto por una o dos cámaras, posee, al menos, competencia para dar ratificación y vigencia a ciertas normas emanadas del Ejecutivo. Estas cámaras deberán estar integradas por representantes electos por el “pueblo” de los Estados integrados, que pasan así a ser también el pueblo del Estado de integración.

Existen dos categorías fundamentales de normas de integración:

- 1) los tratados constitutivos y sus reformas, complementaciones o agregados, que conforman lo que es denominado “derecho originario”; y
- 2) el bloque denominado “derecho derivado”, constituido por las normas creadas por los órganos supraestatales.

Obviamente, los primeros deben estar formalizados conforme el sistema constitucional de cada Estado parte, mientras que los segundos ya formarán parte, desde su mismo nacimiento, del ordenamiento jurídico de la integración, sometidos a tal derecho originario como, en los ordenamientos locales, las normas inferiores se someten a la Constitución. El “derecho originario” es como si fuese una Constitución, aunque para serlo plenamente deba cumplir con aquella afirmación dogmática pero fundamental del constitucionalismo moderno, contenida en el art. 16 de la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Es muy importante que las normas de la integración (actos administrativos, reglamentos ejecutivos, normas con jerarquía de ley, sentencias) gocen de **aplicación directa** en los Estados miembros, salvo que, por razones especiales o circunstanciales, requieran de reglamentaciones locales de aplicación, pero sin que esto signifique necesidad de ratificación alguna por parte de los Estados miembros. También es indispensable, incluso para la subsistencia de la integración, que se les otorgue a estas normas jerarquía superior a las locales, como lo hace expresamente nuestro art. 75, inc. 24 CN.

## 7. Aprobación del tratado constitutivo

El tratado constitutivo del ordenamiento jurídico de integración es una norma, como hemos visto, de importancia fundamental, comparable, para nosotros y para los Estados Unidos, con la Declaración de la Independencia y, por supuesto, la sanción de la Constitución y sus reformas. Es que, en realidad, como en el caso de los tratados complementarios de la Constitución, del art. 75, inc. 22, su aprobación supone una reforma constitucional, aunque siempre sometida a la limitación del art. 27.

Cualquiera fuese la interpretación al respecto, lo cierto es que el art. 75, inc. 24 exige que la aprobación de estos tratados se produzca con mayorías y procedimientos especiales que varían según los casos. Así, cuando se trate de la integración con Estados latinoamericanos será necesaria que la aprobación se obtenga por la mayoría absoluta de la totalidad de

los miembros de cada Cámara, mientras que la aprobación de la integración con Estados no latinoamericanos exige una doble consideración por el Congreso: un primer paso donde, con la mayoría absoluta de los presentes, el Congreso declarará (no es una ley, es una declaración, como lo es el acto de aceptación o rechazo de un DNU) la conveniencia del tratado, que recién será aprobado luego de 120 días de reflexión (segundo paso) a través de una ley votada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Una mayoría igual –en ambos casos, ya que el constituyente no ha distinguido– se requerirá para la aprobación de la denuncia de este tipo de tratados, aunque sin la “doble vuelta legislativa” por no estar prevista por la norma para estas hipótesis.

## 8. Importancia de la figura

Por supuesto que esta creación introducida por la reforma constitucional de 1994 tiene infinidad de aspectos de interés, algunos de los cuales acabamos de sintetizar. Pero tiene especialmente uno sobre el que quizás no se ha prestado la debida atención: ningún tratado, al menos a partir de agosto de 1994, puede crear organismos supraestatales (es decir, con competencias y jurisdicción directas sobre nuestro ordenamiento) si es que no ha sido aprobado con sometimiento al inc. 24 del art. 75 CN.

Por ello, por ejemplo, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son directamente ejecutables, aun en los casos en los que nuestro Estado haya sido parte, sin perjuicio de que su no cumplimiento sería una violación a la norma de art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero no puede imponer, ni siquiera bajo el procedimiento de ejecución de sentencia extranjera, una obligación de hacer o no hacer, ni siquiera, cabe interpretar, de dar en especie, sino solo su indemnización sustitutiva en dinero. Mucho menos puede revocar una sentencia local u obligar, bajo la vía de una supuesta “prejudicialidad” (que no está prevista en la Convención), a que los jueces locales sigan una determinada doctrina de la Corte Interamericana. Así muy bien lo ha definido nuestra Corte Suprema de Justicia en el caso “Fontevicchia” (Fallos: 340:47).<sup>(11)</sup> Es que la Convención Americana de Derechos Humanos **no es un tratado de integración**, ya que no es lo que resulta de su texto expreso, de la voluntad de los Estados parte y, en nuestro caso, porque no se ajusta al régimen previsto por el art. 75, inc. 24. Caso

(11) Ello sin perjuicio del valor interpretativo u orientativo que las doctrinas tanto de la Comisión Interamericana como la Corte de Justicia, también de la CIDH, tengan en el ámbito interno. Pero dichas fuentes interpretativas, sin perjuicio de la aplicación de la doctrina del “margen de apreciación nacional” (que no rige para las decisiones provenientes de los órganos de integración supraestatales), con ser importantes, no son las únicas ni, mucho menos, definitorias.

contrario, como lo ha puntualizado en “Fontevicchia”, se estaría violando el límite del art. 27 CN, ya que es evidente que el régimen del citado art. 75, inc. 24 es un principio fundamental de derecho público de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo mismo cabe señalar con relación a las políticas de algunas agencias internacionales que pretenden hacer directamente aplicables sus resoluciones en nuestro ordenamiento. Nada de esto es posible sin mediar el tratado aprobado según el procedimiento establecido en el art. 75, inc. 24, ya que, de lo contrario, estaríamos también ante una violación del art. 27 CN.

¿Puede un tratado aprobado según el régimen del inc. 22, es decir, un tratado con jerarquía constitucional complementaria, realizar delegaciones de competencia, creando un sistema de integración al margen del inc. 24? Entiendo que no, ya **que el constituyente realizó una diferenciación expresa** entre unos y otros. Nótese que los tratados del inc. 22 solo pueden ser complementarios de los derechos reconocidos en la parte dogmática, pero no en la orgánica; no pueden avanzar sobre órganos y poderes, sino solo en el ámbito del propio tratado. Es decir, la Convención Americana de Derechos Humanos puede prever una norma que juzgue sobre su cumplimiento, pero de efectos limitados en cuanto a la aplicación en el orden interno de cada Estado parte. Los incumplimientos de este deberán resolverse por la vía reparatoria pecuniaria, según procedimiento de ejecución de sentencia extranjera, pero no por la vía restitutiva, al menos sin acuerdo del Estado en cuestión. Si el tratado del inc. 22 estableciera un régimen de integración estaríamos ante un supuesto alcanzado por la prohibición del art. 27 CN y, por tanto, del art. 46 de la Convención de Viena.

## 9. Referencias bibliográficas

**Barra, R. C.** (1996). *La protección constitucional del derecho a la vida*. Abeledo Perrot.

----- (1997). *Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino*. Ábaco.

----- (2002). *Fuentes del ordenamiento de la integración*. Ábaco.

----- (2002). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Ábaco.

----- (2012). *Derecho Público Canónico. La organización de la Iglesia Católica*. Vol. I. Marcial Pons.

----- (2022). *Capitalismo de rostro humano*. Ediciones RAP.

**Romano, S.** (1945). *L'Ordinamento Giuridico* (2ª ed.). Sansoni.

## 10. Referencias jurisprudenciales

CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/recurso de hecho”, 07/07/1992, Fallos: 315:1492.

CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14/02/2017, Fallos: 340:47.

# Reflexiones a 30 años de la reforma constitucional de 1994<sup>(1)</sup>

Rodolfo Díaz

Ex Procurador del Tesoro de la Nación. Ex Convencional Nacional Constituyente en 1994

Correo electrónico: revistaecae@ptn.gob.ar

**Cómo citar este artículo:** Díaz, R. (2024). Reflexiones a 30 años de la reforma constitucional de 1994. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 11 a 16. ISSN 2796-8642.

1. La Convención Constituyente fue una experiencia extraordinaria de convivencia democrática, estímulo intelectual e intensidad política, y seguramente mis comentarios reflejarán esa vivencia.

– I –

2. Las constituciones están hechas de política, no de palabras. El esfuerzo constitucional es una práctica social que consiste en convertir “relaciones políticas” (que son relaciones de poder) en “relaciones jurídicas” (que son relaciones de derecho) y, mediante esa conversión, someter el poder al derecho.

De eso tratan las convenciones constituyentes; de eso trató nuestra Convención de 1994.

3. En aquellos años del fin del siglo XX hubo grandes cambios en las relaciones de poder.

A nivel mundial, la caída del muro de Berlín, el fin de la Guerra Fría y la desaparición del imperio soviético como actor y como modelo.

---

(1) Conferencia pronunciada en el acto llevado a cabo con motivo de los 30 años de la reforma constitucional y de la creación de la ECAE.

Y en la Argentina, la recuperación democrática había puesto fin a un largo ciclo de 17 años de gobiernos militares con solo una interrupción de 35 meses a principios de los 70.

4. La cuestión de la reforma constitucional viene de esa recuperación: tanto la Unión Cívica Radical como el Partido Justicialista la habían incluido en sus plataformas electorales de 1983.
5. El presidente Alfonsín la impulsó a través del Consejo para la Consolidación de la Democracia, incluyendo la reelección presidencial; pero por las circunstancias económicas debió dejarla de lado.
6. Para 1993, la acción del gobierno del presidente Menem se valoraba positivamente. En 1992, la opinión pública estaba 45% a favor de la reforma constitucional, pero 44% en contra de la reelección. En 1993, ya las mediciones eran distintas: el 74% estaba a favor de la reforma y el 58% a favor de la reelección.
7. El análisis convencional –en el sentido de habitual– tiende a centrar todo el proceso preconstituyente en la pretensión del presidente Menem en lograr su reelección; creo que esa interpretación reduccionista es equivocada y discrepo con ella. La reelección –si bien estaba presente– fue un incentivo, y ni siquiera el único, de los que impulsaron el proceso reformista.
8. Esa perspectiva reduccionista suele destacar también la media sanción del Senado de un proyecto de ley que declaraba “la necesidad de la reforma” y un decreto convocando a un “plebiscito no vinculante” sobre el tema, ambos en octubre de 1993. Pero lo cierto es que ni una cosa ni la otra tuvieron andamio, y aunque estas estrategias atrevidas existieron, su eficacia causal estuvo lejos de ser determinante. Por la misma época, al asumir como presidente de la Unión Cívica Radical, Raúl Alfonsín había expresado su predisposición a aceptar la reelección dentro de una reforma más amplia; sus palabras fueron: “¿A quién le importa la reelección si ese escenario utópico fuera posible?”.
9. Fue la persuasión social de que la transición democrática argentina requería una culminación de ese nivel lo que da razón de una Convención Constituyente en la que estuvieron representados 25 partidos políticos, en la que se presentaron 1593 proyectos de reformas, que tuvo once comisiones temáticas que realizaron 51 reuniones y produjeron 34 despachos y una Comisión de redacción que realizó 25 reuniones y produjo 17 órdenes del día. Una Convención que realizó 38 sesiones plenarias, algunas de las cuales duraron varios días,

para finalmente sancionar –trascendiendo largamente la cuestión de la reelección– casi un centenar de modificaciones al texto histórico.

10. Lo que sí tuvo una función causal determinante fue la contundente manifestación de la soberanía popular en las elecciones de legisladores nacionales del 3 de octubre de 1993. La concurrencia superó el 80% del padrón: el Justicialismo ganó en 17 de los 24 distritos electorales del país, incluida la Capital Federal, logrando el resultado más alto de su historia en elecciones de medio término con el 43,47%, obteniendo 66 de los 127 diputados nacionales en disputa. Por su parte, la Unión Cívica Radical ganó 4 provincias con el 30,23%, obteniendo 41 diputados. Los otros partidos obtuvieron porcentajes de un dígito bajo o menos.
11. Este resultado, por un lado, incentivó la iniciativa reformista de Menem –reelección incluida–, y por el otro, persuadió a Alfonsín de no oponerse y arriesgarse a perder, sino de crearse una oportunidad para incluir los cambios que había propuesto el Consejo para la Consolidación de la Democracia durante su gobierno.
12. Se desarrolla así, entre estos dos excelentes políticos profesionales, un juego que no es de “suma cero”, sino un juego en el que hay “ganancias de cooperación” de ambos jugadores y se llega a un equilibrio conveniente para los dos; esto, en la teoría de juegos, se llama “Equilibrio de Nash”, y es una situación en que la estrategia de cada jugador es la más racional dada la estrategia del otro.
13. Otra vez la interpretación convencional –que ve en el acuerdo una aceptación resignada de Alfonsín– es equivocada: tanto el líder radical como Carlos Menem vieron con claridad la oportunidad, la aprovecharon hasta el límite y se comprometieron activamente con ella. Eso le dio la energía política e intelectual a un proceso explosivamente democrático que comienza con la declaración de ambos del 14 de noviembre de 1993, en la que anuncian el inicio del proceso de la reforma constitucional.

A partir de ahí empieza otra tarea: la labor de los equipos jurídicos de ambos partidos que elaboran los contenidos de la reforma, que finalmente los dos líderes aprueban el 13 de diciembre.

Estos tres documentos constituyen lo que conocemos como “Pacto de Olivos”.

14. Sobre esa base, el Congreso sancionó la ley de convocatoria, se eligieron los convencionales el 10 de abril de 1994 y el proceso de reforma quedó en marcha.

- II -

15. Las constituciones están hechas de política; pero el derecho constitucional no; el derecho constitucional está hecho de proposiciones científicas. Voy a hacer ahora un muy breve encuadre en ese sentido.
16. La Reforma constitucional de 1994 se asentó en un triple consenso:
  - un consenso político: la reafirmación del compromiso democrático y la reforma constitucional como consolidación de la transición;
  - un consenso programático: la ampliación de los derechos individuales y sus medios de tutela, la ampliación de ciertas prerrogativas económicas de las provincias y la incorporación de algunas instituciones del constitucionalismo europeo; y
  - un consenso metodológico que dejó abierta a la discusión a todos los temas; y su incorporación o no en manos de los constituyentes según la regla de la mayoría, aunque había un núcleo que debía ser votado en conjunto.
17. Este triple consenso está en los documentos del Pacto de Olivos y en la ley de convocatoria. En el desarrollo de la Convención, el debate, los acuerdos y aun las discrepancias –algunas de muy alto voltaje– se encarrilaron dentro de ese cauce que yo llamé “El Paradigma de Olivos”.
18. En teoría de la ciencia, un “paradigma” es un conjunto de supuestos, instrumentos, técnicas y aun creencias que funcionan como referencia común de un determinado colectivo intelectual. Es un conjunto de compromisos entre los miembros de ese colectivo que provee los criterios para determinar qué problemas pueden ser abordados y qué métodos son legítimos para tratarlos; los miembros del colectivo pueden coincidir en la identificación del paradigma, pero discrepar en su interpretación.
19. Lo que estoy sosteniendo aquí es que los tres consensos han funcionado como “paradigma” de los que participaron en el proceso de la reforma: primero, en el grupo de técnicos tanto radicales como peronistas que trabajaron en los documentos preconstituyentes; y después, en los convencionales constituyentes de todos los partidos que en Santa Fe y Paraná debatieron y sancionaron la Reforma del 94.

- III -

20. La Convención del 1994 introdujo 91 cambios en el texto histórico: agregó un nuevo capítulo; modificó 17 artículos; agregó 19 artículos; modificó 29 incisos; agregó 8 incisos; e incluyó 17 cláusulas transi-

torias; el Preámbulo no se tocó. En la Parte Dogmática, el Capítulo Primero, “Declaraciones, Derechos y Garantías”, no se modificó; se agregó un Capítulo Segundo “Nuevos Derechos y Garantías”, que incluye 10 temas. En la Parte Orgánica, “Autoridades de la Nación”, se introdujeron la mayoría de las reformas, que incluyen 19 temas.

21. Las distintas innovaciones han tenido un desempeño dispar: algunas funcionaron razonablemente bien, otras extraordinariamente bien, pero hay algunas de las que no se puede decir lo mismo.

#### - IV -

22. Los tres consensos del “Paradigma de Olivos” han tenido eficacia despareja. El “consenso político” se ha mantenido con solidez y ha provisto a los otros dos de un criterio de racionalidad para el desarrollo de las instituciones y la solución de los conflictos. El “consenso metodológico” funcionó muy bien en la tarea constituyente, pero en lo propiamente constitucional quizás llevó a exagerar las expectativas y a requerir mayorías muy difíciles de lograr (como para la designación del Defensor del Pueblo) o directamente imposibles (como la Ley Convenio de Coparticipación Federal). Finalmente, el “consenso programático” permitió generar aportes eficaces en la ampliación de derechos y prerrogativas, pero la incorporación de instituciones del constitucionalismo europeo no tuvo una eficacia similar, y no por razones “subconstitucionales” –como serían defectos de implementación, falta de cumplimiento por las autoridades o contingencias políticas–, sino por razones propiamente “constitucionales”: el parlamentarismo, los “organismos externos de control” y los “órganos extrapoder” son inconsistentes con la división republicana de poderes y con los *checks and balances* como mecanismo de control recíproco. Ha sido la lógica propia de nuestra Constitución Nacional la que ha resistido, y desde mi punto de vista debemos felicitarnos por eso.

#### - V -

23. La literatura reciente ha propuesto cuatro factores como base de una “métrica” para evaluar el desempeño de las constituciones:
  - 1) **legitimidad política**, en términos weberianos, como fenómeno observable;
  - 2) **resolución institucional de los conflictos**, canalización de los desacuerdos y reivindicaciones a través de las instituciones políticas;

- 3) **limitación de los costos de transacción**, control y disminución de los costos asociados a la adopción e implementación de los actos de gobierno; y
- 4) **creación de bienes públicos**, propios del Estado y que el mercado no puede producir, que definen parámetros centrales de la vida colectiva.

Conforme estos criterios, el desempeño general de la Constitución reformada ha sido razonablemente satisfactorio.

24. La nota más alta la alcanza en el primero de los parámetros indicados: los estudios de opinión muestran una muy baja valoración de todas las instituciones. En ese contexto, la Constitución Nacional goza de una sólida legitimidad; es la única referencia común no afectada por la fractura y el desencanto de esta sociedad.
25. En el segundo de los parámetros también alcanza una calificación satisfactoria: los conflictos políticos se han canalizado institucionalmente; el ejemplo más importante fue la crisis del 2001, que se reencauzó por la acción constitucional del Congreso.
26. En el tercer parámetro –la reducción de los costos de transacción– la calificación no es mala, pero algunos objetivos se lograron y otros no. Así, la simplificación del proceso parlamentario general ha bajado los costos de transacción de la sanción de las leyes, pero ciertas supermayorías requeridas por la norma elevaron tanto esos costos que no se han podido alcanzar.
27. En cuanto al cuarto parámetro, la Constitución reformada ha sido capaz de producir un “bien público” de extraordinario valor que proyecta hacia el régimen político; es la legitimidad política de la Constitución la que sostiene la democracia argentina, afectada por debilidades bien conocidas.
28. Esa es una contribución trascendente de la que, como Convencional Nacional Constituyente (MC), me siento especialmente orgulloso.

# Vigencia de valores fundamentales de la Reforma de 1994<sup>(1)</sup>

## A treinta años de su sanción

*Alberto Manuel García Lema*

*Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente.  
Correo electrónico: publicaciones@garcialema.com.ar*

**Cómo citar este artículo:** García Lema, A. M. (2024). Vigencia de valores fundamentales de la reforma de 1994. A treinta años de su sanción. *Revista de la ECAE*. Año 8 (11), pp. 17 a 40. ISSN 2796-8642.

### 1. El valor del diálogo como fuente de acuerdos políticos

Quando se analizan los valores fundamentales que rigen la reforma de 1994, que se incorporaron a los que inspiraron a nuestra Constitución histórica de 1853/60 por haber sido una reforma constitucional parcial de aquella, que han pasado a ser aspectos fundamentales para el conocimiento de nuestra actual Constitución Nacional, debemos colocar – en primer término– **el valor de la construcción de un amplio consenso**, fruto de diálogos y acuerdos crecientes que fueron evolucionando entre 1986 hasta la sanción del texto final reformado en 1994, aprobado y jurado en forma unánime por todos los representantes de los partidos y fuerzas políticas que integraron la Convención Nacional.

Ese proceso de **la elaboración de consensos se desarrolló en un triple plano de acuerdos políticos, federales (en sentido de interprovinciales) y sociales**, situación que ha generado la circunstancia tan excepcional que **en estos últimos treinta años, e incluso en el presente, no se han presentado intentos serios de modificar o introducir nuevos cambios**

---

(1) Conferencia pronunciada en el acto llevado a cabo con motivo de los 30 años de la reforma constitucional.

**en la Constitución Nacional vigente**, y algunas pocas opiniones que pudieron llegar a analizar esta posibilidad no llegaron a proponer cambios concretos.

Si bien recordaré brevemente cuáles fueron las ideas fuerza que inspiraron la reforma de 1994, tal como me ha tocado vivirlas a lo largo de mi participación en el extenso proceso de diálogos y acuerdos gestados en aquellos años, me interesa aquí encarar la problemática de si los valores que inspiraron la reforma de 1994 mantienen su vigencia, inspirando las instituciones creadas o modificadas por ella para concretarlos.

De este modo, corresponderá examinar si las **políticas de Estado, concebidas en la reforma de 1994, volcadas en normas e instituciones en vigencia, y que por tanto poseen rango constitucional –superiores en el plano normativo a los tratados, leyes, normas reglamentarias o actos administrativos–** ya sea que hubiesen sido cumplidas total o parcialmente, o que contienen elementos aún pendientes, pueden seguir inspirando a los habitantes de nuestro país en las nuevas épocas que nos toca vivir.

Esta problemática me ha preocupado particularmente en el devenir de las últimas dos décadas, y la encaré en análisis efectuados en artículos publicados en diversos medios, que han sido recopilados en mi sitio web <sup>(2)</sup>, a los que me remito.

En el presente trabajo, sin desconocer lo dicho en esos análisis anteriores, me parece útil centrarme en los valores volcados en la reforma de 1994, ya que muchos de ellos confrontan con otros que han desconocido instituciones y normas de la Constitución Nacional desde su sanción, o que se han reconvertido en otros opuestos en estas décadas del siglo XXI; en la medida que nuevas circunstancias económicas, producto de una cuarta revolución industrial, el perfeccionamiento de los sistemas de comunicaciones y de la inteligencia artificial, la extensión de la globalización a grandes o pequeños países asiáticos, la rápida y grave expansión del calentamiento global que obliga a nuevos tipos de respuestas energéticas, el impacto que todo ello viene produciendo en amplias regiones del mundo que han quedado excluidas de los desarrollos económicos, las consecuencias de una gran divulgación de guerras en diversas zonas “calientes” del mundo, generando enormes migraciones de millones de personas y, en general, el amplio crecimiento de la pobreza –en mayor o menor medida– en muchos países, y entre ellos el nuestro, obligan a seguir debatiendo la vigencia de los valores constitucionales de la reforma de 1994.

---

(2) Véase [www.garcialema.com.ar](http://www.garcialema.com.ar)

**Enunciado así el propósito de este trabajo, desde la perspectiva de recordar y evaluar treinta años de la reforma constitucional de 1994, dirigido a los profesores y alumnos de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, que contribuí a crear hace también treinta años, las expondré en una doble perspectiva: recordar cuáles fueron las ideas fuerza que inspiraron aquella reforma y algunos de los peligros o desafíos que deben afrontarse; y, también, vincularlas sintéticamente con ciertos valores preconizados por el Papa Francisco en su Encíclica Fratelli Tutti.**

Existen razones de peso para acudir a esta comparación. A partir de la creación, durante el gobierno del presidente Raúl Alfonsín, del Consejo para la Consolidación de la Democracia, se puso en marcha **un proceso de reforma constitucional en un marco consensual**, como lo señalara el propio Alfonsín. Este Consejo, coordinado por el filósofo del derecho Carlos Nino e integrado por figuras políticas de distinta extracción, y contando como colaboradores con jóvenes constitucionalistas que han sido profesores y académicos del derecho constitucional o de la ciencia política, produjo una propuesta de reforma expuesta en un primer dictamen en el año 1986, otro posterior en el año 1987 y un tercero en el año 1988, con una síntesis de las ideas que la preconizaban.

Esa propuesta tuvo ocasión de analizarla en mi obra *La Reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, haciendo mérito de la aceptación de la propuesta y oportunidad de la reforma por el sector del justicialismo denominado “renovador” (por oposición al justicialismo ortodoxo que se oponía a ella) y que estuvo expresado por la opinión de varios dirigentes principales<sup>(3)</sup>, entre los que se destacaron Antonio Cafiero (1995) y Carlos Menem (1986).

El justicialismo renovador impuso como condiciones metodológicas para encauzar los diálogos constituyentes en la elaboración de tres grandes acuerdos previos:

- a) **un pacto federal a suscribirse con los gobernadores de provincia**, que puso en marcha Antonio Cafiero cuando en 1987 fue electo gobernador de la provincia de Buenos Aires, y que contó con la aprobación de Menem y los demás gobernadores justicialistas, que también habían asumido en ese año;<sup>(4)</sup> **y que fue seguido por declaraciones del**

---

(3) Ver Montenegro y García (1986); Moncalvillo y Fernández (1986). Para un análisis más científico, ver Aboy Carlés (2001) y Altamirano (2004).

(4) Antonio Cafiero y Carlos Menem, hicieron aprobar por los gobernadores justicialistas, de la gran mayoría de las provincias, reunidos en Mar del Plata, el 10/01/1988, el Pacto Federal, un documento de trabajo que me tocó proyectar, y que contenía propuestas federales para una reforma de la Constitución, entre ellas: 1) constitucionalismo social; 2) perfeccionamiento del sistema democrático en la Constitución; 3) garantías constitucionales

**radicalismo y de los partidos provinciales** (García Lema, 1994, documentos VIII, IX y X), que fueron la base de un acuerdo –de gran importancia porque muchos de sus contenidos se volcaron luego en normas constitucionales por la reforma de 1994– que fue suscripto durante el gobierno del presidente Menem el 24 de mayo de 1990, denominándose “**Acuerdo de Reafirmación Federal**” (documento XVII), algunos de cuyos contenidos y metodología recordé en un artículo reciente;<sup>(5)</sup>

- b) **la celebración de acuerdos políticos** que se concretaron en el denominado “Pacto de Olivos”, y en los acuerdos preconstituyentes del 1 y del 13 de diciembre de 1993;<sup>(6)</sup>
- c) **la obtención de un consenso social para la reforma**, logrado en las elecciones de 1994 para Convencionales Constituyentes, por sistema D’Hont de representación proporcional, que permitió la participación de todas las fuerzas políticas importantes de esa época.

Como resultado de ese proceso de diálogos y consensos, construidos en un extenso que demandó ocho años (1986/1994), con períodos de mayor o menor intensidad, es indudable que **la reforma de 1994 tuvo una clara legitimidad de origen, máxime porque la Ley declarativa de la reforma constitucional 24.309 fue votada por los dos tercios de los miembros totales de cada Cámara, y los procedimientos de la Convención Constituyente no fueron objetados por sus miembros, al punto que su texto final fue aprobado y jurado por unanimidad de todos los convencionales;** de modo que esa legitimidad ha permitido resistir los incumplimientos o desvíos sufridos por el programa constitucional, tal como se apreciará en los capítulos siguientes.

## **2. Ideas fuerza de la reforma de 1994: influencias ideológicas**

Cabe señalar, ante todo, que la reforma constitucional de 1994 recibió una triple influencia ideológica. Por un lado, por tratarse de una reforma parcial en donde se excluyeron –bajo pena de nulidad en la ley 24.309– los primeros treinta y cinco artículos de la Constitución de 1853/60, los que conforman su **núcleo ideológico liberal**, propio del siglo XIX, esa

---

federales; 4) regionalización; 5) programación económica y social (propugnaba la creación de un Consejo Económico y Social con participación de las provincias y de las entidades intermedias); 6) derechos sociales (entre los cuales se mencionaba la adecuada protección de la ecología y el medio ambiente); 7) municipios (se postulaba darle categoría constitucional a su autonomía).

(5) Véase García Lema (20/03/2004).

(6) Véase García Lema (1994, Anexos XIX, XX y XXI).

**perspectiva conceptual ha permanecido en la enunciación de sus principios básicos.**

Como es bien sabido, nuestra Constitución de 1853/1860 respondió en buena medida al proyecto de la Constitución de los Estados Unidos de América, en sus instituciones básicas –que se diferenció de las constituciones europeas sancionadas con posterioridad a la Revolución Francesa– por su carácter federal, aunque los hombres de la generación de 1837 que fueron sus principales inspiradores, en especial Juan Bautista Alberdi, estimaron que debía arribarse en nuestro país a un punto de confluencia entre las dos grandes tendencias ideológicas del siglo XIX.

Es por lo anterior que **la Constitución argentina fue declaradamente federal –en su art. 1º, y en ciertos aspectos de su organización institucional– pero tuvo una base principalmente unitaria en cuanto a su régimen económico y social**, de lo que dan cuenta los arts. 4º (formación del Tesoro Nacional), 5º –con las “condiciones” allí previstas para las constituciones provinciales y la consiguiente garantía del Gobierno federal–y el 6º, que prevé que el “Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno...”; los artículos 9º al 12 que establecen el desenvolvimiento del régimen comercial bajo reglas nacionales (replicados en varios artículos del antiguo art. 67, hoy art. 75, de la Constitución); el art. 13 con la facultad del Congreso de crear nuevas provincias (como se aplicó para transformar los antiguos territorios nacionales en provincias); el art. 14 con los derechos de todos los habitantes de la Nación (allí se encuentran varias de las libertades económicas que se observan en todo el territorio de la Nación), reafirmado por el art. 20 (como derechos de los extranjeros); el art. 16 con la enunciación del derecho a la igualdad y su aplicación a la materia tributaria; el art. 17, con la inviolabilidad de la propiedad privada y las condiciones de la expropiación, y la garantía a la propiedad intelectual; el art. 18 con sus garantías del derecho penal para todos los habitantes –extendidas al debido proceso judicial, por nuestra jurisprudencia de la Corte Suprema–; el art. 23 con la posibilidad del Estado de Sitio en caso de conmoción interior; el art. 24 acerca de la reforma de la legislación existente a la época de la sanción de la CN; los arts. 26 y 27 con sus previsiones sobre competencias del Gobierno federal en materia internacional; las prohibiciones del art. 29 en cuanto al otorgamiento de facultades extraordinarias (no solo al Ejecutivo nacional sino también a los gobernadores de provincias); el art. 31 que establece la supremacía de la Constitución Nacional, de las leyes de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras; el art. 32 sobre la libertad de imprenta (extendida por la jurisprudencia a los medios de comunicación); el art. 33 que

funda los derechos nacionales implícitos. Ese carácter unitario se vio reforzado por las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional en la Constitución de 1853/1860 (por ejemplo, con la atribución de dictar los Códigos de fondo), y que fueron aplicadas por los poderes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales federales inferiores.

Acoto también que el respeto, por la reforma de 1994, al amplio abanico de derechos y garantías enunciadas se extendió incluso a la preservación de la “cláusula del progreso” alberdiana –hoy art. 75, inc. 18 CN– que facilitó numerosas intervenciones del Estado Nacional al prever “leyes protectoras de estos fines [los allí expuestos] y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulos”, que fue complementada por la “cláusula del nuevo progreso” del art. 75, inciso 19, de la Constitución reformada.

Ha sido tarea de la reforma constitucional de 1994 –sin desconocer el plexo de derechos y garantías indicadas– el promover mayores facultades para las provincias y las regiones económico-sociales; como también incorporó explícitamente la “democracia” como condición esencial de nuestra forma de Estado en el nuevo art. 36. Todo ello fue actualizado a partir de ese art. 36, y en los arts. 37 a 43 de la Primera Parte de la Constitución, así como por las nuevas facultades de los poderes clásicos, por modernas instituciones, por el reconocimiento de derechos humanos y sociales, por modos de inserción del país en el mundo, y procedimientos incorporados, que han implicado la evolución de una Constitución liberal clásica a otra enriquecida por el constitucionalismo social de la segunda parte del siglo XX.

El programa de la reforma constitucional de 1994 lo sintetiqué en cinco ideas fuerza, como miembro informante del despacho de la mayoría de las reformas contenidas en el Núcleo de Coincidencias Básicas (junto con el Dr. Enrique Paixao), que fueron producto de las negociaciones y acuerdos surgidos durante el debate constitucional desde 1986 en adelante, según ya se señalara, y las expliqué con mayor desarrollo en un trabajo inmediatamente posterior a la conclusión de la Convención Constituyente (García Lema y Paixao, 1994).

Esas cinco ideas fuerza fueron:

- 1) consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático;
- 2) obtención de un nuevo equilibrio entre los tres órganos clásicos del poder del Estado para lograr una mayor eficiencia en su accionar;
- 3) promoción de la integración latinoamericana (y continental u otras posibles);

- 4) mayor reconocimiento de los derechos humanos y de sus garantías;
- 5) fortalecimiento del régimen federal.

**Las dos primeras fuerzas fueron las fuentes de las reformas incluidas en el Núcleo de Coincidencias Básicas, aunque se completaron por otras surgidas en la Convención; mientras que las tres restantes se desarrollaron fuera del Núcleo, por los “temas habilitados para su tratamiento”, en el marco previsto en el Acuerdo pre-constituyente del 13 de diciembre de 1993 y en la Ley declarativa de la reforma.**

La evolución de los acuerdos preconstituyentes (incluidos los provenientes del Acuerdo de Reafirmación Federal del 24 de mayo de 1990), con los amplios aportes realizados durante la Convención Constituyente, **expresan la pluralidad ideológica de la reforma de 1994, en un equilibrio entre las fuentes liberales clásicas de la Constitución de 1853/1860 y los aportes de inspiración socialdemócrata realizados por el radicalismo, dirigido por el presidente Alfonsín, compatibilizados con otros muchos del justicialismo renovador, de raíz socialcristiana que ha sido la fuente histórica de su pensamiento, actualizada por los principios del Concilio Vaticano II y Encíclicas de los papas Juan XXIII, Paulo VI, Juan Pablo II y, últimamente, Francisco.**

Cumplidos treinta años de la reforma a la Constitución Nacional de 1994, los cambios producidos en el mundo –y en nuestro país– en el siglo XXI obligan a hacer un somero balance de los logros alcanzados, de los incumplimientos y desvíos al programa trazado por dicha reforma, así como asumir los nuevos desafíos económicos y sociales que plantean problemas que deben ser regulados por las normas constitucionales.

A continuación, ofreceré un breve resumen de los avances y dificultades sufridas en las reformas contenidas en las cinco ideas fuerza mencionadas, que ya adelanté en trabajos anteriores de hace pocos años atrás cuando eran advertibles los nuevos desafíos,<sup>(7)</sup> teniendo presente aquí ciertas directrices que surgen de la Encíclica Fratelli Tutti (en adelante, EFT) y que siguen alimentando el valor del diálogo y los acuerdos necesarios para enfrentarlos. Lo encaro así, no solo por mi convicción cristiana y católica, sino por entender que la línea conceptual que se remonta al Concilio Vaticano II y a la actualización doctrinaria que generó, expresada en el pensamiento de Francisco –en esa corriente conceptual– tiene contenidos universales reconocidos como tales en grandes zonas del

---

(7) Véase García Lema (2019).

mundo global, superando sus límites religiosos, y que continúan validando los fundamentos conceptuales de la reforma de 1994.

### **3. Consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático**

Este fundamento, quizás el principal de todas las ideas fuerza mencionadas, que dio origen a un conjunto de reformas específicas que sintetizo en nota al pie,<sup>(8)</sup> ha tenido éxito en sus fines esenciales, sin perjuicio de afrontar desde hace años nuevas dificultades:

- a) Cabe señalar, en primer término, que **en 30 años de vigencia de la reforma de 1994 (e incluso en los últimos 40 años) no existió interrupción del sistema constitucional, ni golpes militares o gobiernos de facto**, siendo la renuncia anticipada del presidente Fernando De la Rúa resuelta por vía de la acefalía prevista en la CN, aun cuando pudo evitarse si se hubiera encarado la crisis que condujo a su renuncia mediante un jefe de gabinete de ministros del partido de la oposición triunfante en las elecciones de medio término. **A ese éxito contribuyó la cláusula de defensa del orden democrático** –del art. 36 CN– que extremó dicha defensa y desalentó soluciones antidemocráticas a las crisis políticas, económicas y sociales vividas durante los últimos 30 años.
- b) Si bien ha sido muy importante la incorporación de la democracia como valor explícito de la reforma, y el sistema de garantías allí previsto (en los arts. 36, 37 y 38 CN), **en las dos últimas décadas se expandieron concepciones de “radicalización de la democracia” con cuestionamientos a la necesidad de los “consensos básicos”, postulando conflictos y el disenso ideológico y social como articuladores de procesos de cambio; las posiciones “populistas”, expresiones de una nueva izquierda –y aplicables a la nueva derecha– fueron analizadas en el trabajo que cito en nota 15, porque dificultaron la acción**

---

(8) Son de mencionar: la elección directa (por doble vuelta), suprimiendo los antiguos colegios electorales respecto de la elección del presidente y vicepresidente, como también de los senadores nacionales y aumentando su número a tres, dos por la mayoría y uno por la primera minoría de cada provincia y de la ciudad de Buenos Aires (CABA); reducción de los mandatos del presidente y vicepresidente a 4 años con una sola posibilidad de reelección inmediata, y de los senadores a 6 años; el régimen de autonomía de la CABA; la supresión del requisito de confesionalidad del presidente; la protección del sufragio universal obligatorio y secreto, y de los partidos políticos (con normas antidiscriminatorias de la mujer); establecimiento de leyes con mayorías especiales para las que modifiquen el régimen electoral y de los partidos políticos; y la regulación de formas semidirectas de democracia. Estas reformas están complementadas y juegan en conjunto con las incluidas en la idea fuerza siguiente.

de los gobiernos y el dictado de leyes dirigidas a promover de manera más eficaz el desarrollo nacional con justicia social, tal como lo previó el art. 75, inc. 19, de la Carta Magna.

- c) En términos de la ideología de la reforma constitucional de 1994, debemos prestar, entonces, atención a prolongarla con nuevos consensos. Ello permitirá contar con elementos de interpretación dinámica de nuestro sistema constitucional *aggiornado* en 1994, y debería ayudar a establecer políticas de Estado fundadas en ese sistema constitucional, pero que a la vez respondan a las nuevas realidades económicas y sociales.

La necesidad de mantener el “diálogo social”, como sustento de nuevos consensos políticos, acordes a los tiempos actuales (que mantenga vivo el valor de la democracia), ha sido remarcada por Francisco, en el capítulo sexto de su Encíclica Frattelli Tutti, del “Diálogo y la Amistad Social”, expresando que entre la indiferencia egoísta y la protesta violenta siempre hay una opción posible: el diálogo.

El diálogo entre las generaciones, el diálogo en el pueblo, porque todos somos pueblo, la capacidad de dar y recibir, permaneciendo abiertos a la verdad. Un país crece cuando sus diversas riquezas culturales dialogan de manera constructiva: la cultura popular, la universitaria, la juvenil, la artística, la tecnológica, la cultura económica, la cultura de la familia y de los medios de comunicación” (EFT, 199).

Sin desconocerse aquí que existen dificultades para el diálogo.

- d) Ello así porque **también dificultaron los procesos de desarrollo el retroceso de los partidos políticos** en el siglo XXI, como resultado del poder disminuido de los Estados nacionales, **el debilitamiento de grandes identidades construidas en torno al mundo del trabajo**, sujeto a profundos cambios tecnológicos y al crecimiento acelerado de la inteligencia artificial, la extensión de la política video-plasmada (Sartori), superada por **nuevas tecnologías de comunicación que acentúan la desaparición de la confianza pública y la legitimidad política**; temas analizados por mi parte también en el trabajo citado, pero que Francisco los releva y cuestiona con mayor vehemencia, al señalar la resonante difusión de hechos y reclamos en los medios, porque permite que cada uno mantenga intocables y sin matices sus ideas, intereses y opciones, con la excusa de los errores ajenos; **la descalificación del adversario, en vez de afrontar un diálogo abierto y respetuoso, buscando una síntesis superadora**. El debate es frecuentemente manoseado por determinados intereses con mayor po-

der manipulador, que puede ser no solo del gobierno de turno, sino económico, mediático, religioso o de cualquier género. La falta de diálogo implica que ninguno de los distintos sectores esté preocupado por el bien común sino por los beneficios que otorga el poder, o por imponer su forma de pensar (EFT, 201/202).

- e) Los aspectos señalados en los apartados anteriores conducen, en rigor, a dos alternativas políticas que afectan al programa de la reforma de 1994, pero que podrían llegar a neutralizarse mutuamente. En efecto, las concepciones de la “*radicalización de la democracia*” o el populismo podrían derivar en gobiernos autoritarios, pero otros factores –como los enunciados en el apartado anterior– **pueden generar una fragmentación del poder que impida de hecho los partidos políticos hegemónicos, y que a su vez obligarían a concretar coaliciones políticas**; así, algunas circunstancias suscitadas en el siglo XXI pueden contribuir a la atenuación del presidencialismo y otorgar mayor protagonismo del Congreso, **si se evita que deriven hacia soluciones autoritarias y antidemocráticas, proscriptas por el art. 36 CN; norma que también prevé asegurar el valor de la ética pública, que implica la lucha contra la corrupción, el terrorismo y el narcotráfico, que debe darse principalmente con el apoyo de los poderes políticos, pero especialmente afianzarse en ámbitos propios del Poder Judicial.**
- f) Francisco brega por “**construir en común**” y fundamenta los consensos.
- g) “Las diferencias son creativas, crean tensión y en la resolución de una tensión está el progreso de la humanidad”. Además de los desarrollos científicos especializados, es necesaria la comunicación entre las disciplinas, puesto que la realidad es una pero puede ser abordada desde distintas perspectivas y diferentes metodologías. Internet puede ofrecer mayores posibilidades de encuentro y solidaridad entre todos, pero no podemos aceptar un mundo digital diseñado para explotar nuestra debilidad y sacar afuera lo peor de la gente (con cita de obispos australianos) (EFT 203/205).
- h) El relativismo no es una solución. Para que una sociedad tenga futuro es necesario que haya asumido un sentido respeto hacia la verdad de la dignidad humana a la que nos sometemos. La inteligencia humana puede ir más allá de las conveniencias del momento y captar algunas verdades que no cambian, que eran verdad antes de nosotros y lo serán siempre. Valores universales, que la razón descubre. En cambio, “el desplazamiento de la razón moral trae como consecuencia que el derecho no puede referirse a una concepción fundamental de la justi-

cia, sino que se convierte en un espejo de las ideas dominantes” (EFT, 206/210). **El hecho de que ciertas normas sean indispensables para la misma vida social es un indicio externo de que son algo bueno en sí mismo.** Por consiguiente, no es necesario contraponer la conveniencia social, el consenso y la realidad de una verdad objetiva. Estas tres pueden unirse armoniosamente cuando, a través del diálogo, las personas se atreven a llegar hasta el fondo de una cuestión. La inteligencia puede entonces escrutar en la realidad de las cosas, a través de la reflexión, de la experiencia y del diálogo, para reconocer esa realidad que la trasciende en base de ciertas exigencias morales universales. **Ello puede ser válido para los agnósticos y para los creyentes: esto no establece un fijismo ético, puesto que los principios morales elementales y universalmente válidos pueden dar lugar a diversas normativas prácticas. Por esos deja siempre un lugar para el diálogo** (EFT, 211/214).

- i) Esta nueva cultura del encuentro está representada por un **“poliedro que tiene muchas facetas, muchísimos lados, pero todos formando una unidad cargada de matices, ya que el ‘todo es superior a las partes’. El poliedro representa una sociedad donde las diferencias viven complementándose, enriqueciéndose e iluminándose mutuamente...”**. De todos se puede aprender algo; “esto implica incluir a las periferias”. Hablar de una “cultura del encuentro”, significa que como pueblo nos apasiona intentar encontrarnos, buscar puntos de contacto, tender puentes, proyectar algo que incluya a todos. **“La paz social es trabajosa, artesanal”**. Conlleva dos aspectos: “El gusto de reconocer al otro”, con el derecho de ser él mismo y de ser diferente, y que “ignorar los derechos de los otros, tarde o temprano provoca alguna forma de violencia, muchas veces inesperada”. **Un pacto social realista e inclusivo debe ser también un “pacto cultural”, que respete y asuma las diversas cosmovisiones, culturas o estilos de vida que coexisten en la sociedad.** El otro es “recuperar la amabilidad”, la amabilidad como liberación de la crueldad que a veces penetra en las relaciones humanas, de la ansiedad que no nos deja pensar en los demás, de la urgencia distraída que ignora que los demás también tienen derecho a ser felices (EFT, 215/224).<sup>(9)</sup> Desde estas perspectivas, que alimentan la consolidación y perfeccionamiento de la democracia frente a las nuevas realidades y desafíos del siglo XXI, veamos lo que ello aplica las otras ideas fuerza planteadas.

(9) Los resaltados me pertenecen.

#### **4. Obtención de un nuevo equilibrio entre los tres órganos clásicos del poder del Estado para lograr una mayor eficiencia en su accionar**

Esta segunda idea fuerza resulta complementaria de las reformas vinculadas a la consolidación del sistema democrático, y están sintetizadas en nota al pie.<sup>(10)</sup>

**En la serie larga de los últimos 30 años no se obtuvo un mayor equilibrio entre los poderes del Estado ni una consistente atenuación del presidencialismo.**

No obstante, desde hace tiempo, me parece preferible como elemento de análisis acudir al concepto de “**flexibilización del presidencialismo**”.

En este sentido, una figura central de la reforma de 1994, **el jefe de gabinete de ministros, ha cumplido ciertas funciones de “fusible” para preservar al Poder Ejecutivo**, que ha solido cambiar de jefes de gabinete para sortear crisis políticas que afectaban a las presidencias.

Por otra parte, si los partidos políticos tradicionales más importantes se han debilitado y deben funcionar en el marco de coaliciones políticas más amplias y menos homogéneas, **la designación del jefe de gabinete podría también ser objeto de acuerdos en el interior de dichas coaliciones para mantener sus consistencias**, impidiendo la ruptura en caso de contener extremos muy diferenciados, en políticas confrontadas internamente por los propios partidos o fuerzas políticas que las integren.

Más todavía, **la designación de jefes de gabinete consensuados puede ser un elemento de negociación cuando los partidos o coaliciones no reúnan la cantidad de votos necesarios para ser elegidos –o gobernar, según resulte– en procesos de segunda vuelta para elecciones de presidente y vicepresidente**. Además, si la fragmentación política se expresa en Congresos sin mayorías políticas homogéneas o sin posición de apoyo en las Cámaras, a políticas postuladas por la presidencia, **el rol del jefe de gabinete puede acrecentarse en su función de nexo entre el Ejecutivo y el Congreso**.

---

(10) Ello implicó la creación de nuevas instituciones, como el Gabinete y el Jefe de Gabinete de Ministros, el Consejo de la Magistratura y el jury de enjuiciamiento de los jueces, el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, y un órgano extra-poder como el Ministerio Público; como también por reformas en el funcionamiento del Poder Ejecutivo –acuerdos de gabinete, limitaciones a decretos de necesidad y urgencia y al proceso de delegación legislativa–, del Poder Legislativo –mayor tiempo de duración de sesiones ordinarias, cambios en el procedimiento de debate y aprobación de las leyes por las Cámaras–, y del Poder Judicial –ampliación de sus competencias judiciales, forma de designación de los jueces de la Corte Suprema–.

Por todo ello, parece que posiblemente se acentúe un funcionamiento del sistema constitucional en donde la problemática de la “flexibilización” tenga tanto o mayor importancia que la “atenuación” del presidencialismo.

Además de lo expuesto, cabe señalar que algunas presidencias no contaron con mayoría en ninguna de las Cámaras, lo que dificultó la aprobación de sus primeras leyes, así como implicó una importancia especial de los bloques legislativos aliados circunstancialmente, aunque atravesados por disidencias internas; características del ya referido debilitamiento de los partidos políticos y que ha obligado a políticas de diálogos y consensos.

En estas circunstancias muy especiales ha cobrado mucho más valor que en décadas pasadas la relevancia del Congreso Nacional y del accionar de sus dos Cámaras, el reformado sistema de discusión y sanción de las leyes, así como las limitaciones para el uso de los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) y de los marcos constitucionales de la delegación legislativa, resultantes de la reforma de 1994; **todo lo cual arroja un mayor y positivo análisis de esas reformas al Poder Legislativo, previstas para balancear la importancia del Ejecutivo y la tradición hiperpresidencialista.**

Respecto al funcionamiento de los poderes políticos con el Poder Judicial se hará mención al tratar su conexión con las dos últimas ideas fuerza.

## **5. Promoción de la integración latinoamericana e inserción internacional**

La idea fuerza de promover una integración latinoamericana y, eventualmente, extensible a otros espacios territoriales, con concesión de competencias nacionales a organizaciones supraestatales, al estilo de lo que sucede en la Unión Europea, **tal como lo ha reglado el art. 75, inciso 24, de la Constitución reformada en 1994, siempre que se opere en “condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos”**, ha sido contemplada como la forma más avanzada de una inserción del país en un mundo más globalizado y con relaciones económicas y sociales interdependientes.

En este sentido, la integración supranacional ha sido entendida como una instancia superior al reconocimiento que los tratados y concordatos internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes; complementaria a la jerarquía constitucional de las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), y concebida en términos de otorgar un mayor desarrollo federal de provincias y regiones a las que se acordó la posibilidad de celebrar convenios internacio-

nales (art. 124), para poder intensificar las relaciones económicas con los países limítrofes.

**Aun cuando la integración supranacional que se ha intentado con el desarrollo del Mercosur ha fracasado en buena medida hasta ahora, debido a la importancia que sigue teniendo Brasil en la región, y a la pérdida del poder económico relativo de la Argentina, lo cierto es que resulta una posibilidad abierta a las múltiples opciones que ofrece un orden internacional que evoluciona por la existencia de acuerdos de integración o comerciales, no sólo en el ámbito europeo sino también en América del Norte y Central, como en varias zonas asiáticas.**

El internacionalismo previsto en la reforma de 1994 contempla además que los **acuerdos de garantía de inversiones** (que la Argentina ha suscripto en un número superior a los 50), y el rango superior de los tratados sobre las leyes puede otorgar mayor seguridad jurídica para los proyectos de desarrollo económico o comercial a largo plazo.

**Cabe señalar que la reforma constitucional de 1994 ha tendido, en el plano internacional, a evitar las regresiones a un país “cerrado”, como lo fue en las últimas etapas de los gobiernos de facto, y ello sigue siendo, según entiendo, un programa válido.**

Por otra parte, este programa también coincide con las ideas del papa Francisco en Fratelli Tutti desde su inicio, que venimos exponiendo, referido a su contenido universal. En efecto, Su Santidad aclara el sentido de su Encíclica al indicar que le interesa su “dimensión universal, en su apertura a todos”. Expresa, en ese sentido, que “Si bien la escribí desde mis convicciones cristianas [no usa el término católico], que me alientan y me nutren, he procurado hacerlo de tal manera que la reflexión abra el diálogo con todas las personas de buena voluntad” (EFT, 6). Y agrega: “Soñemos como una única humanidad, como caminantes de la misma carne humana, como hijos de esta tierra que nos cobija a todos, cada uno con la riqueza de su fe o de sus convicciones, cada uno con su propia voz, todos hermanos” (EFT, 8).

Otro de sus párrafos iniciales enlaza con las observaciones que realicé respecto al mundo tenido en vista en la reforma de 1994. Así, señala que durante décadas avanzó el sueño de una Europa unida, la fuerza de la integración latinoamericana; pero “resurgen nacionalismos cerrados, exasperados, resentidos y agresivos”. El sentido de la historia es que:

Cada generación ha de hacer suyas las luchas y los logros de las generaciones pasadas y llevarlas a metas más altas aún. Es el camino. El bien, como también el amor, la justicia y la

solidaridad, no se alcanzan de una vez para siempre; han de ser conquistados cada día. (EFT, 11)

Contra ellos hay una idea del “fin de la conciencia histórica”: hay una pérdida del sentido de la historia –“licuar la conciencia histórica, el pensamiento crítico, la lucha por la justicia y los caminos de integración”–, que implica una especie de “deconstruccionismo”; la libertad humana pretende construirlo todo desde cero, consumir sin límites y acentuar formas de individualismos sin contenidos, y se transforma en “nuevas formas de colonización cultural”: “¿Qué significan hoy algunas expresiones como democracia, libertad, justicia, unidad?” (EFT, 13 y 14):

La política ya no es así una discusión sana sobre proyectos de largo plazo para el desarrollo de todos y el bien común, sino solo recetas de *marketing* que encuentran en la destrucción del otro el recurso más eficaz... el debate es manipulado hacia el estado permanente de cuestionamiento y confrontación. (EFT, 15)

Dentro de estas observaciones sobre el sentido universal de su Encíclica, también realiza apreciaciones sobre contenidos actuales de los derechos humanos que abordaré en el capítulo siguiente, al tratar la cuarta de las ideas fuerza de la reforma de 1994.

## 6. Mayor reconocimiento de los derechos humanos y sus garantías

Este es uno de los fines de la reforma de 1994 que ha tenido mayor aplicación, tanto en las normas legales complementarias dictadas con relación a los nuevos derechos explicitados en el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución (arts. 41 y 42, especialmente), e incluso informando un número considerable de reformas contenidas en el actual Código Civil y Comercial de la Nación<sup>(11)</sup>, y en particular con la amplitud que ha generado en el ámbito de las competencias del Poder Judicial, provincial o nacional –acrecentando su poder –(Thury Cornejo, 2002)–, en su jurisprudencia y en fallos de la Corte Suprema<sup>(12)</sup>. **Todo ello también incide en el proceso de una mayor democracia,<sup>(13)</sup> y en la evolución hacia**

---

(11) Ver trabajos obrantes en la obra Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación (2016), especialmente en Tomo I, Parte General “La Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación”, entre ellos mi trabajo “Interpretación de la Constitución reformada y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.

(12) Para comentarios de fallos importantes, véase Asociación por los Derechos Civiles (2008).

(13) Véase Gargarella (2014).

la “igualdad de oportunidades y de trato” (art. 75, inc. 23 CN), que es una expresión del constitucionalismo social al que también adscribe la reforma de 1994, según se ha visto, conforme a los enunciados de muchas de sus normas.

Esta idea fuerza, la importancia de sostener la “igualdad de oportunidades y de trato”, está en gran medida cuestionada en el orden global, como lo advierte Zygmunt Bauman en su obra *En busca de la Política* (2001)<sup>(14)</sup> y en otra obra dedicada especialmente a este tema (2011). Ello ha tenido su efecto correlativo en la realidad argentina, con gran crecimiento de la pobreza, como lo demuestran trabajos del Programa Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina que dirige Agustín Salvia,<sup>(15)</sup> y que constituye uno de los desafíos más importantes a la consolidación y perfeccionamiento de nuestro sistema democrático en los últimos años.

Actualmente, se suele oponer una política económica inclusiva de los sectores más postergados a la necesidad de otra política fundada en un desarrollo extremo de las fuerzas del mercado, en contraposición a la intervención del Estado. La reforma constitucional de 1994 alentó que el mercado se desarrolle activamente sobre las bases de las libertades contempladas en los arts. 14 y 20 CN, controlando la acción monopólica y propendiendo a la libre competencia, por las reformas incorporadas en el art. 42 de la CN, y con respeto a los derechos al ambiente sano (art. 41 CN). Pero ello no implica desconocer iniciativas y equilibrios resultantes de programas desarrollo económico-federal, conforme los trato en el capítulo siguiente.

En este sentido, desde la Revolución francesa en adelante, hubo una apreciable tensión entre los fines de la libertad y la igualdad, estando en buena medida equilibrados por el tercero de ellos: la fraternidad, hoy como solidaridad.

---

(14) La globalización ocasiona “... porciones cada vez más grandes de la población que no solo se ven arrojadas a una vida de pobreza, miseria y destrucción sino que por añadidura se encuentran expulsadas de lo que ha sido socialmente reconocido como un trabajo útil y económicamente racional, convirtiéndose así en prescindibles en lo social y económico”. Y luego de aportar referencias del acelerado crecimiento de este fenómeno, concluye que: “.. la inestabilidad endémica de la vida de la abrumadora mayoría de los hombres y mujeres contemporáneos es la causa de la actual crisis de la república...y, por lo tanto, de la desaparición y el agostamiento de la ‘sociedad buena’ como propósito y motivo de la acción colectiva en general, y de la resistencia contra la progresiva erosión del espacio privado-público, el único en el que pueden surgir y florecer la solidaridad humana y el reconocimiento de las causas comunes. La inseguridad engendra más inseguridad. Tiende a atar un nudo gordiano imposible de desatar...” (pp. 184-189), salvo por medios que él propone.

(15) Véase el documento de trabajo Pobreza multidimensional fundada en derechos económicos y sociales Argentina urbana 2010-2018 (2019), e informes de años posteriores que se actualizan permanentemente.

Ese equilibrio ha inspirado también a uno de los títulos de la Encíclica Fratelli Tutti, que recuerda a esos tres fines y agrega la solidaridad. Expresa que la “fraternidad no es solo resultado de condiciones de respeto a las libertades individuales, ni siquiera de cierta equidad administrada (...) La fraternidad tiene algo positivo que ofrecer a la libertad y a la igualdad”; requiere una “voluntad política de fraternidad” (...) traducida “en una educación para la fraternidad, para el diálogo, para el descubrimiento de la reciprocidad y el enriquecimiento mutuo como valores”. Previene contra el individualismo y, el más grave, “el individualismo radical”, como el virus más difícil de vencer (EFT, 103 y 105).<sup>(16)</sup>

En este contexto otorga un especial valor a la solidaridad, “como virtud moral y actitud social”, siendo en primer término responsabilidad de las familias, de los educadores y formadores, que tienen el deber de educar a los niños y jóvenes; a los que se dedican al mundo de la cultura y de los medios de comunicación”. Solidaridad es pensar y actuar en términos de comunidad...es luchar contra las causas estructurales de la pobreza, la desigualdad, la falta de trabajo, de tierra y de vivienda, la negación de los derechos sociales y laborales. Es enfrentar los efectos destructores del dinero” (EFT, 114 y 116).<sup>(17)</sup> Allí reivindica la necesidad de “reproponer la función social de la propiedad”, fundado en el pensamiento de la patrística, en san Juan Pablo II, en su Encíclica Centésimus annus (1 de mayo de 1991), y en san Pablo VI, en la *Popularum progressio* (26 de marzo de 1967) (EFT 118/120).

En el marco de la reforma constitucional de 1994 no cabe obviar que su art. 75, inc. 19, que se analizará seguidamente, indica al Congreso que provea “al desarrollo humano, al progreso con justicia social”; aspecto esencial para compatibilizar las políticas de desarrollo económico, que deben ser encaradas principalmente por la acción de las personas individuales protegidas por las libertades de los primeros artículos de la Constitución de 1853/60, que permanecen en plena vigencia, articulados con universales derechos humanos, aspecto ya examinado en este artículo.

## **7. Fortalecimiento del régimen federal: desarrollo económico integrado**

### **7.1 La idea del “progreso” de Alberdi y del desarrollo económico y social**

Los elementos críticos que se advierten en la realización del programa de derechos humanos de la reforma de 1994, especialmente los relativos a las dificultades para avanzar en la “igualdad de oportunidades y de

(16) Los resaltados me pertenecen.

(17) El resaltado me pertenece.

trato”, y cuando los hechos parecen recorrer un camino distinto, obligan a formular las preguntas de si son posibles las ideas de “progreso” y del “desarrollo humano” y el “progreso económico con justicia social”, previstas en los arts. 75, incs. 18 y 19 CN. Y ante todo, corresponde recordar que las normas atinentes al desarrollo o el “progreso” económico están dispersas en diversas normas de la Constitución histórica de 1853/1860, como lo señalaba Alberdi,<sup>(18)</sup> y lo mismo ha sucedido en la reforma constitucional de 1994.

El “progreso” en términos de la generación de 1837, que sustentó un modelo de crecimiento económico y social, significó el modo de “europeizar” al país en un mundo centralizado por Europa y en la etapa de la primera revolución industrial, inspirando que la Constitución de 1853/60 enunciara explícitamente los instrumentos necesarios para dicha inserción (recuérdese los arts. 20 y 25, como el inc. 18 del actual art. 75 CN).

Tuve ocasión de analizar las ideas de esa generación de muy destacados pensadores, en los distintos elementos que conformaron el programa ideológico de nuestra Ley Fundamental histórica, en el trabajo Relectura de la idea del “Progreso”,<sup>(19)</sup> acotando que ellas mantienen vigencia en tanto se mantienen sin cambios los primeros 35 artículos de la Constitución, no alcanzados por la reforma de 1994.

La permanencia de la idea del “progreso” fue cuestionada por Zygmunt Bauman (y otros pensadores) en su obra principal *Modernidad líquida*, donde considera que el “progreso” está hoy desregulado, privatizado e

(18) Alberdi, en la Introducción de su obra *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina*. Según su Constitución de 1853 (1954), expresa: “Esparcidas en varios lugares de la Constitución, sus disposiciones no aparecen allí como piezas de un sistema, sin embargo de que lo forman tan completo como no lo presenta tal vez Constitución alguna de las conocidas en ambos mundos” (p. 1).

(19) Con motivo de cumplirse los 150 años de la Constitución de 1853, en el primer tomo de *Constitución de Constitución de la Nación Argentina: con motivo del sesquicentenario de su sanción* (2003), abordé esa temática por considerarla un aspecto central del programa económico y social de la Constitución Nacional, en su texto histórico y en el actual con los nuevos contenidos que se incorporaron. Allí se analizaron, entre otros aspectos, las fuentes ideológicas del “progreso” (sostenidas por la generación de 1837) y su relación con los valores y la religión (puntos II y III); la organización democrática –que se planteaba como una aspiración para un futuro indeterminado– la educación y la ilustración, con un claro sustento sociológico (puntos IV y V), y sus similitudes con el programa de desarrollo nacional que inspiró a la Constitución de los EE.UU. (punto IX); la evolución de la idea originaria del “progreso” a los 50 años –en la Argentina del Centenario– y a 100 años del dictado de la Constitución –luego de la Segunda Guerra Mundial y su influencia sobre la Constitución justicialista de 1949– (puntos X y XII). Se adelantó, asimismo que ya existía una seria crisis de la idea del “progreso” debido al romanticismo irracionalista en el plano conceptual, y especialmente por la barbarie de las dos guerras mundiales (punto XI); pero destacaba, luego de la Segunda Guerra, un resurgimiento de sus valores en el orden internacional y que se expresaba con un nuevo concepto, el del “desarrollo”, nombre con el que pasa a la reforma constitucional de 1994 (puntos XII y XIII). Finalizaba ese trabajo con algunas conclusiones (punto XIV).

“individualizado”, porque la oferta de opciones para mejorar las realidades presentes es muy diversa, como lo son las nuevas modalidades del trabajo.<sup>(20)</sup>

## **7.2. Los contenidos de la idea del “nuevo progreso” o desarrollo humano**

Pese a tales cuestionamientos, esos fines están incluidos en los incs. 18 y 19 del art. 75 de la Constitución reformada. El último de ellos prevé la necesidad de responder a la flexibilidad de esta época pues “la generación de empleo” se vincula con la “formación profesional de los trabajadores” (y prepararlos para distintas actividades), como “al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento” por el país.

De allí la modernidad que mantiene ese inc. 19 en las directivas sobre las “leyes de organización y de base de la educación”, pues entre otros fines que allí se enuncian se propugna “la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”. Y por ello realiza también una mención específica a leyes “que protejan la identidad y pluralidad culturales, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”. En este sentido, la idea del “progreso” y su continuadora –la del desarrollo humano y el crecimiento económico con justicia social– mantienen plena validez, a pesar de vivirse una época signada por el referido concepto de “modernidad líquida”, especialmente para enfrentar el desafío que suscita ahora la gran extensión de la pobreza.

## **7.3. La articulación constitucional de estos fines, según la reforma de 1994, deslinda e integra competencias nacionales, regionales y provinciales**

Para la aplicación de sus contenidos, los incs. 18 y 19 del art. 75 en cuanto asignan competencias nacionales, hay que relacionarlos con las similitudes que ya existían y ahora se expanden en el actual art. 125 de la Constitución reformada. Ello implica que existen “facultades concurrentes” en el orden nacional y en el provincial o regional, para desarrollar sus directrices.

---

(20) Bauman (2002) expresa: “La franja de tiempo llamada ‘futuro’ se acorta, y el lapso total de una vida se fragmenta en episodios que son manejados ‘de uno o por vez’ (...) La naturaleza del progreso, que supo ser acumulativa y de largo plazo está dando lugar a requerimientos que se dirigen a cada uno de esos episodios sucesivos por separado (...) En una vida regida por el principio de flexibilidad, las estrategias y los planes de vida sólo pueden ser de corto plazo” (p. 147).

En algunos casos la instrumentación de esos poderes concurrentes requerirá de medidas legislativas del gobierno nacional: las previstas en el inc. 19 del art. 75 para “equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias o regiones”, siendo el Senado la cámara iniciadora. En ciertas circunstancias –como en el derecho al ambiente sano, según lo expresa el art. 41 de la Constitución reformada– el Estado nacional ha sancionado normas con “presupuestos mínimos de protección”, y a las provincias las necesarias para completarlas; y también en otros aspectos económicos y sociales, como los previstos en su art. 42, cuando los servicios públicos son de competencia nacional con la participación “de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Ello conduce a un programa de desarrollo, con necesaria participación de provincias y regiones, y aún de los municipios (en tanto estén conciliados con normas provinciales), dado que su autonomía se extiende a lo “económico y financiero”. Se acerca el poder –por tanto, la iniciativa económica y social– al pueblo en sus propias bases, y a los “individuos” (principales sujetos en tiempos de la “modernidad líquida”).

#### **7.4. Dominio de los recursos naturales, coparticipación, regionalización y acuerdos federales: necesidad de la concertación económica-social**

En la agenda económica y social posterior a la reforma constitucional de 1994 han quedado relegados ciertos temas muy significativos para un desarrollo nacional fundado en actividades promovidas por la Nación, y sustentadas por las provincias.

La necesidad de que el impulso nacional se produzca en el marco de un federalismo de concertación resulta imprescindible en atención a haberse reconocido que el dominio originario de los recursos naturales pertenece a las provincias existentes en su territorio –art. 123, última parte, de la Constitución reformada–. Adviértase que la actividad petrolera y gasífera, incluso la explotación de yacimientos de importancia como el de Vaca Muerta en la provincia de Neuquén, la actividad minera centrada en la provincia de San Juan, o la relativa al litio para las provincias del NOA, se desarrollan sobre la base de recursos naturales de provincias respecto a los cuales perciben regalías de importancia; pero, en los términos en que está redactada la norma indicada, todos los recursos naturales (aun los de origen agropecuario o forestales que se desarrollan en las provincias centrales o del NOE) son provinciales.

La actividad de la Nación, sin embargo, también es importante por “beneficios o recompensas de estímulo” que puede disponer (como las que se dieron a la producción industrial de las provincias ubicadas debajo de

la línea del paralelo 48, o en Tierra del Fuego), por “políticas diferenciadas” que pudieron adoptarse por el Congreso desde fines del siglo XIX, en función del inc. 18 del art. 75. Y porque la distribución o comercialización de la producción provincial de sus recursos requiere habitualmente de la Nación, por sus competencias comerciales (art. 75, inc. 13, cláusula que delega al Congreso reglamentar el comercio interjurisdiccional o internacional).

En cuanto al dictado de una nueva ley de coparticipación federal, está incumplida la Disposición Transitoria Sexta desde el año 1997. En las décadas transcurridas desde la reforma de 1994 se han celebrado algunos acuerdos o pactos fiscales que anticipan contenidos de una ley de coparticipación, aunque también los gobiernos nacionales –en épocas de permanentes crisis fiscales– los aprovecharon para crear nuevos recursos a los que se otorgaron, en forma parcial o total, el carácter de asignaciones específicas que solo beneficiaron a la Nación (art. 75, inc. 3 CN) que se destinaron al Tesoro Nacional.

La periódica renovación de dichos pactos fiscales, y los recursos que la Nación recibe por ellos, puede obligar al gobierno nacional a tener que negociar una nueva ley de coparticipación o, al menos, otros pactos fiscales, que de modo gradual puedan arribar a la sanción de esa ley. En este sentido, el Poder Judicial de la Nación ha ido dictando sentencias en esta materia, resolviendo puntos específicos de lo que se define, por los especialistas, como un actual “laberinto fiscal”.

Respecto a la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social, con órganos para el cumplimiento de sus fines, se las hizo efectivas en casi todo el territorio del país, pero sin transferirles facultades importantes, porque las provincias han preferido proseguir con la administración de sus recursos y gastos. De igual modo, la facultad de celebrar convenios internacionales que otorgó el art. 124 de la Constitución para las provincias y regiones, tampoco ha dado aún demasiados frutos.

El modelo de la reforma de 1994 de impulsar un desarrollo económico y social compartido por el gobierno nacional, las provincias y regiones (denominado federalismo de concertación), no ha tenido la envergadura originariamente pensada. A su vez, los gobiernos nacionales han preferido transformar a las provincias de menores recursos en satélites políticos, mediante aportes nacionales de diversa índole (por ejemplo, los aportes del Tesoro Nacional o la realización de obras públicas con financiamiento nacional), en lugar de alentar el crecimiento de dichas regiones, mediante políticas y recursos diferenciados. Cumplir con este

aspecto del programa de la reforma de 1994 resulta además un modo de combatir el “hiperpresidencialismo”, porque el crecimiento de recursos y potestades regionales o provinciales evita satelizar a las provincias.

## 8. Conclusión final

Como una especie de síntesis o conclusión final de todo lo expuesto hasta aquí, cabe decir que en mi opinión la Constitución de 1853/1860, reformada en 1994, treinta años atrás, no solo cuenta con una clara legitimidad de origen, sino que presenta instituciones y un programa que, al combinar una pluralidad de fuentes y fundamentos políticos, posee la virtualidad para hacer frente a nuevos desafíos resultantes de las décadas del siglo XXI, para aportar una guía jurídica, de nivel supremo, para desarrollar políticas de Estado que se funden en sus preceptos. En todo caso, haciendo una exégesis adecuada a esta época.

Las diversas normas, provenientes de la Constitución histórica y complementadas por la reforma de 1994, han sido pensadas para impulsar el referido programa de crecimiento y desarrollo humano, protegiendo la libertad y la iniciativas privadas, así como el derecho de propiedad, con justicia social; adaptado a las necesidades del siglo XXI, muchas de cuyas características eran conocidas o se podían entrever al sancionarla.

Si se analiza con detenimiento las disposiciones transitorias que cierran el texto de la reforma de 1994, podrá apreciarse que muchas de esas normas se dictaron no sólo para regir el proceso de ajuste y transición en el régimen de los poderes del Estado –entre el previsto en la Constitución histórica y el resultante de la reforma de 1994– sino también para facilitar la construcción de las políticas de Estado previstas en tales disposiciones.

Resultan ejemplo de ellas las disposiciones transitorias Primera, Segunda, Sexta (que específicamente se refiere a la incumplida sanción del régimen de coparticipación federal, base angular del desarrollo en un federalismo de concertación), Séptima (que implica abrir un debate sobre la eventual provincialización de la CABA y el traslado de la Capital Federal como asiento del gobierno nacional a otra ciudad del país), Octava (que implicó la caducidad de la legislación delegada anterior a la reforma –que se prolongó por el Congreso por un plazo superior al allí previsto– y que implicó revisar el sistema legal vigente antes de la sanción de la reforma, Decimotercera (relativa al modo de nombramiento de los jueces inferiores a la Corte Suprema que deben designarse con arreglo a las normas previstas en el art. 114 de la CN), Decimoquinta (que prevé la progresiva implementación del régimen de autonomía de la CABA).

Como conclusión de todo lo expresado, es que la política constitucional de diálogos y acuerdos que hizo posible la reforma de 1994 debe continuar prolongándose en el futuro, alentando políticas de Estado inspiradas en el programa constitucional.

## 9. Referencias bibliográficas

- Aboy Carlés, G.** (2001). *Las dos fronteras de la democracia argentina. La reformulación de las identidades políticas de Alfonsín a Menem*. Homo Sapiens Ediciones.
- Alberdi, J. B.** (1954). *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina. Según su Constitución de 1853*. Editorial Raigal.
- Alfonsín, R.** (2004). *Memoria Política. Transición a la democracia y derechos humanos*. Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Altamirano, C.** (2004). "La Lucha por la idea": el proyecto de la renovación peronista. En M. Novaro y V. Palermo (Comps.), *La Historia reciente*. Edhasa.
- Asociación por los Derechos Civiles [ADC].** (2008). *La Corte y los Derechos 2005/2007*. Siglo Veintiuno Editores.
- Bauman, Z.** (2001). *En busca de la Política (5ª reimp.)*. Fondo de Cultura Económica.
- (2002). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- (2011). *Daños colaterales. Desigualdades en la era global*. Fondo de Cultura Económica.
- Bonfiglio, J. I. y Salvia, A.** (Coords.). (2019). *Pobreza multidimensional fundada en derechos económicos y sociales*. Observatorio de la Deuda Social Argentina, Pontificia Universidad Católica Argentina. [repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8299](http://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8299)
- Cafiero, A. F.** (1995). *Testimonios del 45 y del 2000 también*. Nuevohacer.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia.** (1986). *Reforma constitucional. Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Eudeba.
- (1987). *Reforma constitucional. Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Eudeba.
- (1988). *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*. Eudeba.
- Dalla Vía, A. R. y García Lema, A. M.** (Dirs.). (2016). *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni Editores.

- García Lema, A. M.** (1994). *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*. Planeta.
- (2003). Relectura de la idea del “progreso”. En *Constitución de la Nación Argentina: con motivo del sesquicentenario de su sanción*. Tomo I. Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- (20 de marzo de 2004). Un antecedente necesario para el debate de un nuevo pacto federal. *La Nación*. [lanacion.com.ar/opinion/un-antecedente-necesario-para-el-debate-de-un-nuevo-pacto-federal-nid20032024/](http://lanacion.com.ar/opinion/un-antecedente-necesario-para-el-debate-de-un-nuevo-pacto-federal-nid20032024/)
- (2019). Desafíos institucionales a 25 años de la reforma de 1994. Necesaria continuidad de los consensos constitucionales para afrontar las grietas políticas, económicas, sociales y culturales del siglo XXI. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (99).
- García Lema, A. M. y Paixao, E.** (1994). *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Gargarella, R.** (Comp.). (2014). *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo Veintiuno Editores.
- Menem, C. S. y Béliz, G.** (1986). *Menem. Argentina hacia el año 2000*. Galerna.
- Moncalvillo, M. y Fernández, A. A.** (1986). *La Renovación fundacional: Antonio Cafiero, José Manuel de la Sota, reportajes de Mona Moncalvillo: José Pablo Feinmann, Carlos “Chacho” Álvarez, diálogos con Alberto Fernández*. El Cid Editor.
- Montenegro, N. y García, R.** (1988). *Cafiero, Grosso, Menem. Hablan los renovadores*. Ediciones de la Galera.
- Thury Cornejo, V.** (2002). *Juez y división de poderes hoy*. Ciudad Argentina.

# Reglas y principios interpretativos aplicados en la doctrina de la PTN con motivo de la reforma constitucional de 1994

Ezequiel Abásolo

Subdirector de la ECAE. Codirector de la Maestría en Abogacía del Estado (UNTREF)  
Correo electrónico: eabasolo@ptn.gob.ar

**Cómo citar este artículo:** Abásolo, E. (2024). Reglas y principios interpretativos aplicados en la doctrina de la PTN con motivo de la reforma constitucional de 1994. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 41 a 44. ISSN 2796-8642.

Teniendo en cuenta la entidad axiológica de la resolución de los casos particulares –propia de la especificidad y profundidad de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes 306:272, 7.2.)– y las no siempre previsibles circunstancias que acompañan cada situación en concreto, las cuales cuentan con entidad como para incidir en la determinación de variantes en las soluciones jurídicas a adoptar (Dictámenes 210:344, IV), cabe señalar que tras haber entrado en vigencia la reforma constitucional de 1994, la Casa<sup>(1)</sup> comenzó a transitar una serie de interesantes caminos interpretativos. Así las cosas, recurriendo a varias de sus añejas posiciones –como aquella conforme con la cual “la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera” (Dictámenes 295:096); la que advierte que deben preferirse aquellas interpretaciones que favorecen los fines perseguidos por las normas y no las que dificultan (Dictámenes 215:219, foja 232); y la que consagra que los usos y prácticas constitucionales poseen un carácter

---

(1) La expresión está tomada de Dictámenes 211:410, IV.

interpretativo de gran significación (Dictámenes 212:233, IV, 1) –, la Procuración del Tesoro aplicó inmediatamente un importante haz de criterios. Entre ellos podemos traer a colación algunos atinentes a la puesta en funcionamiento de instituciones nuevas.<sup>(2)</sup>

Tal es el caso de la Jefatura de Gabinete de Ministros, calificada de “figura novedosa, extraña a nuestra anterior organización institucional”, sobre cuya naturaleza y funcionamiento se vaticinó que la práctica constitucional iría proveyendo perfiles más definidos.<sup>(3)</sup> En este mismo orden de cosas, habiendo sido consultada la Casa acerca de si la designación de los vocales integrantes de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos le correspondía al Poder Ejecutivo Nacional o al Jefe de Gabinete de Ministros, en Dictámenes 214:242 se entendió que se trataría de una atribución del Poder Ejecutivo, en la medida en que la naturaleza de los vocales propuestos parecería trascender del concepto de empleados de la administración, previsto en el art. 100, inc. 3, de la Constitución para aproximarse, en cambio, a la noción de “empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución”, contemplado en el inciso 7 del art. 99 del mismo cuerpo normativo.

Sin ánimo de agotar aquí, exhaustivamente, todo lo abordado por la Procuración del Tesoro con motivo de la renovación constitucional argentina de 1994, en lo que se refiere al impacto de estas reformas en la doctrina de la Casa, advirtamos que cabe distinguir entre lo atinente a la aparición de criterios relativos al surgimiento de nuevos instrumentos normativos del de la incidencia de los cambios constitucionales en pronunciamientos preexistentes. Respecto de lo abordado en primer término, contamos con el ejemplo de lo que ya recordamos en el párrafo anterior. Ahora bien, en lo que hace a la segunda posibilidad, cabe traer a colación lo relativo a los decretos de necesidad y urgencia. En este sentido, tras su reconocimiento como legítimo medio de formulación normativa, lo que se sostuvo fue que la doctrina y la jurisprudencia, enunciadas en la materia con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, debían examinarse a la luz de las pautas establecidas por el nuevo texto constitucional de 1994, principalmente las de su art. 99, inc. 3. En consecuencia, se afirmó que ya no resultaría constitucionalmente admisible continuar sosteniendo la doctrina previa a la reforma, conforme con la cual se toleraba que los decretos de índole legislativa se modificasen mediante simples dispositivos ordinarios.<sup>(4)</sup>

---

(2) Al respecto, por ejemplo, puede verse Dictámenes 238:376, III.2.

(3) Véase al respecto Dictámenes 222:053, VI.

(4) Entre otros, se alude a esta doctrina en Dictámenes 242:156 bis; 242:527.

El fundamento de esta decisión es claro, pudiendo sintetizarse en la regla de la inmediata caducidad de todas las doctrinas preexistentes que resulten sobrevinientemente incompatibles con los mandatos o expresiones normativas introducidas por una reforma constitucional. Ahora bien, aclaremos que para la Procuración del Tesoro la cabal aplicación de esta regla depende del hecho de que la manifestación de los nuevos mandatos o expresiones constitucionales resulten categóricos e indiscutibles.<sup>(5)</sup>

Como otra expresión de la doctrina de la Procuración impulsada por la reforma constitucional de 1994, recordemos que la Casa se refirió a la existencia de una etapa constitucional de transición,<sup>(6)</sup> previa y anticipatoria de otra posterior, o de consolidación (Dictámenes 211:008, III.1). De este modo, en lo que hace a la adjudicación a la ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo, se aseveró que en función de lo establecido por la disposición transitoria decimoquinta de la Constitución, hasta tanto se tornase efectiva la integración de los poderes previstos por el art. 129, la regulación de la vida de los porteños continuaría dependiendo en buena medida de los dictados del Congreso Nacional. Además, como otra consecuencia de reconocer la existencia de un período constitucional de transición, se afirmó que durante esta etapa a las interpretaciones de los nuevos enunciados normativos debería atribuírseles cierta precariedad, punto de vista adoptado, entre otros, en Dictámenes 214:242.

En cuanto a lo resuelto en esa oportunidad, de lo que se trató fue de evaluar el alcance de la transferencia al Jefe de Gabinete de Ministros hasta tanto no se dictase una ley de ministerios adecuada al nuevo texto constitucional de algunas de las funciones ejercidas hasta entonces por el Presidente de la Nación. Asimismo, como algo también propio del ya mencionado período de transición, se entendió que se accedería a una mejor inteligencia de las facultades o competencias constitucionales recientemente incorporadas una vez que los dispositivos aprobados se integrasen con la legislación complementaria establecida posteriormente por el Congreso de la Nación (Dictámenes 214:242). Por otra parte, en lo atinente a estos períodos de transición, la Procuración también consideró que sus opiniones relativas a nuevos preceptos no debían pretenderse definitivas en lo atinente a la hermenéutica y alcance “de la totalidad de las situaciones que pudieran presentarse”, sino solo sobre el caso concreto ventilado. En definitiva, se le recomendó a los intérpretes “actuar con suma prudencia”, circunscribiendo sus análisis al ámbito específico de cada situación planteada (Dictámenes 210:344, IV). Asimismo, junto

---

(5) Cfr. Dictámenes 210:344, IV.

(6) Así se lo planteó, entre otros, en Dictámenes 211:008, III-1; 211:410, II-7; 210:344, IV.

con lo anterior, ante la eventualidad de suscitarse dudas, se sugirió optar por no avanzar en mayores mudanzas respecto de lo consagrado previamente como práctica habitual.<sup>(7)</sup>

Ahora bien, en atención a la textura abierta que los nuevos enunciados constitucionales pudieran presentar, y de la incidencia que tal vez llegasen a ejercer en la integración sistémica del resto del entramado normativo, dada la posibilidad de la falta de precisión de los mismos, la Casa recomendó discernir las pretensiones del constituyente y el sentido que buenamente correspondería atribuirle a sus enunciados, conforme con las orientaciones proporcionadas por el conocimiento de los expertos.<sup>(8)</sup> Además, en el ejercicio de esta delicada función de intérprete constitucional, lo que la Procuración del Tesoro hizo fue avanzar en el examen conjunto de todos los enunciados normativos vinculados directa o indirectamente a los asuntos sometidos a su evaluación (Dictámenes 210:321, III). Y toda vez que advirtió la incidencia de cuestiones dudosas –v. gr., como lo fue la relativa a si lo establecido por el art. 120 de la Constitución ameritaba considerarse expresión de cláusulas operativas o programáticas (Dictámenes 210:344, IV)– la Casa se inclinó por considerar que las disposiciones de la ley cimera gozaban de inmediata fuerza normativa y que, por consiguiente, sus mandatos debían aplicarse directamente, incluso a despecho de la ausencia de intermediación suficiente por parte de la legislación reglamentaria.

Dicho de otro modo, conforme a su criterio desde la entrada en vigencia de una reforma constitucional, todas las cláusulas nuevas merecían aplicación inmediata, si bien se admitió alguna singularidad en cuanto a la intensidad de este despliegue.<sup>(9)</sup> Asimismo, y hasta tanto se definiese el detalle de los nuevos regímenes contemplados y previstos, el criterio de la Procuración consistió en mantener el imperio de las atribuciones previamente reconocidas. Sin embargo, también se dejó sentado que la capacidad de aplicación inmediata de las innovaciones constitucionales dependería de la claridad formal de sus enunciados. Así, por ejemplo, con oportunidad de ocuparse del art. 120 de la Constitución, la Casa consideró que, en la medida de que en el caso examinado las normas invocadas apareciesen provistas de adecuada claridad y precisión, podrían aplicarse inmediatamente, incluso a despecho de que tratándose de disposiciones programáticas resultase aconsejable la sanción de una legislación específica complementaria.<sup>(10)</sup>

---

(7) Cfr. Dictámenes 210:344, V.

(8) En tanto que ejemplo de lo referido, véase Dictámenes 210:321, IV.

(9) Atiéndase al respecto a lo que se opinó en Dictámenes 211:410, IV.

(10) Cfr. Dictámenes 210:344, IV.

# | **Doctrina**

# La escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE)

## Homenaje a los 30 años de su creación

*Margarita Monzón Capdevila*

*Abogada (UBA). Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA)*

*Correo electrónico: mmonzon@ptn.gob.ar*

**Cómo citar este artículo:** Monzón Capdevila, M. (2024). La escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Homenaje a los 30 años de su creación. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 46 a 62. ISSN 2796-8642.

**Resumen:** A treinta años de la creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, este trabajo propone, en primer término, hacer una reseña de toda la actividad académica realizada por la Escuela desde su creación hasta la actualidad, así como también de los antecedentes que la precedieron, lo que permite dimensionar la vasta y prolifera tarea realizada hasta la fecha. En segundo lugar, poner de relieve la enorme trascendencia que tiene esta institución como política pública en materia de capacitación específica de los profesionales del derecho que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, cuyo propósito común es la defensa del interés público.

De su desarrollo, también se desprende que la formación que imparte la ECAE a los abogados del Estado se encuentra diseñada para brindarles las herramientas necesarias no solo para poder desempeñar las funciones que tienen a su cargo con mayor eficiencia, sino también para poder cumplir los distintos roles en lo que hace al ejercicio de la abogacía pública.

**Palabras clave:** política pública; capacitación específica; Cuerpo de Abogados del Estado; abogacía pública.

**Abstract:** Thirty years after the creation of the School of the State Legal Body, this work proposes, first of all, to make a review of all the

academic activity carried out by the School from its creation to the present, as well as the antecedents that preceded it, which allows us to dimension the vast and prolific task carried out to date. Secondly, highlight the enormous importance that this institution has as a public policy in terms of specific training of legal professionals who make up the State Legal Body, whose common purpose is the defense of the public interest.

From its development, it is also clear that the training provided by the School of the State Legal Body is designed to provide them with the necessary tools, not only to be able to perform the functions they are responsible for more efficiently, but also to be able to fulfill different functions, in the practice of public advocacy.

**Keywords:** public policy; specific training; State Legal Body; public advocacy.

## 1. Introducción

En mayo de 2024 se cumplieron treinta años de la creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE) a través del dictado del decreto 754/1994,<sup>(1)</sup> cuyas funciones fueron actualizadas por el decreto 808/2021,<sup>(2)</sup> como organismo de capacitación y perfeccionamiento técnico específico de los profesionales que ingresan y desarrollan su carrera administrativa en el Cuerpo de Abogados del Estado.

Aquí cabe preguntarnos: ¿quiénes forman parte del Cuerpo de Abogados del Estado (CAE)? Conforme lo establece la Ley 12.954 del Cuerpo de Abogados del Estado, su decreto reglamentario 34.952/47<sup>(3)</sup> y la doctrina elaborada por dicho organismo a través de sus dictámenes, dicho Cuerpo se encuentra integrado por los abogados que desempeñan sus funciones en la Procuración del Tesoro de la Nación, los abogados de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico de cada jurisdicción de la Administración Pública nacional (centralizada y descentralizada) y las delegaciones del cuerpo en el interior del país cuyo propósito común es la defensa de los intereses del Estado nacional. Todos ellos, bajo la dependencia técnico-jurídica y la coordinación de la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>(4)</sup> (Kluger, 2023). En definitiva, se trata

---

(1) Art. 2° del decreto 754/1994 (BO 20/05/1994).

(2) Decreto 808/2021 (BO 26/11/2021).

(3) Ley 12.954 (BO 10/03/1947) y decreto 34.952/47 (BO 13/11/1947). Estas normas fueron dictadas con la finalidad de reconocer identidad propia al organismo (CAE), reuniendo en una estructura funcional común a todos aquellos letrados que cumplan funciones propias de la abogacía estatal al servicio del Estado nacional.

(4) Dictámenes 231:4; 239:592; 241:242; 246:413; 251:195; 255:466; 265:88; 271:127; 271:157; 280:22; 283:193; 300:1; 305:233; 314:187; 314:361, entre otros.

de aquellos profesionales que actúan en el ámbito de la Administración Pública nacional, ejercen funciones propias de la abogacía pública al servicio de esta y se encuentran agrupados en función de dichos objetivos (Saravia, 2022).

La mencionada ley procuró, además, forjar una organización que, sin alterar la dependencia orgánica de las direcciones de asuntos jurídicos y bajo la dirección del Procurador del Tesoro, asegurara unidad de acción y una dirección jurídica adecuada, apoyo técnico y administrativo, procedimientos y principios comunes, independencia técnica para el ejercicio de sus funciones y perspectivas de desarrollo profesional para sus integrantes, en su doble dependencia.<sup>(5)</sup>

Cabe señalar que la capacitación luego se extendió también a los profesionales que, sin integrar el Cuerpo de Abogados del Estado, cumplen tareas inherentes o conexas a la abogacía pública y al personal con funciones auxiliares o de apoyo a dicho Cuerpo.

La búsqueda de excelencia en la formación y capacitación que siempre caracterizó a los abogados del Estado, y que encuentra su origen en la ley 12.954 y su decreto reglamentario 34.952/1947, culminó precisamente con la creación de la ECAE (Goett, 2020).

Con posterioridad a su creación, y casi simultáneamente en el tiempo, la Convención Constituyente de 1994 aprobó definitivamente el texto de la Reforma Constitucional el 22 de agosto en la ciudad de Santa Fe.<sup>(6)</sup> Este hito histórico y de enorme trascendencia institucional tuvo un gran impacto en la abogacía estatal. En efecto, frente a la Reforma Constitucional –de la que también se cumplen los treinta años– y como consecuencia de los procesos de transformación de las estructuras de la Administración Pública que se produjeron durante la década de los 90,<sup>(7)</sup> los cuales impactaron profundamente en el derecho administrativo, se acentuó la necesidad de perfilar un esquema de capacitación que tuviera en cuenta, además de un alto nivel académico, la experiencia práctica de los abogados en la asistencia legal al Estado, en el llamado “saber hacer”.

Dado el cometido asignado a esta unidad académica que hoy nos convoca, el perfeccionamiento técnico específico de los profesionales del derecho que ingresan y ejercen la abogacía en defensa del interés pú-

---

(5) Dictámenes 307/91.

(6) La sanción de las reformas y la redacción del texto constitucional ordenado fueron publicados en el Boletín Oficial del día 23/08/1994.

(7) Ley 23.696 de Reforma del Estado (BO 23/08/1989) y Ley 23.697 de Emergencia Económica (BO 25/09/1989).

blico, es de destacar el carácter estratégico que dicha formación conlleva, pues la misma se encuentra enfocada sustancialmente en la defensa de dicho interés, lo cual puede apreciarse en el contenido de los programas de las diferentes actividades de capacitación jurídica que desarrolla y ha desarrollado la Escuela a lo largo de estos treinta años. En este sentido, puede decirse que la Escuela lleva a cabo la gestión de una verdadera política pública.

Cabe señalar que si bien la ECAE fue creada en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación, en lo que hace a sus aspectos académicos, los programas de capacitación que se dictan en ella se encuentran sometidos a la aprobación previa del Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP) (Croxatto, 2023), siendo este, además, el órgano de supervisión de su cumplimiento. Ello se fundamenta en los principios de unidad y coherencia que deben tener las políticas de capacitación llevadas a cabo en el ámbito público.

Siendo la Procuración del Tesoro de la Nación el organismo definitivo de asesoramiento jurídico del Estado nacional, y considerando que su actividad fue desplegándose a la par del desarrollo institucional del Estado, el mismo ha consolidado una experiencia única en la materia, abonada por la circunstancia de contar con una visión global del Estado y su funcionamiento.

Si advertimos también que sus criterios expresados a través de sus dictámenes jurídicos son obligatorios para la totalidad de los servicios jurídicos permanentes de la administración, lo que consolida su inserción transversal en todas las jurisdicciones del Estado nacional, resulta inevitable destacar la importancia de que sea este mismo organismo –a través de la ECAE– quien tenga a su cargo la misión de coordinar y desarrollar la capacitación jurídica que requieren los abogados del Estado. No desempeñar este rol conllevaría dejar de cumplir una función rectora sobre los aspectos jurídicos de la Administración.

Como veremos seguidamente, la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado ha desarrollado una vasta y prolifera labor de capacitación jurídica desde sus orígenes hasta la actualidad. Esta es una función indispensable que no puede ni debe ser soslayada, ya que posibilita a los profesionales del derecho de los distintos sectores de la Administración, y en todos sus niveles, adquirir los conocimientos, las herramientas y las destrezas necesarias para el desempeño de sus funciones propias.

En efecto, la complejidad de los temas que hoy tienen a su cargo los letrados que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, así como los de aquellos que no lo conforman técnicamente pero son indudables delegaciones de la abogacía estatal, obliga a que los mismos deban actualizar

permanentemente sus conocimientos a fin de poder brindar a los funcionarios responsables de la toma de decisiones un adecuado y eficaz asesoramiento jurídico que analice y prevea todos los aspectos involucrados y las consecuencias de la actuación estatal.

## 2. Antecedentes de su creación

Previo a la creación de la ECAE en 1994, el INAP era el único organismo estatal con la misión de entender en la capacitación y formación permanente de los recursos humanos del sector público nacional; también de asistir técnicamente a los organismos en el desarrollo de los planes de formación a fin de asegurar la capacitación estratégica en políticas de transformación de la gestión pública.

En el marco de una acción conjunta y en el ámbito del citado instituto, en el año 1992 las autoridades del INAP y las autoridades de la Procuración del Tesoro de la Nación decidieron implementar una capacitación específica para los abogados del Estado en virtud de lo dispuesto por la citada ley 12.954. Ello fue consecuencia de la detección de las necesidades de capacitación en el ámbito de las distintas áreas jurídicas del sector público.

Con dichos antecedentes basados en situaciones fácticas, comenzó a gestarse la idea de crear un área de capacitación específica que estuviera orientada a la formación de los abogados del Estado, con el objeto de optimizar los resultados de las tareas propias de sus competencias. Dicho proceso culminó con el dictado del citado decreto 754/1994 mediante el cual se creó la ECAE.

Fue así como durante la gestión del Dr. Alberto García Lema al frente de la Procuración del Tesoro de la Nación (1991-1995)<sup>(8)</sup> –también Convencional Nacional Constituyente de la Reforma de 1994–, se convocaron a diversos agentes del organismo con antecedentes académicos y vocación docente para afrontar este nuevo desafío.<sup>(9)</sup> La tarea recayó en el doctor Eugenio Luis Palazzo,<sup>(10)</sup> quien tuvo a su cargo la Dirección Nacional de la recientemente creada Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado.

---

(8) El Dr. Alberto García Lema fue designado Procurador del Tesoro de la Nación mediante decreto 332/1991 (BO 28/02/1991).

(9) Información suministrada por el Dr. Francisco N. D'Atri, primer subdirector de la Escuela de Cuerpo de Abogados del Estado, designado mediante resolución PTN 14/1996, de fecha 16/08/1996, conforme la entrevista que le fuera realizada con fecha 27/02/2024.

(10) El Dr. Eugenio L. Palazzo fue designado Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado mediante resolución PTN 50/1994 (BO 30/11/1994).

### 3. Su creación mediante el decreto 754/1994

Si bien la norma de creación de la ECAE estableció que la Escuela es un organismo de capacitación y perfeccionamiento técnico específico de los profesionales que ingresan y desarrollan su carrera administrativa en el Cuerpo de Abogados del Estado, dicha norma no fijó una determinada modalidad de capacitación, lo cual posibilitó la realización y coexistencia de distintas propuestas educativas a lo largo de estos treinta años de vida de la institución. Este diseño normativo, cuyo sello distintivo se centró en la especificidad técnica de su capacitación y hacia quiénes iba dirigida, fue pionero en el campo de la abogacía estatal, y luego fue replicado –con sus variantes– por otras jurisdicciones.<sup>(11)</sup>

De acuerdo a lo señalado en los considerandos del decreto 754/1994, también se establecieron los mecanismos tendientes a completar la efectiva formación de los integrantes de ese Cuerpo, en consonancia con las necesidades reales requeridas por el servicio, a fin de asegurar que la cobertura de las vacantes que se produzcan sea realizada con total transparencia y por profesionales que hubieran aprobado los programas específicos de capacitación que fijase al efecto la ECAE.<sup>(12)</sup> Al mismo tiempo, se determinaron sus funciones, señalando que la conducción académica estaría a cargo de un comité académico conformado por distintas autoridades interjurisdiccionales de la Administración Pública nacional, presidido por el Procurador del Tesoro de la Nación.<sup>(13)</sup>

Ahora bien, conforme el tiempo transcurrido desde el dictado de la citada norma, se vio la necesidad de adaptar sus disposiciones al contexto normativo vigente, lo cual originó su modificación mediante el decreto 808/2021. Las funciones de la ECAE quedaron, entonces, redactadas de la siguiente manera:<sup>(14)</sup>

- a) determinar las necesidades de capacitación de los abogados que ingresan o aspiran a integrar el Cuerpo de Abogados del Estado; como así también de los profesionales que, sin integrarlo, desempeñan tareas inherentes o conexas a la abogacía del Estado y del personal que cumple funciones auxiliares o de apoyo a dicho Cuerpo;
- b) diseñar y desarrollar los cursos y demás actividades de capacitación que estime pertinentes la Escuela;
- c) evaluar el perfil académico de los profesionales que deban ser designados para ejercer funciones inherentes al Cuerpo de Abogados

---

(11) Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires.

(12) Véase el segundo párrafo de los considerandos del decreto 754/1994.

(13) Véase art. 5° del decreto 808/2021.

(14) Véase art. 4° del decreto 808/2021.

del Estado. En este aspecto cabe mencionar que, con anterioridad a la modificación del citado decreto, estas funciones se encontraban incluidas en las resoluciones PNT 17/2009, de fecha 17/03/2009, y 64/2017, de fecha 29/08/2017;

- d) diseñar y realizar actividades docentes, de investigación y divulgación científica vinculadas con la abogacía del Estado;
- e) proponer al señor Procurador del Tesoro de la Nación la celebración de convenios de colaboración con organismos o entidades del ámbito nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal para el desarrollo de actividades de capacitación destinadas a los profesionales que desarrollen tareas inherentes a la abogacía pública o sean auxiliares de esta última y al personal de apoyo administrativo que, por su función específica, deba contar con conocimientos básicos de derechos;
- f) proponer al señor Procurador del Tesoro de la Nación la celebración de convenios de cooperación con universidades con sede en el país o en el extranjero, destinados a la realización de actividades de capacitación específicas en materias inherentes a la abogacía pública, así como también en lo referente al intercambio de docentes, alumnos e investigadores en el marco de los programas que se acuerden;
- g) mantener contacto permanente con las distintas delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado con el fin de detectar y analizar las necesidades de capacitación y los contenidos, métodos y alcance de las actividades de especialización que se requieran, y programar sus actividades atendiendo a las necesidades actuales y tendencias del asesoramiento, la defensa y el control jurídico del Estado.

Ahora bien, con el propósito de dar cumplimiento al objetivo señalado en el decreto 754/1994, la primera propuesta educativa implementada por la Escuela luego de su creación se tradujo en un posgrado denominado Maestría en Abogacía del Estado, creado con anterioridad al dictado de la Ley de Educación Superior.<sup>(15)</sup> Esta constituyó una importante iniciativa que tuvo como uno de sus objetivos fundamentales la formación de un plantel de profesionales con un alto grado de capacitación teórico-práctico, siendo su plan de estudios, el cuerpo docente y su organización considerados adecuados para el fin académico perseguido.<sup>(16)</sup>

En esta primera etapa (1995-2000) también se llevaron a cabo otras actividades académicas de actualización permanente, con diferentes

---

(15) Ley 24.521 de Educación Superior (BO 10/08/1995).

(16) Conf. resolución 4/1995 de la entonces Subsecretaría de Coordinación Universitaria del Ministerio de Cultura y Educación (28/12/1995).

formatos y abordajes pedagógicos, como lo fueron los denominados Programas de Capacitación Permanente para la Alta Gerencia Jurídica del Estado,<sup>(17)</sup> conferencias, cursos de actualización normativa, jornadas, talleres de reflexión y seminarios, entre otros, donde se analizaron temas de la actualidad jurídica y de relevante interés en el ámbito público.<sup>(18)</sup>

Por otra parte, y a fin de promover y fortalecer el vínculo entre la Nación y las provincias en lo que hace a al ejercicio de la abogacía estatal, se comenzaron a dictar los primeros cursos de capacitación a los abogados del Estado que cumplían funciones de asesoramiento o representación en juicio en las distintas jurisdicciones. Esto fue producto de convenios marco de cooperación académica suscriptos con universidades, a saber: convenio de cooperación con la Universidad de Lomas de Zamora (1997) y convenio de cooperación con la Universidad de Mendoza (1999).

#### 4. Desarrollo de su actividad

Las diversas propuestas académicas que se han ido desarrollando en la Escuela a través de sus diferentes gestiones permitieron no solo dar respuesta a las necesidades planteadas por los servicios jurídicos de la administración pública en cada época, de acuerdo a las políticas públicas adoptadas en su momento, sino que también se fue construyendo una experiencia única que no se encuentra volcada en ningún texto escrito, pues se basa en un conocimiento dinámico que la trasciende. Esta es su mayor riqueza.

En este aspecto, cabe destacar que una vez sancionada la Ley 24.521 de Educación Superior, y a fin de adecuar la capacitación brindada por la Escuela a las nuevas normas vigentes, se modificó la propuesta educativa que hasta ese momento se venía dando por un Sistema de Capacitación en Abogacía del Estado, comprensivo de un curso básico y seminarios de profundización.<sup>(19)</sup> Esto ocurrió entre los años 2001 al 2007.

Durante esta etapa también se suscribieron convenios marco de cooperación académica con distintos organismos y jurisdicciones: Ejército Argentino (2001); Foro de Abogados de San Juan (2002); Procuración General de la Nación (2004); Universidad Católica de Santa Fe (2004); Gendarmería Nacional (2005); Gobernación de la Provincia de Río Negro (2005); Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados

---

(17) Conforme surge del acta de Comité Académico N° 6 (21/07/1995).

(18) Conforme surge de las siguientes actas de Comité Académico: N° 9 (13/09/1996); N° 11 (04/10/1996); N° 12 (21/02/1997); N° 22 (07/07/1998); N° 36 (21/10/2003); entre otras.

(19) Dicho sistema fue aprobado mediante la resolución PTN 83/2001 (16/08/2001).

(PAMI) (2005); Secretaría de Planeamiento de la Provincia de Tucumán (2006); y Fiscalía de Estado de la Provincia de Entre Ríos (2007).

Luego de ello vino un período significativo en el que las características de la formación que impartía la ECAE cambiaron. En efecto, la Escuela implementó distintas especializaciones que fueron enmarcadas posteriormente en el Programa de Formación para las Carreras de Estado. La primera de ellas fue la denominada “Especialización en Abogacía del Estado”. Esto tuvo su origen en la resolución de la Secretaría de la Gestión Pública 58/2006,<sup>(20)</sup> mediante la cual se creó el Programa de Formación para las Carreras de Estado en el ámbito del INAP; su objetivo fue capacitar en relación a los conocimientos, tecnologías y principios requeridos para elevar los niveles de desempeño de la función pública, con el fin de abordar los problemas de la sociedad, contribuir efectivamente al logro de un mayor bien colectivo y mejorar la calidad en el proceso de elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas en los distintos ámbitos de la actuación estatal. En tal sentido, la ECAE y la mencionada Secretaría celebraron, con fecha 13 de febrero de 2007, un convenio de colaboración académica mediante el cual acordaron organizar como carrera de Estado la Especialización en Abogacía del Estado, establecida sobre la base del sistema de capacitación creado al amparo del decreto 754/1994.

En el año 2009 se incorporaron como carreras de Estado las siguientes: Especialización en Contratos Administrativos, Especialización en Derecho Tributario y Especialización en Derecho Aduanero.<sup>(21)</sup> En 2012 se incorporó la Especialización en Derecho Procesal y Defensa del Estado<sup>(22)</sup> y la Especialización en Derechos Humanos.<sup>(23)</sup> Y en 2015, la Especialización en Asesoramiento Jurídico del Estado,<sup>(24)</sup> que reemplazó a la primera de ellas, es decir, a la Especialización en Abogacía del Estado.

Este período también fue muy prolífero respecto a la suscripción de convenios de cooperación académica con distintos organismos y jurisdicciones, a saber: Fiscalía de Estado de la Provincia de Córdoba (2008); Ministerio de Defensa (2008); Provincia de Salta (2008); Provincia de Tierra del Fuego (2008); Fiscalía de Estado de la Provincia de Córdoba (2008); Dirección Nacional del Registro Oficial –Boletín Oficial– (2008); Municipalidad del Partido de General Pueyrredón (2008); Ministerio de Defensa Legal de la República de Bolivia (2009); Asesoría General de la Gobernación de la

---

(20) Resolución SGP 58/2006 (BO 01/12/2006).

(21) Resolución SGyGP 162/2009 (BO 16/06/2009).

(22) Resolución SGyCA-JGM 342/2012 (BO 26/09/2012).

(23) Resolución SGyCA-JGM 214/2012 (BO 20/07/2012).

(24) Resolución SG-JGM 289/2015 (BO 01/12/2015).

Provincia de Buenos Aires (2009); Instituto Internacional de Ciencias de la Administración (2009); Procuración General de la Nación (2010); Servicio Penitenciario Federal (2010); Provincia de Tucumán (2010); ANSES (2010); Facultad de Ciencias Económicas (UBA) (2010); Facultad de Derecho (UBA) (2010); Universidad Nacional de La Matanza (2010); Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2011); Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Cruz (2011); Fiscalía de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego (2011); UNTREF (2011); Fiscalía de Estado de la Provincia de Jujuy (2011); y Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza (2012).

Otra de las actividades académicas desarrolladas en esta misma etapa que merece especial consideración por sus características propias son las denominadas “diplomaturas”, las cuales fueron diseñadas de acuerdo a requerimientos específicos de capacitación de los servicios jurídicos de distintos organismos. El objetivo perseguido fue otorgar a los profesionales de esos organismos una mayor profundización en sus conocimientos para la defensa del interés público, conforme la materia y competencias asignadas a los mismos.

A tal efecto, en el año 2010 se dictó la Diplomatura en Derecho de la Seguridad Social para la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses), y en el 2011 la Diplomatura en Salud y Legislación Sanitaria para el Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo, en 2013 la Escuela diseñó e implementó la Diplomatura en Género y Derecho de las Mujeres a requerimiento del Ministerio de Desarrollo Social y del Ministerio Público de la Defensa, con fundamento en las normas contenidas en los tratados internacionales referidos a cuestiones relativas a la discriminación de género, la promoción de una transformación sociocultural basada en la plena e igualitaria participación de las mujeres en la vida social, política y cultural del país.<sup>(25)</sup>

Sobre la base de los temas vinculados a los tratados internacionales, y en virtud del convenio marco de cooperación académica celebrado con la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF),<sup>(26)</sup> en el año 2012 la ECAE llevó a cabo en forma conjunta con esta Universidad una diplomatura, una especialización y una Maestría en Derechos Humanos, Estado y Sociedad.

En el año 2014, y dentro del citado contexto normativo, se dictó conjuntamente con la UNTREF la denominada Maestría en Abogacía del Estado. Esta actividad académica se fundamentó en la necesidad de estructurar para los integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado una formación

---

(25) Conforme Acta de Comité Académico N° 85/2013 (13/03/2013).

(26) Convenio Marco de Cooperación Académica suscripto con la UNTREF el 26/05/2011.

sistemática de nivel de posgrado, con el objetivo de elevar los niveles de desempeño de la función pública, teniendo en cuenta no solo la profundización de los conocimientos en las distintas ramas del derecho constitucional, administrativo, procesal y tributario, sino también poniendo el eje en el abordaje de las distintas problemáticas sociales para la elaboración, ejecución y evaluación de políticas públicas.

Otro hito importante en la extensa labor llevada a cabo por la ECAE, y que marcó una nueva etapa en la modalidad de brindar su capacitación, se encuentra relacionado con el desarrollo e implementación de la plataforma Moodle de educación a distancia (*e-learning*), que permitió ampliar la oferta de la formación profesional aprovechando sus funcionalidades.<sup>(27)</sup>

Fue así que en el año 2012 comenzó a dictarse la “Especialización en Abogacía del Estado” bajo la modalidad *e-learning*, con el propósito de cubrir las necesidades de capacitación de los letrados de la administración pública en el interior del país.<sup>(28)</sup> Dado la respuesta que tuvo la oferta académica brindada mediante esta modalidad y las constantes demandas recibidas por parte de los abogados del interior del país, en el año 2014 se aprobó una Diplomatura en Contratos Administrativos, y en el año 2016 la Diplomatura en Derecho Procesal y Defensa del Estado en Juicio. Durante todo este período, además de brindarse los posgrados mencionados –especializaciones y diplomaturas–, también se dictaron una gran cantidad de seminarios sobre temas específicos bajo esta modalidad.

Por otro lado, en el año 2016, y con el objeto de contar con una capacitación intensiva que cubriese los contenidos centrales del derecho administrativo de acuerdo a los requerimientos de capacitación realizados por las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado, la Escuela diseñó una Diplomatura en Derecho Administrativo.<sup>(29)</sup>

A partir del año 2017 se aprobó una nueva propuesta pedagógica denominada Programa de Formación en Abogacía del Estado (PROFAE),<sup>(30)</sup> implementada en 2018, dando así por finalizados los planes de estudio precedentes. Esta propuesta académica se focalizó, principalmente, en la formación y profundización de los conocimientos sustanciales del derecho administrativo respecto de las funciones que tenían a su cargo en ese momento los respectivos cursantes en el ejercicio de la abogacía pública. También se dictaron cursos sobre aspectos jurídicos de la

---

(27) Acta de Comité Académico N° 74 (18/11/2010).

(28) Acta de Comité Académico N° 79 (23/02/2012).

(29) Acta de Comité Académico N° 102 (13/07/2016).

(30) Acta de Comité Académico N° 105 (17/08/2017).

administración dirigidos a los agentes administrativos que cumplieran tareas de apoyo en los servicios jurídicos y áreas contenciosas.

Con la convicción respecto a la necesidad e importancia de producir y compartir conocimiento, se propició la creación de una publicación electrónica que contuviera temas de relevancia jurídica; esta fue pensada como nexo entre la formación de pensamiento y el análisis de las cuestiones de la gestión jurídica del Estado.

Todo lo reseñado hasta el momento pone de manifiesto la valiosa experiencia que esta institución ha ido recogiendo a través del tiempo. La adaptación y flexibilidad a las distintas circunstancias que ha ido atravesando la administración pública le ha permitido dar respuesta a las demandas y necesidades suscitadas en las distintas áreas estatales que tienen a su cargo la defensa del interés público, demostrando así la Escuela su capacidad y compromiso en el cumplimiento de sus objetivos. Por ello, es oportuno mencionar que esta experiencia y los conocimientos adquiridos en la formación teórica y práctica que brinda la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, a través de docentes y funcionarios especializados, no puede ser suplida por el conocimiento más teórico y general que brindan las distintas universidades, pues esto es lo que la hace singular en su género.

Ahora vamos a referirnos a una etapa que ha representado enormes desafíos y ha marcado un antes y un después en todas las áreas de la vida a nivel global. Y señalaremos particularmente cómo la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado dio respuesta a estos desafíos en el ejercicio de sus funciones propias.

La pandemia del COVID-19 causó un enorme impacto, tanto a nivel individual como colectivo, y cambió por completo la forma en la que la humanidad se organizaba. No hace falta explicar los estragos causados y los consecuentes cambios que la sociedad tuvo que implementar. Al ser los encuentros presenciales un factor de alto riesgo de contagio, la educación se constituyó en un área especialmente afectada.<sup>(31)</sup> No obstante las circunstancias señaladas, y atento la necesidad de dar continuidad a la capacitación de los abogados del Estado, cobró vital importancia el Campus Virtual de la Escuela, que había sido desarrollado con base en la Plataforma Moodle de Educación a Distancia. La centralidad de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) fueron determinantes para el cumplimiento de dicho objetivo.

---

(31) Véase [argentina.gob.ar/noticias/ecae-nueva-plataforma-virtual-para-enfrentar-renovados-desafios](https://argentina.gob.ar/noticias/ecae-nueva-plataforma-virtual-para-enfrentar-renovados-desafios)

Si bien la Escuela anteriormente ya había trabajado con dicha plataforma a través del dictado de las diferentes especializaciones, diplomaturas y seminarios, lo había hecho en forma asincrónica. A partir del año 2020 y con la pandemia en pleno desarrollo, la plataforma virtual fue totalmente actualizada mediante la implementación de clases sincrónicas a través del Zoom, lo que permitió tener una comunicación en tiempo real, reduciendo las distancias como nunca antes había sucedido. También se procedió a capacitar a los docentes para su utilización.

En este contexto, en el año 2021 la Escuela puso en marcha un nuevo Programa de la Especialización en Abogacía del Estado denominado Abogar, en reemplazo del anterior Programa de Formación en Abogacía del Estado. En esta etapa también se procedió al restablecimiento de la Maestría en Abogacía Pública, producto del nuevo convenio marco de cooperación académica suscripto con la UNTREF con fecha 20 de octubre de 2020.

Los contenidos del nuevo plan de estudios del Abogar, inscripto dentro del Programa de Carreras de Estado aprobado por resolución SGP 58/2006, y modificada por la resolución SGP 2/2009, de fecha 14 de enero de 2009, tuvieron como fundamento el estudio de las bases históricas de la administración y su regulación jurídica desde una perspectiva multidisciplinar, como así también la estructura constitucional de nuestro sistema jurídico, con especial énfasis en el desarrollo y profundización en las normas protectoras de los derechos humanos que impregnan toda la actividad de la Administración Pública nacional.<sup>(32)</sup>

Por otra parte, la Escuela propició la creación de un nuevo programa denominado Programa de Formación Federal en Abogacía del Estado, no solo con la finalidad de brindar los conocimientos técnicos profundizados en materia de derecho público y desarrollar las habilidades y prácticas necesarias para la ejecución de las tareas encomendadas a los abogados del Estado de las diferentes provincias, sino también para estimular el sentido federal de pertenencia a la abogacía pública en toda la República Argentina y afianzar el compromiso en la defensa de los intereses generales de la sociedad. A tal fin, se diseñó la denominada “Diplomatura Federal en Abogacía del Estado”.

Como es tradición de la Escuela brindar la experiencia de sus docentes e integrar docentes de cada provincia para el dictado de cursos y posgrados financiados por dichas jurisdicciones, se instrumentaron dichas diplomaturas mediante la firma de acuerdos de colaboración académica

---

(32) Acta de Comité Académico N° 107 (25/09/2020).

celebrados con distintas provincias, cuya instrumentación se dio a partir del año 2023.<sup>(33)</sup> Estas son:

- Diplomatura Federal en Abogacía del Estado –Catamarca–, mediante el convenio suscripto con la provincia de Catamarca en 2021.
- Diplomatura Federal en Abogacía del Estado –Litoral–, mediante el convenio suscripto con la provincia de Entre Ríos en 2022.
- Diplomatura Federal en Abogacía del Estado –Patagonia–, mediante el convenio suscripto con la provincia de Río Negro y con la provincia de Santa Cruz en 2023.

También es importante mencionar que, además de la Especialización en Abogacía del Estado denominada Abogar, Programa central de la ECAE, en el año 2022 y producto del convenio marco tripartito de colaboración académica suscripto con la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y con la Unidad de Información Financiera (UIF), con fecha 20 de diciembre de 2021, la Escuela implementó la denominada Especialización en Delitos Económicos Complejos y Prevención de Lavado de Activos, dirigida a los funcionarios y abogados integrantes de las partes, así como también a los abogados de la Administración Pública nacional que se postulen para ingresar a la AFIP y a la UIF.<sup>(34)</sup>

Otro hito significativamente destacable en estos treinta años de trayectoria ininterrumpida de la Escuela es la continuación de la *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado* que fuera implementada en 2017, pero en esta etapa bajo otros estándares más rigurosos y de carácter científico.<sup>(35)</sup> Esta tiene por objeto dinamizar el intercambio entre el mundo académico y la práctica de la abogacía pública, que necesita perfeccionar sus herramientas en forma constante. A la fecha, se han publicado un total de diez números –todos en formato digital y algunos de ellos también en formato papel–.

Además, y con motivo del convenio de cooperación y asistencia técnica y académica firmado el 20 de julio de 2022 con la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses), se dictó bajo la dirección académica de la ECAE una Carrera de Estado denominada Especialización en Derecho de la Seguridad Social, dirigida a los funcionarios y abogados integrantes de aquel organismo. Al respecto, se señaló la importancia estratégica de esta carrera de Estado a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en

---

(33) Acta de Comité Académico N° 112 (12/12/2022).

(34) Acta de Comité Académico N° 110 (03/03/2022).

(35) Véase [revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/about](http://revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/about)

el desempeño de las funciones específicas que cumplen los letrados que tienen a su cargo el asesoramiento y defensa del interés estatal a nivel nacional.<sup>(36)</sup>

Finalmente, y para concluir con la reseña de esta etapa, cabe mencionar que como consecuencia del convenio marco específico de cooperación académica suscripto con el Tribunal Fiscal de la Nación el 29 de diciembre de 2023, se aprobó el diseño de una nueva carrera de Estado denominada Especialización en Tributación,<sup>(37)</sup> cuya implementación se dio a partir de este año 2024.

A partir de diciembre de 2023, la Escuela ha dado continuidad a la capacitación del Programa de la Especialización en Abogacía del Estado denominado Abogar, y a la Maestría en Abogacía Pública, conforme el convenio de cooperación académica celebrado en el año 2020. También se continuó con la capacitación correspondiente al Programa de Formación Federal en Abogacía del Estado dictado en las diferentes provincias bajo la modalidad de Diplomatura Federal en Abogacía del Estado, de acuerdo a los convenios oportunamente suscriptos. En esta etapa, también se celebraron nuevos convenios de colaboración académica para el dictado de la Diplomatura Federal en Abogacía del Estado con los siguientes organismos: Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe (2024) y Secretaría General de la Gobernación de la Provincia de Salta (2024).

Del mismo modo, se sigue brindando la capacitación correspondiente a la Especialización en Delitos Económicos Complejos y Prevención de Lavado de Activos y a la Especialización en Derecho de la Seguridad Social, habiéndose implementado en este año 2024 la denominada Especialización en Tributación. Todo ello, en el marco de los convenios ya reseñados.

Por otra parte, además de la oferta académica de distintos seminarios relativos a temas específicos, la Escuela ha diseñado e implementado una nueva propuesta formativa denominada Diplomatura en Derecho Administrativo Disciplinario, con el objetivo de profundizar en los conocimientos de los abogados que desarrollan sus tareas en un área sustantiva del Cuerpo de Abogados del Estado, que es la de sumarios.

Cabe señalar que todas las actividades brindadas por la Escuela son de carácter virtual, a excepción de las correspondientes a la Maestría en Abogacía del Estado (UNTREF), que revisten un carácter mixto (presencial/virtual), como así también el curso denominado Instituciones de

---

(36) Acta de Comité Académico N° 111 (17/08/2022).

(37) Acta de Comité Académico N° 114 (12/10/2023).

Derecho Municipal y Revisión Judicial, dictado en forma presencial y en el marco del convenio de colaboración académica suscripto con la Universidad del Museo Social Argentino, de fecha 02 de febrero de 2024.

Otra de las actividades que la Escuela lleva a cabo semestralmente es la convocatoria abierta realizada para la presentación de artículos académicos, ensayos e investigaciones jurídicas para ser incorporadas a la Revista. En el caso del presente número, estará dedicado a la simultánea celebración de los treinta años de creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y la aprobación de la Reforma de la Constitución de 1994.

Por último, y como broche de oro de esta reseña en homenaje a los treinta años de la creación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, cabe destacar que el pasado 14 de mayo de 2024 se llevó a cabo un acto en el que también se conmemoró los treinta años de la última reforma constitucional. Este último contó con la participación del procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Rodolfo C. Barra, así como de la directora de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Dra. Cecilia Recalde y del subdirector, Dr. Ezequiel Abásolo. También asistieron los doctores Rodolfo A. Díaz, Alberto M. García Lema y Horacio D. Rosatti, todos ellos ex procuradores del Tesoro de la Nación y miembros de la Convención Constituyente de 1994.

En el transcurso de la mañana se dieron cita en el emblemático Edificio del Molino de la ciudad de Buenos Aires destacadas figuras del derecho, entre ellas ex procuradores y ex subprocuradores del Tesoro de la Nación, magistrados, juristas e integrantes del Poder Judicial nacional y provincial y del Ministerio Público nacional y provincial, entre otros, con un marcado espíritu federal. En dicho acto se puso de relieve la labor de excelencia que realiza la ECAE como organismo responsable de la capacitación y perfeccionamiento técnico de los profesionales que ingresan y desarrollan su carrera administrativa en el Cuerpo de Abogados del Estado.<sup>(38)</sup> En la tarde de ese mismo día, en la sede de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, se constituyó el denominado Foro Federal de Institutos de Formación en Abogacía Pública, con la participación de representantes de más de diez jurisdicciones de nuestro país, con el objeto de aunar esfuerzos para una mayor y mejor capacitación profesional en la gestión y defensa de los intereses del Estado nacional, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios.<sup>(39)</sup>

---

(38) Véase: [argentina.gob.ar/noticias/se-celebro-el-30o-aniversario-de-la-creacion-de-la-escuela-del-cuerpo-de-abogados-y](https://argentina.gob.ar/noticias/se-celebro-el-30o-aniversario-de-la-creacion-de-la-escuela-del-cuerpo-de-abogados-y)

(39) Véase: [argentina.gob.ar/noticias/se-constituyo-el-foro-federal-de-institutos-de-formacion-de-abogacia-publica](https://argentina.gob.ar/noticias/se-constituyo-el-foro-federal-de-institutos-de-formacion-de-abogacia-publica)

## 5. Reflexión final

Además de lo ya mencionado en el presente artículo respecto a la encomiable labor realizada por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado en todos estos largos años de su trayectoria, merece destacarse especialmente en esta reflexión final la importancia que reviste uno de los cometidos de la Escuela que, si bien no se encuentra tan difundido, es de enorme trascendencia para todos aquellos que forman parte del Cuerpo de Abogados del Estado en el ejercicio de la abogacía pública y la defensa del interés público.

Este cometido tiene que ver con brindar el conocimiento, a través de sus planes de estudios, de la doctrina administrativa que surge de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación,<sup>(40)</sup> y que es de aplicación obligatoria para los servicios jurídicos que forman parte del Cuerpo de Abogados del Estado, con el objetivo de ajustar sus criterios a la doctrina que emana del órgano rector.

En definitiva, la labor de la Escuela constituye una política pública que tiene como propósito, a través de su gestión, cumplir con el espíritu de las normas que emanan de nuestra Constitución Nacional, ley fundamental que rige nuestro país, garantizadora de los derechos y libertades de las personas y cuya finalidad primordial proclamada en el Preámbulo de nuestra Constitución es la promoción del bienestar general.

## 6. Referencias bibliográficas

- Croxatto, G.** (2023). La formación de abogados y abogadas del Estado: la experiencia de la ECAE. *Editorial SAIJ – Infojus*. ID: DACF230040.
- Goett, H.** (2020). El Cuerpo de Abogados del Estado y su Escuela. Apuntes históricos, conceptuales y normativos sobre sus orígenes, la necesidad de la capacitación que brinda y su futuro. *Revista de la ECAE*, (4). [revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/issue/view/4](http://revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/issue/view/4)
- Kluger, V.** (2020). Hacia la unidad de criterio de los servicios jurídicos del Estado. La discusión de 1946 en torno a la creación del Cuerpo de Abogado del Estado. *Revista de la ECAE*, (4). [revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/issue/view/4](http://revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/issue/view/4)
- Saravia, B.** (2022). El Cuerpo de Abogados del Estado -Importancia y Funciones-. La coordinación de los servicios jurídicos. *Revista Broquel*, (30). [broquel.ptn.gob.ar/2022/12/12/el-cuerpo-de-abogados-del-estado-importancia-y-funciones-la-coordinacion-de-los-servicios-juridicos/](http://broquel.ptn.gob.ar/2022/12/12/el-cuerpo-de-abogados-del-estado-importancia-y-funciones-la-coordinacion-de-los-servicios-juridicos/)

---

(40) Dictámenes 201:235; 206:354; 242:236, entre otros.

# El personal no diplomático en las representaciones argentinas en el exterior

**Víctor A. Malavolta**

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación  
Correo electrónico: victorantoniomalavolta@gmail.com

**Florencia M. Robledo**

Ministerio de Justicia de la Nación  
Correo electrónico: mfxrobledo@gmail.com

**Fernando De Vega**

Ministerio de Comunicación Pública de la Provincia de Buenos Aires  
Correo electrónico: fdevega@hotmail.com

**Silvia García**

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación  
Correo electrónico: gsy@mrecic.gov.ar

**Cómo citar este artículo:** Malavolta, V. A.; Robledo, F. M.; De Vega, F. y García, S. (2024). El personal no diplomático en las representaciones argentinas en el exterior. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 63 a 84. ISSN 2796-8642.

**Resumen:** De acuerdo con las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre Relaciones Consulares de 1963, las misiones diplomáticas y las oficinas consulares se integran con personal diplomático y personal no diplomático (administrativo, técnico y de servicio). En este artículo se desarrollarán las principales características y el régimen jurídico aplicable a dos categorías de personal no diplomático: el Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación y los empleados locales.

**Palabras clave:** Servicio Exterior de la Nación; personal no diplomático; régimen jurídico; empleo público.

**Abstract:** In accordance with the Vienna Conventions on Diplomatic Relations of 1961 and on Consular Relations of 1963, diplomatic missions and consular offices are made up of diplomatic personnel and non-diplomatic personnel (administrative, technical and service). This article will develop the main characteristics and the legal regime applicable to two categories of non-diplomatic personnel: the Body of attached to the National Foreign Service and local employees.

**Keywords:** National Foreign Service; non diplomatic staff; legal regime; public employment.

## 1. Introducción

Las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre Relaciones Consulares de 1963<sup>(1)</sup> estipulan que las misiones diplomáticas y las oficinas consulares se constituyen, para dar cumplimiento a sus funciones institucionales, con un jefe de misión, el personal diplomático o consular y el personal administrativo, técnico y de servicio.<sup>(2)</sup>

El presente artículo versará sobre dos categorías que integran dicho personal administrativo, técnico y de servicio en las embajadas, consulados y misiones permanentes ante organismos internacionales de la República Argentina en el exterior (en adelante, representaciones argentinas). En primer término, abordaremos la categoría “Cuerpo de Agregados Laborales” o “Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación”, en particular el plexo normativo que regula las condiciones de ingreso a dicho cuerpo y los derechos, obligaciones y responsabilidad de sus integrantes.

Más adelante, nos referiremos al régimen jurídico aplicable a la contratación de los empleados locales, destacando aquellas características que le son propias, dada su naturaleza netamente territorial. En ese orden, citaremos destacados pronunciamientos de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre aspectos relevantes de las relaciones contractuales bajo estudio.

Por último, y a modo de conclusión, propondremos las principales diferencias entre ambas categorías en función del régimen jurídico que les es propio a cada una de ellas.

---

(1) Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas: signada el 18/04/1961; aprobada por ley 8672; entrada en vigor en la República Argentina el 24/04/1964. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares: signada el 23/04/1963; aprobada por ley 17.081; entrada en vigor para la República Argentina el 06/04/1967.

(2) Cfr. art. 1° de ambas convenciones.

## 2. El Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación

### 2.1. Su integración

El Servicio Exterior de la Nación (en adelante, SEN) es una organización fundamental del Estado nacional para el desarrollo de sus relaciones en la comunidad internacional y, asimismo, es el instrumento de ejecución de la política exterior nacional.<sup>(3)</sup>

Para la consecución de sus fines, se encuentra integrado por el cuerpo permanente activo (funcionarios con estado diplomático en actividad e ingresantes al Servicio Exterior); el cuerpo permanente pasivo, en jubilación o retiro (funcionarios que posean estado diplomático y que a su solicitud u obligatoriamente hubieran cesado de revistar en actividad conforme al régimen de previsión aplicable); el cuerpo de agregados laborales; el servicio de agregados especializados y los embajadores extraordinarios y plenipotenciarios que no pertenecen al Servicio Exterior de la Nación, y son designados por el Poder Ejecutivo nacional, con carácter de excepción.<sup>(4)</sup>

El procedimiento y los requisitos para el ingreso al denominado Cuerpo de agregados laborales o Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación se encuentra regulado por la ley 20.957, su decreto reglamentario 1973, del 20 de octubre de 1986, y el Reglamento del Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación, aprobado por la resolución 2443, del 30 de noviembre de 2004, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

En dicho marco normativo, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, órgano con competencia sustantiva en la materia, convoca –regularmente– al personal que reviste en el Sistema Nacional de Empleo Público,<sup>(5)</sup> con una antigüedad no menor a tres años en esa jurisdicción, a participar en concursos internos de admisión, destinados a cubrir vacantes (limitadas) en el Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación.<sup>(6)</sup> Más adelante, quienes aprobaron dicha convocatoria interna y, de acuerdo al orden de mérito obtenido, serán

---

(3) De acuerdo con la definición contenida en el art. 1º de la Ley Orgánica 20.957 del Servicio Exterior de la Nación.

(4) Cfr. art. 2º de la ley 20.957.

(5) Decreto 2098/2008 (ex Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, decreto 993/1991).

(6) Para integrar el Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación, se requiere, asimismo: a) ser argentino nativo o por opción y mayor de edad; b) tener pleno goce de los derechos civiles y políticos; c) conducirse en forma honorable, pública y privadamente; d) mantener una conducta económica ordenada e inobjetable.

incorporados al curso de adscripción<sup>(7)</sup> hasta completar las vacantes disponibles para ese año.<sup>(8)</sup> Finalizado el curso de adscripción, mediante resolución de la máxima autoridad de la jurisdicción, se designará a los nuevos integrantes del Servicio Civil o Administrativo Adscripto al Servicio Exterior de la Nación.

Un supuesto de excepción a los procedimientos aquí desarrollados lo establece el art. 97 del decreto reglamentario 1973/1986<sup>(9)</sup> al disponer que los funcionarios que revisten en el nivel “A” de la planta permanente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto puedan ser destinados y/o trasladados al exterior, por razones de servicio, mediante decreto del Poder Ejecutivo nacional y sin dar cumplimiento a los requisitos establecidos para el Cuerpo de Adscriptos; ello, en virtud de razones estrictamente funcionales y para el tratamiento de temas urgentes o técnicamente específicos. Únicamente, mientras prestan servicios en el exterior, los funcionarios así trasladados se asimilan al personal adscripto al SEN en cuanto a sus derechos y obligaciones.

## 2.2. Rotación del personal

La rotación del personal adscripto, es decir, el número de agentes que desarrolla funciones administrativas en las misiones diplomáticas y consulares argentinas en el exterior y en la Cancillería, se determina en orden a las necesidades de las embajadas y los consulados,<sup>(10)</sup> respetando, además, los plazos mínimos y máximos de permanencia en la República y en el extranjero.<sup>(11)</sup>

---

(7) Los arts. 14 a 17 del Reglamento de Adscriptos describen el plan de estudios del curso de adscripción (con temática administrativo-financiera, consular y protocolo) y las condiciones de asistencia y aprobación.

(8) Cfr. art. 12 del Reglamento de Adscriptos.

(9) Cfr. modificación introducida por decreto 948, de fecha 16/06/1994.

(10) Cfr. art. 56 de la ley 20.957 y su Reglamentación. Por su parte, el art. 2° del decreto 101/85 delegó en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto la facultad de resolver la prórroga y reducción de los límites de permanencia establecidos en el art. 56 de la ley 20.957.

De acuerdo con el Anexo II del decreto 50/2019, la Secretaría de Coordinación y Planificación Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto tiene entre sus objetivos el de entender en materia de administración y gestión de recursos humanos y en la planificación, gestión y modernización de los procesos y sistemas vinculados con su administración en el país y en las representaciones argentinas en el exterior.

(11) Véase el art. 56 de la ley 20.957: “Los funcionarios (...) deberán prestar funciones en forma alternada por los periodos siguientes: a) Dos años consecutivos como mínimo y seis como máximo durante su permanencia en la República; b) Cuatro años consecutivos como mínimo y seis como máximo durante su permanencia en el exterior. Estos límites podrán prorrogarse o reducirse por disposición del Poder Ejecutivo”.

La responsabilidad de escoger al funcionario más adecuado para cada vacante abierta en el exterior recae en un Comité de Selección integrado por autoridades de la Cancillería y la veeduría de representantes de la Unión Personal Civil de la Nación y la Asociación Trabajadores del Estado,<sup>(12)</sup> en el marco de un procedimiento de selección cuyos requisitos e instancias están regulados en el Reglamento del Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación.<sup>(13)</sup>

En adición, se señala que el art. 54 de la ley 20.957 ordena que “todos los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación están sujetos a ser trasladados”<sup>(14)</sup> y que “todo traslado será dispuesto por resolución del ministro de Relaciones Exteriores y Culto y deberá ser cumplido como orden de servicio”.

Consecuentemente, aquellas órdenes de servicio u órdenes de traslado se plasman en un acto administrativo cuya emisión, en cuanto afecta o puede afectar la esfera de los derechos de su destinatario, exigirá la emisión previa de un dictamen proveniente del Servicio Jurídico permanente, en los términos del art. 7º, inc. d, de la ley 19.549.<sup>(15)</sup>

### 2.3. Funcionamiento del Cuerpo de Adscriptos

Mientras presta servicios en el exterior, el personal adscripto desarrolla tareas de apoyo al cuerpo permanente activo del SEN, por lo cual colabora con los funcionarios diplomáticos en las cuestiones técnicas y administrativas, encontrándose subordinado a estos.<sup>(16)</sup> Al respecto, a los adscriptos no les está permitido cumplir las funciones específicas del personal diplomático; carecen de carácter representativo y no integran la lista diplomática de la Misión.

---

(12) Cfr. art. 23 del Reglamento del Cuerpo de Adscriptos.

(13) De acuerdo con el art. 17 del Reglamento del Cuerpo de Adscriptos, la calificación final de cada cursante será considerada, junto con la calificación regular anual y la antigüedad en el Ministerio, para establecer la prioridad para los traslados cuando se trate de la primera asignación de función en el exterior.

(14) Se entiende por traslado el pase de un país a otro y, dentro del mismo país, de una ciudad a otra.

(15) Cfr. Dictámenes 275:031. Si el funcionario adscripto es trasladado desde el exterior a la República antes de cumplir los plazos legales, tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que la medida le cause. En tanto que si el funcionario peticiona voluntariamente regresar a la República antes de cumplir al menos dos años de permanencia en su destino, los gastos que genere su traslado serán a su costa y no tendrá derecho a recibir suma alguna en concepto de gastos o de indemnización, excepto los pasajes de regreso y los gastos de embalaje y flete de sus efectos personales (cfr. art. 56 del decreto reglamentario 1973/86).

(16) Cfr. art. 2º del Reglamento aprobado por resolución 2443, del 30/11/2004.

Sin embargo, una vez que el funcionario adscripto es acreditado en el Estado receptor como “agregado para asuntos administrativos de primera, segunda o tercera clase” (según su categoría administrativa),<sup>(17)</sup> dicho rango se plasma en su pasaporte diplomático y comienza a gozar de las franquicias,<sup>(18)</sup> inmunidades y privilegios que el Estado receptor acuerde en ese sentido. Ello, hasta el momento en que la Representación le comunique a la Cancillería local que el funcionario ha dejado de formar parte de su servicio y aun cuando permanezca en el territorio del Estado receptor, ya que aquellos privilegios no son otorgados a título personal.<sup>(19)</sup>

Por otra parte, conforme el art. 97 de la ley 20.957, al prestar servicios en el exterior, los adscriptos poseen los derechos,<sup>(20)</sup> obligaciones<sup>(21)</sup> y prohibiciones<sup>(22)</sup> establecidos en dicha ley para los funcionarios diplomáticos, dentro de las condiciones que establezca su reglamentación.

Se destacan, entre otros, los derechos a usar el título de la categoría y recibir el tratamiento que esta les acuerda, percibir los sueldos, retribuciones y otras asignaciones que corresponda según su categoría, como así también las retribuciones en concepto de compensación por gastos de vivienda adecuada, subsidio familiar y escolaridad de sus hijos en aquellos destinos que así lo requieran.

---

(17) Cfr. art. 98 de la ley 20.957. Para la acreditación del personal administrativo se siguen procedimientos similares a los utilizados para la acreditación de los funcionarios diplomáticos: solicitud de la acreditación mediante una nota verbal de la Embajada, acompañada de la documentación pertinente (fotocopia del pasaporte, formulario de acreditación de funcionario administrativo, etc.).

(18) Franquicias aduaneras a ser utilizadas por el funcionario y los familiares que habiten con él.

(19) Cfr. art. 120 y concordantes del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas.

(20) Es decir, los derechos previstos en los incisos b, d, e, f, g, h, i, l y m del art. 22 de la ley 20.957.

(21) Aquellos enunciados en los incisos d, i, k, l, m, o, p y q del art. 21 de la ley 20.957.

(22) Cfr. art. 23, incs. a, b, c, e y f de la ley 20.957, que prohíbe al adscripto: intervenir en la política del país extranjero en que desempeñen sus funciones; ejercer actividades comerciales, profesionales o de gestión de intereses privados ajenos o propios en el extranjero; formar parte de directorios o ejercer ningún tipo de comercio, representación, gestión ni funciones de carácter honorario o remuneradas al servicio de firmas comerciales, empresas o intereses extranjeros; prestar servicios en el país extranjero del que fuera originario su cónyuge, con la excepción prevista en el art. 94 de la ley 20.957 y hacer uso indebido de documentos o noticias reservadas, confidenciales o secretas.

Asimismo, está prohibido, salvo autorización expresa: efectuar declaraciones que comprometan la política interna o externa de la República; entablar acciones judiciales o prestar declaración testimonial o efectuar renuncia de su inmunidad de jurisdicción en su lugar de destino, prohibición que alcanza a la familia a su cargo; que su cónyuge y/o las personas a su cargo desempeñen tareas, remuneradas o no, en el país extranjero donde estuvieren destinados.

Además, el adscripto tiene derecho a no permanecer sino por un lapso limitado en destinos considerados como peligrosos o insalubres (de "régimen especial") y a ser indemnizado por los daños y perjuicios personales o patrimoniales sobre sus bienes muebles, que sufrieren ellos o sus familiares por causas que no provinieren de su negligencia o imprevisión y ocurrieren en ocasión de prestar funciones en el exterior.

Asimismo, las obligaciones a su cargo se relacionan con la naturaleza de las funciones que presta: defender el prestigio, la dignidad y los intereses de la Nación; preservar la inviolabilidad de toda documentación reservada, secreta y confidencial; no abandonar su puesto y continuar prestando servicios en caso de renuncia, hasta que la misma sea aceptada y se haya puesto en posesión del cargo a su reemplazante; respetar el orden jurídico y las costumbres vigentes en el lugar de destino y efectuar las correspondientes rendiciones de cuentas de los fondos que recibiere, entre otras.

Por último, mientras no presta servicios en el exterior, el personal adscripto se desempeña en la Cancillería, y su vínculo laboral se encuentra sometido, exclusivamente, al Régimen de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, establecido en la ley 25.164 y su decreto reglamentario 1421/2002 y modificatorios.

#### **2.4. Coordinación de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación**

El Cuerpo de Adscriptos cuenta con la permanente asistencia y orientación de la Coordinación de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación,<sup>(23)</sup> área dependiente de la Dirección de Desarrollo de Recursos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto que brinda su asesoramiento, en especial durante la permanencia del personal en el exterior y, particularmente, en temas vinculados a su desempeño profesional, al desarraigo y al desarrollo normal de sus relaciones familiares o laborales, en coordinación con la Dirección de Salud de la Jurisdicción.

Por otra parte, respecto de la rotación del personal, esa coordinación propone el Plan Anual de Traslados para el Personal Adscripto al Servicio Exterior de la Nación, de acuerdo con los requerimientos de las representaciones argentinas en el exterior y según los criterios propuestos por la jurisdicción, como así también se expide –en particular– sobre la cobertura de las vacantes necesarias.

---

(23) Cfr. decisión administrativa 70, 10/02/2020.

### 3. Los empleados locales

#### 3.1. Normativa aplicable a la contratación de personal local

Las representaciones argentinas en el exterior, como órganos que integran el Sector Público Nacional, están sometidas administrativa y presupuestariamente a la legislación nacional.

Sin embargo, la contratación de personal *in loco* entre los nacionales y domiciliados en el Estado receptor a efectos de desempeñar tareas en sus oficinas o residencia oficial se rige por la legislación vigente de ese Estado, por aplicación del principio de territorialidad y sin perjuicio de aquellas disposiciones en materia de derecho internacional o administrativo y presupuestario que deban cumplirse en la tramitación de las actuaciones administrativas correspondientes.

Es decir, las condiciones específicas de la contratación y los derechos y obligaciones que asumen las partes intervinientes en aquel vínculo contractual no se encuentran sometidos a la legislación laboral argentina, sea esta de derecho público o privado, sino a la legislación vigente del lugar de celebración y cumplimiento del contrato, es decir, a la legislación extranjera (local), como así también a los usos y costumbres del lugar de ejecución.

En lo que aquí interesa, desde el punto de vista de la legislación nacional resultan de aplicación:

- a) el Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina (en adelante, Reglamento para las Representaciones Diplomáticas);<sup>(24)</sup>
- b) el Reglamento Consular (en adelante, Reglamento Consular);<sup>(25)</sup>
- c) las Normas Generales para la gestión administrativo-financiera de las Representaciones argentinas en el exterior, aprobadas por la resolución 811/14;<sup>(26)</sup> y
- d) el Manual de Procedimientos para la tramitación de altas, bajas y modificaciones de empleados locales en las Representaciones Argentinas en el Exterior, aprobado por la resolución 614, del 9 de diciembre de 2015, del entonces Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y sus modificatorias.<sup>(27)</sup>

---

(24) Puesto en vigencia por decreto 7743, del 17/09/1963.

(25) Aprobado por decreto 8714, del 03/10/1963.

(26) Aprobadas como Anexo a la resolución 811, del 23/12/2014, del entonces Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

(27) El Manual de Procedimientos para la tramitación de altas, bajas y modificaciones de empleados locales en las Representaciones Argentinas en el Exterior define como "puesto

Por su parte, sobre las leyes y reglamentos del Estado receptor que resulten de aplicación al caso concreto –dado que el análisis de la legislación extranjera resulta ajeno al ámbito de competencias del Servicio Jurídico permanente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto– resulta obligatorio que la representación argentina recabe la opinión de un profesional del foro local en cuanto a la legalidad del contrato y sus implicancias sociales, previsionales e impositivas de acuerdo con la legislación local.<sup>(28)</sup>

### 3.2. Requisitos para la contratación de empleados locales

La contratación de un empleado local en el exterior requiere la acreditación de presupuestos habilitantes que surgen de la normativa nacional aplicable, a saber:

- 1) la satisfacción de razones de interés público;
- 2) la existencia de crédito presupuestario; y
- 3) la autorización de las áreas competentes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.<sup>(29)</sup>

En ese sentido, el art. 83 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas establece que “[e]n los casos en que razones de necesidad o utilidad para el servicio lo hagan aconsejable y los fondos asignados a la Representación lo permitan, el Jefe de Misión podrá nombrar empleados para trabajos de oficina, de maestranza o de servicio”.

Por su parte, el art. 23 del Reglamento Consular dispone que “[c]uando las necesidades del servicio lo justifiquen, los funcionarios titulares podrán contratar servicios de personal auxiliar en las oficinas a su cargo, previa autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”. En función de ello, la máxima autoridad de una representación argentina en el exterior<sup>(30)</sup> deberá comunicar la necesidad de contratar un empleado local cursando su solicitud a las autoridades competentes del Ministerio de Relaciones

---

de trabajo de personal local” a la posición laboral a la cual se le atribuye un conjunto de tareas que requieran un perfil administrativo, técnico, profesional (entre otros) para desarrollarlas, en el marco de la legislación laboral vigente (cfr. apartado Aclaraciones Previas del Manual de Procedimientos para la tramitación de altas, bajas y modificaciones de empleados locales en las Representaciones Argentinas en el Exterior” (v. apartado 2, Introducción).

(28) Conforme el art. 138 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014.

(29) De acuerdo con el art. 24 del Reglamento Consular, “[s]i las exigencias funcionales requieren la inmediata prestación de servicios del personal a que se refiere el artículo anterior, podrán estos desempeñarse provisoriamente hasta tanto se reciba la correspondiente autorización de la Cancillería”.

(30) Jefe de misión; encargado de negocios.

Exteriores, Comercio Internacional y Culto,<sup>(31)</sup> informando las razones del requerimiento y el costo total involucrado en la eventual medida.<sup>(32)</sup>

Así, la propuesta de contratar a un empleado local, si bien se trata de una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia, requiere estar fundada en la necesidad de reemplazar un vínculo contractual que ha concluido, supuesto denominado “desdoblamiento de vacante”<sup>(33)</sup> o de aumentar la dotación de empleados locales ya existente por razones atinentes a las funciones que desarrolla en esa oportunidad la representación argentina en el exterior.<sup>(34)</sup> A su turno, las áreas competentes tendrán a su cargo certificar la existencia de crédito suficiente para afrontar el gasto que demande la contratación en las partidas presupuestarias correspondientes.<sup>(35)</sup>

En cuanto a los requisitos que deben satisfacer los aspirantes a postularse a cubrir una vacante en una representación argentina en el exterior, la normativa vigente dispone que, como mínimo,

- a) deben poseer residencia en el Estado receptor, sean o no nacionales de este;<sup>(36)</sup>
- b) en el caso de las oficinas consulares, ser preferentemente argentinos nativos, por opción o naturalizados; tener pleno goce de los derechos

---

(31) Conforme el decreto 50/2019, la atribución se ha conferido a la Secretaría de Coordinación y Planificación Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

(32) Art. 134 del Anexo a la resolución ministerial 811/14: “Toda incorporación de personal local deberá ser solicitada por la máxima autoridad de la Representación a la SUBSECRETARÍA LEGAL, TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA o la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL y deberá contener la siguiente información: 1. Fundamentación de la necesidad de incorporación de personal local; 3. Costo total que aparezca la incorporación –discriminado en haberes, aportes, contribuciones, etc.– y, en caso de reemplazo, la diferencia a abonar en más o en menos como resultado de la nueva incorporación, expresado en DÓLARES ESTADOUNIDENSES y en moneda de pago...”

(33) Por renuncia, fallecimiento, retiro o jubilación. Cfr. el Manual de Procedimientos para la Tramitación de Altas, Bajas y Modificaciones de empleados locales contratados en las Representaciones Argentinas en el Exterior, que entiende por “desdoblar una vacante” a la creación de una segunda vacante financiada total o parcialmente con el valor de la vacante inicial y que puede resultar con igual o menor jornada laboral.

(34) Conforme el Manual de Procedimientos para la Tramitación de Altas, Bajas y Modificaciones de empleados locales contratados en las Representaciones Argentinas en el Exterior, el procedimiento de “creación de vacantes” se inicia cuando una Representación argentina en el exterior requiere una nueva vacante para la contratación de un empleado local con carácter temporal o permanente. Además, el citado Manual prevé el procedimiento de incorporación de un empleado local para cubrir una vacante que ya fue autorizada.

(35) El art. 87 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina dispone que “[l]as diversas remuneraciones correspondientes a estos empleados serán imputadas a la partida para gastos de sostenimiento de la Representación”.

(36) Cfr. art. 83 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina.

civiles y políticos; presentar certificado de buena conducta emitido por la autoridad local correspondiente y de su anterior empleador y, en su caso, aprobar un examen de ingreso;<sup>(37)</sup>

- c) completar y firmar una ficha personal y el proyecto de contrato de trabajo a suscribirse para consideración de las áreas sustantivas de la jurisdicción.<sup>(38)</sup>

### 3. 3. Condiciones del vínculo contractual

Entre los aspectos más relevantes de esta categoría contractual se destaca que los empleados locales no revisten el carácter de empleados públicos. Si bien el personal local mantiene una relación de empleo con la representación argentina, no se le reconoce vínculo contractual alguno con el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto o con el Estado nacional, ni son considerados “empleados públicos” del Estado nacional. Así, lo expresa el art. 85 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina al establecer que “[l]as personas nombradas en las condiciones del presente reglamento se considerarán empleados de la Representación diplomática, aunque sin reconocérseles la condición de empleado público del Estado argentino”.

En cuanto a sus formalidades, el documento contractual que suscriban la máxima autoridad de una representación argentina en el exterior y el empleado local requiere que sea celebrado por escrito, respetando las leyes locales y con la opinión legal de un profesional del foro local que así lo dictamine.<sup>(39)</sup> Ante la eventual imposibilidad jurídica de su perfeccionamiento por escrito, el art. 137 del Anexo a la resolución 811/2014 dispone que “[s]i legislación local prohibiera la formalización de contratos de trabajo por escrito, el dictamen profesional deberá dejar constancia expresa de tal impedimento y detallará las condiciones jurídicas de la relación laboral”.

En cuanto al tipo de prestaciones que puede brindar un empleado local, son las relativas al funcionamiento de las oficinas diplomáticas o consulares; es decir, se desempeñan como asistentes administrativos,

---

(37) Cfr. art. 23 del Reglamento Consular. El certificado de antecedentes penales con su respectiva traducción al español es requerido, además, por el art. 136 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014.

(38) Cfr. art. 136 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014.

(39) Conforme el art. 137 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014. Sobre la forma escrita del contrato, el art. 90 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina establece que “todo empleado encuadrado en alguno de los supuestos previstos en los artículos precedentes, deberá antes de ser puesto en posesión de su empleo, firmar una constancia de que ha sido informado de las condiciones de trabajo y de los beneficios sociales que se le otorgarán conforme a la situación en que se encuentre”.

contables o técnicos o a las tareas de mantenimiento y conservación de los locales diplomáticos<sup>(40)</sup> y consulares<sup>(41)</sup> como también de la residencia oficial, incluidos los trabajos de maestranza o de servicio<sup>(42)</sup> tales como choferes, cocineros, personal de limpieza, entre otros. Sobre este punto, resulta oportuno destacar que la normativa vigente prohíbe la intervención de los empleados locales en asuntos del servicio que competan exclusivamente al funcionario consular;<sup>(43)</sup> tampoco podrán enterarse o tomar intervención directa en asuntos de índole “secreta”, “confidencial” o “reservada”.<sup>(44)</sup>

En relación con los aspectos económicos de la contratación, los montos y conceptos que integran la remuneración de un empleado local se sujetan, en principio, a la legislación laboral y a los usos y costumbres del lugar de ejecución del contrato, pero también a las aprobaciones presupuestarias de la Jurisdicción.

En los términos de la normativa aplicable, la remuneración a percibir por el empleado local será “acorde con el ‘estándar’ de sueldos y salarios vigentes, o de práctica para tareas análogas, en la ciudad asiento de la Representación”.<sup>(45)</sup> Sentado ello, en la gestión de cada procedimiento de contratación de un empleado local compete a la máxima autoridad de la

---

(40) Se consideran locales de las misiones diplomáticas a los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión – incluyendo la residencia del jefe de la misión–, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos, conforme el art. 1º de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

(41) Se consideran locales de las misiones consulares a los edificios o las partes de los edificios y el terreno contiguo que, cualquiera que sea su propietario, se utilicen exclusivamente para las finalidades de la oficina consular, conforme el art. 1º de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

(42) Véase art. 83 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina: “En los casos en que razones de necesidad o utilidad para el servicio lo hagan aconsejable y los fondos asignados a la Representación lo permitan, el Jefe de Misión, podrá nombrar empleados para trabajos de oficina, de maestranza o de servicio”. Mientras que el art. 23 del Reglamento Consular establece: “Cuando las necesidades del servicio lo justifiquen, los funcionarios titulares podrán contratar servicios de personal auxiliar en las oficinas a su cargo”.

(43) Cfr. art. 25 del Reglamento Consular.

(44) Véase art. 91 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina.

(45) Asimismo, de acuerdo con los arts. 26 y 27 del Reglamento Consular, prescribe que “[l]as retribuciones de los auxiliares de oficina serán fijadas por el funcionario titular y atendidas con fondos de la partida asignada para gastos de sostenimiento de la oficina consular y que (...) podrán ser adecuadas por el funcionario titular a las condiciones y costo de vida locales, pero no podrán ser disminuidas sin causa justificada y previo conocimiento de la Cancillería”.

representación argentina en el exterior estimar la remuneración y discriminar su costo total en “haber, contribuciones y aportes patronales”.<sup>(46)</sup>

En lo que atañe a los incrementos en las remuneraciones, solo procederán en caso de incrementos salariales establecidos legalmente en el Estado receptor: variaciones del poder adquisitivo de la moneda de curso legal local y reconocimiento de méritos en el desempeño de las funciones o incentivos destinados a mejorar el rendimiento operativo del personal.

En caso de propiciarse el distracto laboral, la máxima autoridad de la representación debe acreditar los motivos de la desvinculación, requisito exigido por la normativa vigente, que no admite prescindir de los servicios de los auxiliares de oficina, sin razones fundadas.<sup>(47)</sup>

En ese sentido, conforme con el art. 142 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014, un procedimiento de baja puede encuadrarse en razones relativas a reducciones presupuestarias; a causas justificadas; al vencimiento del plazo contractual acordado; a la renuncia o fallecimiento del empleado u a otros motivos que no estuvieran contemplados expresamente en la normativa vigente.

Tratándose de despidos –sean estos justificados o no– que puedan dar origen a la obligación de pagar indemnizaciones por parte de la representación argentina en el exterior, se requerirá un dictamen de profesional del foro local que avale el cálculo efectuado, con indicación de la normativa aplicada o la jurisprudencia confirmatoria de la suma indemnizatoria propuesta.<sup>(48)</sup>

Finalmente, cabe destacar que los cónyuges de funcionarios diplomáticos o no diplomáticos que se desempeñen en la respectiva representación, o sus parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, no pueden incorporarse a aquella en carácter de personal local (cfr. art. 141 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014).

#### **4. Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación**

A continuación, se citarán pronunciamientos del Máximo Órgano Asesor sobre el alcance de la normativa reseñada en casos concretos sometidos a su consideración por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

---

(46) Véase apartados 2 y 3 del art. 134 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014.

(47) Cfr. 28 del Reglamento Consular.

(48) Cfr. art. 143 del Anexo a la resolución ministerial 811/2014.

## 4.1. Dictámenes sobre el Cuerpo de Adscriptos al Servicio Exterior de la Nación

4.1.1. Derecho a indemnización por daños en ocasión de sus funciones en el extranjero (Dictámenes 242:127, 2002)

Se consultó al Máximo Órgano Asesor acerca de la procedencia de indemnizar a una funcionaria que prestaba servicios en una embajada argentina por los daños que decía haber sufrido en su automóvil particular, en el marco de una misión oficial, en los términos de los arts. 21, inc. p,<sup>(49)</sup> y 22, inc. i,<sup>(50)</sup> de la ley 20.957.

La funcionaria reclamaba la reparación de los daños derivados del siniestro sufrido por su automóvil particular al ser utilizado en una misión oficial. Oportunamente, había omitió declarar la adquisición del vehículo e incorporarlo a su patrimonio para que la Jurisdicción tomara conocimiento de su existencia. Con posterioridad al siniestro, la funcionaria procedió a su venta y reclamó la diferencia existente entre el precio de compra del automotor y lo percibido por su disposición como “chatarra”.

De los antecedentes surgía que la funcionaria había omitido cumplir su obligación de mantener actualizado el inventario de su patrimonio en el exterior y ello afectaba su derecho a solicitar la reparación por los daños que sufrieren sus bienes no informados, al incumplirse un requisito insoslayable destinado a que la representación hubiese tomado conocimiento de su existencia. En ese orden, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo la improcedencia del reclamo en los siguientes términos:

De las normas parcialmente transcriptas surgen claramente los extremos que deben verificarse para acceder a una reclamación indemnizatoria como la que aquí se pretende. En efecto, existe un claro y terminante deber del agente de

---

(49) Véase art. 21 de la ley 20.957: “Son derechos de los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación con arreglo a las disposiciones legales que lo reglamenten, sin perjuicio de otros establecidos en la legislación nacional (...) i) Ser indemnizados por los daños y perjuicios personales o patrimoniales sobre sus bienes muebles que hubieren sufrido, ellos o los miembros de su familia, por causas que no provinieren de negligencia o imprevisión del funcionario y en ocasión de sus funciones en el exterior, para lo cual deberán haber presentado previamente a la Cancillería el inventario de sus bienes, muebles, sujeto a la reglamentación que se dicte al efecto”.

(50) Véase art. 22 de la ley 20.957: “Son obligaciones de los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, con arreglo a las disposiciones legales que las reglamenten, y sin perjuicio de otras establecidas en la legislación nacional, instrumentos internacionales, los usos y las costumbres internacionales: (...) p) Declarar bajo juramento los bienes que poseyeran y las modificaciones que experimentare su patrimonio”.

efectuar un inventario de sus bienes muebles, el que, obviamente, debe estar permanentemente actualizado a fin de que la autoridad administrativa pueda conocer en todo momento el patrimonio del agente y el valor de los bienes que lo integran.

(...) las disposiciones reseñadas obligan, incluso, a que el detalle de los bienes a trasladar al exterior sea efectuado por la propia empresa transportadora, de manera tal que los bienes que allí se indiquen sean los mismos que arriben al lugar de destino –es decir, que aquéllos se correspondan con estos últimos– contemplando para el supuesto de la adquisición de nuevos bienes, ya en el exterior, la permanente actualización del inventario y la carga del funcionario de denunciar esas nuevas adquisiciones.

De ello se desprende que los deberes de la remisión del inventario de bienes y de la actualización mediante la denuncia de adquisición de nuevos bienes en el exterior actúan, así, como requisito de cumplimiento insoslayable para formular un eventual reclamo indemnizatorio por los daños que ellos sufrieran.

#### 4.1.2. Plazo de permanencia en destino (Dictámenes 304:101, año 2018)

La Jurisdicción consultó en relación con el recurso interpuesto por un adscripto al Servicio Exterior de la Nación contra una resolución que disponía su traslado desde una representación argentina en el exterior a la República, a criterio de aquel, de manera arbitraria y en contravención a las disposiciones vigentes.

El funcionario se agraviaba por entender que se había ordenado su regreso al país mediante un acto administrativo que no fundamentaba las razones de dicha decisión, y lo consideró contrario a las leyes 20.957 y 19.549. Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que “[a] no existir un derecho adquirido a la permanencia en el destino asignado, la autoridad competente, en ejercicio de sus atribuciones de conducción de la política administrativa del organismo, pudo disponer válidamente del traslado cuestionado”.

Al respecto, sostener que la resolución 412/2012, dictada en los términos de la normativa arriba indicada, otorgó un derecho a la recurrente implicaría cercenar las facultades que la Administración tiene para la reorganización de los recursos humanos a su cargo en orden a las necesidades del servicio y del interés general”.

#### 4.1.3. Derecho a reintegro por gastos médicos: concepto de familia (Dictámenes 321:122, 2022)

Se consultó con relación a la presentación realizada por la Delegación General de la Unión del Personal Civil de la Nación de la Cancillería respecto a la viabilidad de incluir, dentro de la definición de familia del art. 92 de la ley 20.957, a los hijos mayores de edad que cursen estudios regulares, mientras su madre y/o padre presten funciones oficiales en el exterior.

Ello, debido a la solicitud de una adscripta al Servicio Exterior de la Nación para que se le reintegren las erogaciones médicas –conforme los procedimientos del art. 87 de la ley 20.957<sup>(51)</sup> por las prestaciones realizadas a su hijo mayor de edad mientras cumplía funciones en un consulado.

La consulta involucraba la necesidad de actualizar la citada definición de familia, del mismo modo que –oportunamente– se había hecho para el supuesto del/la cónyuge con relación a la unión civil, a consecuencia del criterio sentado en dictámenes 295:096.

En ese sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que

... la definición del artículo 92 de la Ley N° 20.957 debe entenderse ampliada, en cuanto a la cobertura de salud de los funcionarios del SEN y su núcleo familiar, por la contenida en el artículo 9° de la Ley N° 23.660, toda vez que la obligación legal del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto –prevista en el artículo 87 de la

---

(51) Véase art. 87 de la ley 20.957: “I.- El Ministerio (...) deberá contratar el o los pertinentes seguros de salud a efectos de dar cabal cumplimiento con lo establecido en el art. 87 de la Ley 20.957. A tal fin se utilizarán los aportes que efectúan los funcionarios y adscriptos del Servicio Exterior de la Nación mientras cumplan funciones en el exterior y lo que deba aportar el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. II.- De existir destinos que no puedan ser cubiertos por seguros médicos, y en aquellos rubros que se encuentren excluidos de la cobertura a través de seguros médicos, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto reintegrará el cien por ciento de los gastos no cubiertos. (...) V.- Si la lesión o enfermedad hubiera sido contraída por un miembro de la familia del funcionario, según se la define en el artículo 92 de la Ley, por causa o en ocasión del desempeño de las funciones del agente, se extenderán a ese familiar los beneficios previstos en el presente artículo”.

Ver, asimismo, la opinión de la PTN en materia de seguro de salud, en Dictámenes 237:529: “a) El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto debe (...) cumplir lo dispuesto por el artículo 87, apartado 1 del Decreto No 1973/76, sustituido por el Decreto No 2428/93, y en consecuencia contratar el seguro de salud; b) Para la financiación de dicho seguro deben afectarse los aportes y contribuciones dispuestos por las Leyes N° 23.660 y N° 23.661; c) Hasta tanto se contrate el seguro de salud, los aportes y contribuciones dispuestos por la Ley N° 23.660 podrán destinarse al pago de reintegros médicos. 2. Debo agregar, por último, a título de colaboración, que en oportunidad de celebrarse el contrato de seguro de salud, habría de preverse la cobertura de los familiares a cargo del agente que permanezcan en la República Argentina, así como también la del funcionario y la de su grupo familiar cuando regresen al país, por el tiempo que resulte necesario para volver a afiliarlos a la respectiva obra social”.

ley N° 20.957- ha sido cubierta a través del aludido régimen de Obras Sociales que constituye una norma especial y posterior en la materia.

Carecería de coherencia y resultaría desigualitario aceptar que ciertos integrantes de la familia de un funcionario del SEN se encuentren cubiertos por el sistema de salud mientras el agente cumple servicios en el país; y que pierdan la cobertura cuando aquel fuese destinado al exterior. En este sentido, se tornaría insostenible que en un mismo régimen de cobertura de salud conviviesen, al menos a estos efectos, dos definiciones del término familia. Una, cuando un funcionario y su grupo familiar viven en el país; y otra, cuando ese mismo funcionario fuese destinado a cumplir servicios en el exterior.

Máxime cuando, a tenor de lo dispuesto en el inciso e) del artículo 24 de la Ley N° 20.957, salvo autorización expresa, el cónyuge y las personas a cargo de los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación tienen prohibido desempeñar tareas remuneradas o no en el país extranjero donde estos estuvieren destinados.

## **4.2. Dictámenes sobre empleados locales**

### **4.2.1. Obligación de indemnizar en caso de retiro voluntario (Dictámenes 67:35, 1958)**

Se sometió a consideración la pertinencia de indemnizar a una empleada local que había cesado en el desempeño de sus tareas en una embajada como consecuencia de su retiro voluntario. Ello se dio en el marco de la entonces Ley 12.951 del Servicio Exterior de la Nación y del entonces Reglamento Consular, aprobado por decreto 12.354/1947. La consulta tenía por objeto determinar si resultaba de aplicación la normativa nacional en materia de empleo público al vínculo contractual con los empleados contratados en el exterior.

En primer término, se destacó que los empleados locales no integran el cuerpo de agregados laborales del Servicio Exterior de la Nación, por lo que, consecuentemente, no les resulta de aplicación a su vínculo laboral la normativa sobre empleo público, ni les alcanza la protección brindada por esa norma.

El Máximo Órgano Asesor opinó que

... por no encontrarse comprendidos entre el personal administrativo destacado en el exterior (art. 70 y sgtes. de la ley

citada), no les alcanza la protección específica que aquella ley y su reglamentación depara a dichos empleados. Tampoco se encuentran incluidos en el estatuto del Personal Civil de la Administración Pública, desde que el art. 2° inc. a), excluye al personal comprendido en la ley 12.951, sin distinciones, por lo que debe entenderse que se refiere tanto al administrativo destacado en el exterior, como al consular designado en las señaladas condiciones.

En lo que aquí interesa, se destacó que las condiciones contractuales aplicables al personal local surgen de la normativa laboral del Estado receptor y/o de los usos y costumbres locales aplicable en esa materia, quedando excluida la aplicación de la legislación argentina. Así se ha dicho que

... a dichos empleados puede alcanzarles la protección de las leyes locales, siempre que se encuentren comprendidos en sus disposiciones, para cuya apreciación, por razones obvias, reviste especial importancia la información que al respecto puedan proporcionar los representantes diplomáticos competentes, sea en cuanto a la determinación de la ley local vigente, como en lo referente a su aplicación o alcance, conforme a la doctrina y jurisprudencia del lugar.

Para concluir, sobre el alcance de la obligación indemnizatoria de la representación argentina se opinó que “el empleado, o bien tiene derecho a ser indemnizado conforme a la ley del lugar, o no tiene derecho a indemnización alguna, pues ha quedado demostrado que no está comprendido en las leyes de la Nación Argentina a ese efecto”.

#### 4.2.2. Obligación de indemnizar en caso de despido con causa (Dictámenes 090:352, año 1964)

Se solicitó opinión relativa al reclamo por una indemnización por despido, formulado por un ex empleado de la Delegación Argentina de Inmigración en Europa, con funciones en la ciudad de Génova, Italia.

Sobre el punto, la Procuración del Tesoro de la Nación afirmó, en primer término, que el “prestigio de la Nación y elementales principios de ética administrativa impiden que el Estado se beneficie en perjuicio de legítimos derechos de terceros, máxime si se trata de extranjeros” (dictámenes, Tomo 60, p. 170).

Más adelante, precisó la legislación aplicable para el supuesto de despido causado de un empleado local, como así también los aspectos prácticos

implicados en la determinación del monto indemnizatorio, en los siguientes términos:

... a dichos empleados puede alcanzarlos la protección de las leyes locales, siempre que se encuentren comprendidos en sus disposiciones, para cuya apreciación, por razones obvias, reviste especial importancia la información que al respecto puedan proporcionar los representantes diplomáticos competentes, sea en cuanto a la determinación de la ley local vigente, como en lo referente a su aplicación o alcance, conforme con la doctrina y jurisprudencia del lugar.

A lo que se agregó que “para determinar el monto de la indemnización a pagar, debe seguirse el procedimiento de la ley local”.

#### 4.2.3. Aplicación del derecho argentino: relaciones de empleo (Dictámenes 131:423, año 1974)

Respecto de los empleados locales –cualquiera fuera su nacionalidad– que realizaban tareas similares a las de los empleados administrativos y técnicos en las oficinas de las embajadas, se consultó si les resultaba de aplicación a su situación el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional. Al respecto, en primer término, la Procuración del Tesoro de la Nación señaló que el principio de igualdad ante la ley no impone un tratamiento similar de los distintos contratos laborales en tanto las diferencias sean razonables y respondan a situaciones jurídicas o de hecho diferentes.

Luego sostuvo que una empleada local

... por no ser empleada pública a los efectos del estatuto pertinente argentino, no disfrutaría de la estabilidad de los empleados públicos argentinos y tampoco se le aplicaría nuestra reciente ley de contrato de trabajo N° 20.774, en atención a su artículo segundo, párrafo tercero, inciso a).

Sobre la mencionada ley laboral, agregó que para considerarla aplicable al vínculo laboral de marras, “habría que incluir al personal administrativo y técnico contratado “*in loco*” en la ley 20.744 y luego estipular en los contratos de trabajo la aplicación del Derecho Laboral argentino”. Finaliza destacando que esta solución, por supuesto, no sería viable si se tratase de contratos laborales sujetos a los tratados de Montevideo de 1889 y 1939/1940, ya que el art. 5° del Protocolo adicional excluye expresamente la autonomía de la voluntad de las partes. Entre tanto, hay que aplicar el derecho laboral del Estado receptor.

#### 4.2.4. Naturaleza jurídica del vínculo laboral: relación con el Estado nacional (Dictámenes 124:172, año 1996)

En este caso, con motivo del cierre del consulado argentino en la ciudad de San Francisco, Estados Unidos de América, se consultó acerca de la obligación de indemnizar al personal local. En este pronunciamiento, el Alto Órgano Asesor enunció los tópicos que permiten definir la naturaleza del vínculo contractual entre una representación argentina y un empleado local, a saber:

- 1) la legislación aplicable al vínculo contractual;
- 2) la condición de no empleados públicos de los empleados locales; y
- 3) la exclusión del Estado argentino como parte de los vínculos contractuales con empleados locales.

A continuación, la Procuración del Tesoro de la Nación entendió que los empleados contratados *in loco* por las representaciones diplomáticas o consulares de la República en el exterior no son empleados públicos del Estado argentino, sino empleados de cada Representación. Para arribar a esa conclusión se sostuvo que dichos empleados

... dependen del Jefe de la Misión y podrán ser removidos por este en los supuestos previstos en el artículo 86 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas, entre los cuales se encuentran razones de servicio y economía. Sus remuneraciones son imputadas a la partida para gastos de sostenimiento de la Representación, y se fijan acorde con el “estándar” de sueldos y salarios vigentes o de práctica para tareas análogas en la ciudad, asiento de la Representación (conf. Arts. 23 a 28 del Reglamento Consular y arts. 83 a 87 del “Reglamento para las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina.

Asimismo, agregó que en virtud de los arts. 83, 85, 87 y 88 del Reglamento para las Representaciones Diplomáticas, arts. 33, ap. 1° a 3°, y 37, ap. 3°, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y arts. 23, 26, 27 y 28 del Reglamento Consular, aquellos vínculos laborales se encuentran sujetos a la legislación laboral del Estado receptor.

Por último, en cuanto al alcance de la obligación de indemnizar concluyó que: “El empleado, o bien tiene derecho a ser indemnizado conforme a la ley del lugar, o no tiene derecho a indemnización alguna, pues ha quedado demostrado que no está comprendido en las leyes de la Nación Argentina a ese efecto” (Dictámenes: 67:35).

## 5. Conclusiones

A modo de conclusión, recordemos que las representaciones argentinas en el exterior son órganos desconcentrados en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, que forman parte de la Administración Central y por ello integran el Sector Público Nacional. Asimismo, cabe señalar que en el ámbito de la Administración Pública Nacional, las modalidades de acceso a la prestación de servicios en una entidad del Sector Público Nacional se encuentran expresamente reguladas en la legislación nacional, a saber: la planta permanente o temporaria, los contratos por tiempo determinado, las pasantías, etcétera.

Con ese marco, y en virtud del recorrido normativo y pronunciamientos de la Procuración del Tesoro de la Nación aquí reseñados, podemos establecer que la diferencia sustancial entre el personal adscrito al Servicio Exterior de la Nación y el personal local radica en la legislación aplicable al vínculo contractual y la existencia –o no– de una relación con el Estado argentino.<sup>(52)</sup>

Como hemos expuesto, la relación laboral del personal adscrito al Servicio Exterior de la Nación es, con el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, de derecho público desde que reviste en su planta permanente; en tanto que el vínculo contractual entablado por el empleado local con la representación argentina en el exterior es de derecho privado, es decir, nunca será de empleo público o implicará una relación jurídica con el Estado argentino o la Jurisdicción competente en la materia.

En cuanto al régimen legal, los derechos y obligaciones del personal adscrito al Servicio Exterior de la Nación se encuentran establecidos en la normativa de derecho público que regula el Sistema Nacional de Empleo Público; en cambio, el vínculo laboral del empleado local, sus derechos y obligaciones se encuentran sometidos, por el principio de territorialidad, a la legislación del lugar de asiento de la representación argentina en la que se desempeña, es decir, a la normativa laboral del Estado receptor (ley extranjera).

Por último, resulta relevante destacar que, en caso de incumplimiento en el ejercicio de sus funciones, el personal adscrito será pasible de la aplicación de las medidas disciplinarias que pudieran corresponder de acuerdo con el Régimen de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164 y su decreto reglamentario 1421/2002 y

---

(52) Sin perjuicio de las diferentes tareas a su cargo.

modificatorios), bajo el procedimiento establecido por el Reglamento de Investigaciones Administrativas, decreto 456/2022, y con la obligatoria intervención del servicio jurídico permanente de la Jurisdicción.

En tanto que ante el incumplimiento del empleado local, por dolo o culpa, de los términos de su contrato laboral, toda decisión del empleador (la representación argentina) que pudiera repercutir sobre dicho vínculo laboral estará sometida a las disposiciones de la legislación extranjera aplicable en la materia y requerirá del consejo legal de un abogado del foro local a fin de evaluar los cursos de acción disponibles, entre los cuales se encontrarían la aplicación de sanciones, el distracto, etc. En dicho supuesto, en principio, no resultan aplicables las previsiones contenidas en el art. 16 de la Ley 12.954 de Creación del Cuerpo de Abogados del Estado o en el art. 66 de la ley 24.946, en la medida que, al asesorar, dicho profesional no representa ni patrocina los intereses de la República ante tribunales extranjeros como servicio de asistencia al citado Cuerpo.<sup>(53)</sup>

---

(53) Art. 16 de la ley 12.954: “Ninguna repartición nacional podrá nombrar asesor letrado ni otra clase de funcionario que específicamente ejerza función para la que precise el título de abogado, sin oír previamente a la Dirección del Cuerpo de Abogados del Estado”.

Art. 66 de la ley 24.946: “A los efectos de dar cumplimiento al artículo 27 –primera parte– de esta ley, salvo los casos en que por ley se autorice un régimen especial, el Estado nacional y sus entes descentralizados serán representados y patrocinados ante los tribunales judiciales y organismos jurisdiccionales y administrativos nacionales y locales, por letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías, reparticiones o entes descentralizados (...) Cuando situaciones excepcionales o casos especiales lo hagan necesario, tal representación, podrá ser ejercida por otros abogados contratados como servicio de asistencia al Cuerpo de Abogados del Estado, previo dictamen favorable del Procurador del Tesoro de la Nación”.

# Triangulaciones entre empresas vinculadas

## Estado actual de la cuestión

*Matías M. Mendy*

*Letrado en la Dirección de Asesoría Legal Aduanera de la AFIP  
Correo electrónico: mmendy@afip.gob.ar*

*Tristán O. Conde*

*Director de la Dirección de Asesoría Legal Aduanera de la AFIP  
Correo electrónico: tconde@afip.gob.ar*

**Cómo citar este artículo:** Mendy, M. M. y Conde, T. O. (2024). Triangulaciones entre empresas vinculadas. Estado actual de la cuestión. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 85 a 110. ISSN 2796-8642.

**Resumen:** Un gran porcentaje del comercio internacional se lleva a cabo entre empresas vinculadas, lo que obliga a la Aduana a fiscalizar el valor de la mercadería y los precios declarados a fin de constatar si los mismos son genuinos y no han sido influenciados por la vinculación, o si resultan manipulados y nocivos, siendo perjudiciales para el país, tanto desde un punto de vista fiscal como cambiario. Se analiza la infracción de declaración inexacta en los supuestos de ventas sucesivas –tanto en importaciones como en exportaciones– entre empresas vinculadas (triangulaciones), prevista en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

En primer lugar, se realiza un repaso de la infracción de declaración inexacta, contemplada en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero. Luego se reseña la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación y de las distintas salas de la Cámara Contencioso Administrativo Federal. Posteriormente, se estudia el fallo “Pioneer” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se examinan ciertas cuestiones a tener en consideración. Finalmente, se esbozan las conclusiones, en el entendimiento de que la controversia sigue abierta.

**Palabras clave:** Comercio internacional; empresas vinculadas; infracciones aduaneras; fallo “Pioneer”.

**Abstract:** A large percentage of international trade is carried out between related companies, which leads Customs to inspect of the merchandise and the declared price, in order to verify whether they are genuine and were not influenced by the link, or whether they are manipulated and harmful, being detrimental to the country, both from a tax and exchange point of view.

In this work, the violation of inaccurate declaration is analyzed in the cases of successive sales –both in imports and exports– between related companies (triangulations), which is provided for in article 954, paragraph c, of the Customs Code. Firstly, a review of the infringement of inaccurate declaration is carried out, specifically, the case contemplated in article 954, paragraph c, of the Customs Code. Then, the jurisprudence on the matter of the National Tax Court and the different chambers that make up the Federal Administrative Litigation Chamber are reviewed. Subsequently, the ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation on the matter in “Pioneer” is studied and then central issues to be taken into consideration in these cases are examined. Finally, conclusions are outlined, with the understanding that the controversy is still open.

**Keywords:** International trade; related companies; customs violations; “Pioneer” ruling.

## 1. Introducción

Un gran porcentaje del comercio internacional se lleva a cabo entre empresas vinculadas, lo que insta a la Aduana particularmente a fiscalizar el valor de la mercadería y los precios declarados a fin de constatar si los mismos son genuinos y no fueron influenciados por la vinculación, o si resultan manipulados y nocivos, siendo perjudiciales para el país, tanto desde un punto de vista fiscal como cambiario.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la infracción de declaración inexacta en los supuestos de ventas sucesivas –tanto en importaciones como exportaciones– entre empresas vinculadas (triangulaciones), la cual se encuentra prevista en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero (en adelante, CA).

Por cierto, resulta un tema controvertido no solo entre la posición del servicio aduanero y los particulares, sino también porque encontramos en la jurisprudencia distintas opiniones –especialmente autorizadas por vocales del Tribunal Fiscal de la Nación–, sumado a la complejidad que tiene este tipo de operatorias que obedece a que se involucran varios aspectos técnicos, lo que dificulta al momento de decidir si una conducta resulta o no punible.

Cabe aclarar que se realiza una descripción general de la problemática y que deben profundizarse varios aspectos con mayor detenimiento y detalle, sin perjuicio de lo cual la intención es que el lector pueda recurrir a varias fuentes de consulta y tener un panorama del estado de la jurisprudencia sobre la materia bajo análisis.

A fin de realizar un estudio del tema introducido, estructuraremos el trabajo de la siguiente manera: en primer lugar, repasaremos la infracción de declaración inexacta, puntualmente el supuesto contemplado en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero; en segundo lugar, haremos una reseña de la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Fiscal de la Nación y de las distintas salas que componen la Cámara Contencioso Administrativo Federal; luego analizaremos el fallo de la Corte en “Pioneer”; después se examinarán ciertas cuestiones centrales a tener en consideración en estos supuestos; y, finalmente, esbozaremos ciertas conclusiones.

## **2. Sobre la infracción bajo análisis**

A fin de comprender la conducta que el servicio aduanero entiende que resulta punible, dividiremos el apartado de la siguiente manera: primero analizaremos la infracción de declaración inexacta en general; luego veremos la infracción específica del supuesto contemplado en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero; y, finalmente, describiremos la conducta que la Aduana entiende que constituye una infracción aduanera y mencionaremos los argumentos con los cuales se critica esta postura.

### **2.1. La infracción de declaración inexacta**

El art. 954 del Código Aduanero establece:

El que, para cumplir cualquiera de las operaciones o destinaciones de importación o de exportación, efectuare ante el servicio aduanero una declaración que difiera con lo que resultare de la comprobación y que, en caso de pasar inadvertida, produjere o hubiere podido producir:

- a) un perjuicio fiscal, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el importe de dicho perjuicio;
- b) una transgresión a una prohibición a la importación o a la exportación, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el valor en aduana de la mercadería en infracción;
- c) el ingreso o el egreso desde o hacia el exterior de un importe pagado o por pagar distinto del que efectivamente correspondiere, será sancionado con una multa de UNO (1) a CINCO (5) veces el importe de la diferencia.

La entrada y salida de personas al territorio aduanero, así como la importación y exportación de mercadería, deben efectuarse en las horas, por las rutas y los lugares que se habilitaren al efecto, previa autorización del servicio aduanero.

La Aduana tiene como función esencial el control del tráfico internacional de mercaderías, en lo atinente al cobro de los tributos aduaneros, el debido control de las prohibiciones y el correcto pago de los estímulos fiscales.<sup>(1)</sup>

El gran volumen de operaciones de comercio internacional de mercaderías genera la dificultad del servicio aduanero para llevar a cabo sus tareas de control –pudiendo fiscalizar solo un porcentaje de la totalidad–, por lo que cobra vital importancia **“la declaración aduanera comprometida”**, toda vez que el sistema reposa sobre la base del **“despacho en confianza”**,<sup>(2)</sup> en base a lo declarado por el exportador o el importador.<sup>(3)</sup>

Es por ello que el Código Aduanero exige que en la declaración debe indicarse toda circunstancia o elemento necesario para permitir al servicio

(1) La Aduana cuenta con un régimen infraccional a fin de disuadir conductas que afecten el control aduanero. La Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que, previo a imponer una sanción, debe darse cumplimiento al procedimiento sumarial contemplado en el Código Aduanero: “Los artículos 1080 a 1117 del Código Aduanero, dan cuenta de la existencia de un procedimiento especialmente reglado que debe seguirse en forma previa a la imposición de una multa o a la absolución, y que cuenta con plazos fijos y predeterminados, a saber: diez días a favor del administrado para presentar su descargo y ofrecer prueba; la apertura a prueba por un término de cuarenta días; seis días para la presentación del alegato de corresponder y finalmente sesenta días para el dictado de una resolución condenatoria o absolutoria. Asimismo, existen etapas del citado proceso que si bien no cuentan con plazos estipulados –tal el caso de la instancia previa a la vista contemplada en el artículo 1101–, si están supeditadas al plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 934 del mismo Código” (v. Dictamen PTN 306:181).

(2) La Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “... conviene dejar sentado que la declaración aduanera se reputa falsa cuando contiene enunciaciones engañosas en punto a la especie, clase, calidad o cantidad de la mercadería importada y partiendo de este concepto la jurisprudencia ha dejado reiteradamente establecido que las declaraciones que expresan fielmente estos enunciados satisfacen los extremos exigidos por el art. 104 de las 00. de Aduana y no pueden ser objeto de pena” y que “pese a que en la actualidad, las prácticas han convertido en letra muerta el llamado ‘despacho en confianza’, entiendo que el sistema tiene por objeto no crear trabas al comercio verificando totalmente las grandes partidas de mercaderías que puedan pedirse a plaza, pero esa facilidad en ningún modo puede relevar al funcionario interviniente de la muy elemental obligación de conocer con el parcial a la vista, qué clase de mercadería se desea importar” (v. Dictamen PTN 005:193, 1943).

(3) Barreira (2001) explica que la declaración aduanera de mercadería comprende el acto mediante el cual el interesado indica a la Aduana el régimen aduanero que desea aplicar a la mercadería –que denomina “solicitud de destinación aduanera”– (“declaración de voluntad”) y, por el otro lado, el acto mediante el cual el interesado comunica a la Aduana los datos exigidos por esta para aplicar dicho régimen (“declaración de información”). Señala que una vez completados los datos exigidos por el formulario, o por el sistema, la solicitud es registrada, lo cual genera consecuencias importantes, entre las cuales, y en lo que aquí particularmente interesa, determina la inalterabilidad de la declaración informativa y, como consecuencia de ello, compromete la responsabilidad del declarante respecto de la exactitud de los datos consignados en la misma.

aduanero el control de la correcta clasificación arancelaria y valoración de la mercadería que se trate, la cual es inalterable una vez registrada y solo podrá rectificarse, modificarse o ampliarse en los supuestos que se contemplan en el referido cuerpo legal.<sup>(4)</sup>

Por los motivos expuestos, la conducta punible por la infracción aduanera consiste en una inexactitud entre lo declarado y comprobado por el servicio aduanero, siempre que provoque alguno de los efectos descriptos en los tres incisos.<sup>(5)</sup>

En la Exposición de Motivos se consigna que a través de la infracción de declaración inexacta se tutela el principio básico de la veracidad y exactitud de la manifestación o declaración de la mercadería que es objeto de una operación o destinación aduanera, regulándose un régimen punitivo único que comprende todas las diferencias y declaraciones inexactas que puedan cometerse en el curso de las distintas operaciones o destinaciones aduaneras.<sup>(6)</sup>

## 2.2. La infracción del art. 954, inc. c, del Código Aduanero

La infracción contemplada en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero exige como presupuesto de hecho que el servicio aduanero verifique una diferencia respecto del contenido comprometido en la declaración aduanera del importador o exportador y lo comprobado, y que tal diferencia produjere o hubiere podido producir un egreso o ingreso de

---

(4) La declaración comprometida está conformada por los datos que integran los bloques “Información del ítem”, “Valor mercadería” y “Valor en aduana” del formulario único OM-1993 A SIM y los datos que correspondan al subítem consignado en el referido formulario. En lo que aquí interesa, la Aduana cuestiona el “precio” declarado en el ítem “Valor mercadería”; sobre el particular, en una causa del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala E, se señaló, al resolver en los autos “Dragón SA c/ Dirección General de Aduanas s/ apelación”, expediente 33-644-A (voto del Dr. Juárez), “Que en el registro de un despacho aduanero de importación o exportación, según el caso, el declarante solicita un destino aduanero respecto de las mercaderías involucradas, por un lado, y en ese mismo acto efectúa la declaración comprometida sobre la que reposa el sistema de despacho en confianza, por el otro” y que “No puede dejar de recordarse que, a partir de la confianza en la veracidad y exactitud de esa declaración que sostiene el instituto del despacho en confianza, resulta posible el libramiento de mercaderías sin proceder a la verificación de las mismas, atento la imposibilidad del servicio aduanero de verificar la totalidad de las mercaderías que se importan o exportan”.

(5) La infracción aduanera exige que la inexactitud comprobada tenga idoneidad para producir alguna de las consecuencias contempladas en los incisos a, b y c del art. 954 del Código Aduanero. Además, se prevé respecto de la inexactitud “en caso de pasar inadvertida”, de lo que se desprende que las inexactitudes comprobables de la simple lectura de la declaración no resultan punibles (conforme lo dispuesto en el inc. a del art. 959 del Código Aduanero) (Alsina *et al.*, 2011, pp. 986-987).

(6) En la causa “Subpga SACIE e I. c/ Estado Nacional (ANA) s/ nulidad de resolución” (1992), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el bien jurídico tutelado en la infracción aduanera analizada es el principio de la veracidad y exactitud de la manifestación o declaración de la mercadería que es objeto de una operación o destinación de aduana.

divisas diverso del que correspondiere. En esos supuestos, la sanción resulta procedente y debe aplicarse.<sup>(7)</sup>

Respecto al art. 954, inc. c, del Código Aduanero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que el bien jurídico tutelado es “el principio de veracidad y exactitud de la manifestación o declaración de la mercadería que es objeto de una operación o destinación de aduana” (conforme causas “Bunge y Born”, “Subpga”, “Frigorífico “Rioplattente”, “Freeport”).<sup>(8)</sup>

El Dr. Soria señala que el supuesto previsto en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero es una figura autónoma, que tiene como fuente la ley 19.881, que sanciona a los importadores y exportadores que declaren precios inexactos; su finalidad es combatir tanto la subfacturación en las exportaciones (que tiene como efecto un menor ingreso de divisas que el que correspondiere y reduce la base del impuesto a las ganancias) como la sobrefacturación en las importaciones (que tiene como efecto un mayor giro de divisas al exterior –puede encubrir una salida de utilidades de las sociedades– y una mayor deducción de ese precio en el impuesto a las ganancias).<sup>(9)</sup>

Destaca el referido vocal del Tribunal Fiscal que la infracción en estudio protege como bien jurídico no solamente el ingreso a la renta nacional en su justa medida, sino también las divisas derivadas del comercio exterior que deben integrar las reservas del Banco Central “esenciales para la seguridad monetaria nacional”, remarcando que se tutelan bienes jurídicos sustanciales para la nación, tanto el ingreso nacional de tributos como de divisas.

En este sentido, manifiesta que la norma sanciona la manipulación de precios por parte de los grupos multinacionales que declaren por un importe distinto al que correspondiere, con la finalidad de obtener ventajas impositivas o cambiarias.

Indica que los precios son **libres** cuando concurren a su formación partes vinculadas, y que los **precios libres** se presumen de mercado y los

(7) Ver el voto del Dr. Soria en autos “Pioneer Argentina SRL c/ DGA s/ recurso de apelación” (2022).

(8) Con el dictado del decreto 530/1991, que dejó sin efecto la obligación de ingresar y negociar en el mercado de cambios las divisas obtenidas, el Tribunal Fiscal, en el plenario “YPF SA s/apelación” (23/08/1995) resolvió que con esta norma no resultaba aplicable la infracción del art. 954, inc. c, del Código Aduanero. Sin perjuicio de lo resuelto en el plenario, la Corte Suprema dejó sin efecto dicho criterio, fijándose como bien jurídico tutelado la veracidad y exactitud de las declaraciones aduaneras.

(9) El Dr. Soria (2021) explica minuciosamente la infracción contemplada en la norma bajo estudio, diferenciando el concepto de precio del de valor, cómo se aplica el método de precios de transferencia, cuál es el bien jurídico tutelado, cuáles son los antecedentes de la norma y cuál es, en definitiva, la finalidad de esta infracción aduanera en particular. Para comprender este complejo tema es sumamente recomendable leer el artículo de doctrina y los votos del referido vocal.

**precios controlados** se presumen **manipulados**, incidiendo ello directamente en la carga de la prueba en el marco de un procedimiento sumarial, poniendo en cabeza del importador o exportador la carga de probar que la vinculación no influyó en el precio.

Concluye que el uso de estructuras de triangulación para subfacturar precios en las exportaciones o sobrefacturar precios en las importaciones resulta un elemento que, comprobado por la Aduana, permite formar la convicción de que se está ante un precio que es inexacto y, por lo tanto, punible.

### 2.3. La conducta que sanciona el servicio aduanero

La Aduana realiza un control *ex post* tanto en operaciones de exportación como de importación, en los supuestos de ventas sucesivas entre empresas vinculadas (esquemas de triangulación) y cuando advierte una diferencia en el precio declarado, sin que la sociedad intermediaria (*trader*) tenga una intervención substancial y que esa diferencia de precio detectada no pueda justificarse; entiende que se configura la infracción de declaración inexacta contemplada en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero y sanciona –luego del procedimiento sumarial– a los exportadores o importadores con la aplicación de una multa prevista en la norma. Subyace aquí la realidad en cuanto a que en contextos donde el control de cambios es riguroso –con una **brecha** cambiaria– se presentan estas operatorias y es por ello que la Aduana comenzó a controlar este tipo de maniobras.

La postura del servicio aduanero ha recibido críticas, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

- a) Que no se dan los elementos requeridos para afirmar la existencia de una declaración inexacta, pues no se advierte una diferencia entre la declaración comprometida y el resultado de la comprobación, donde el precio declarado en el permiso de embarque o despacho de importación coincide con lo facturado y lo asentado en los registros contables.
- b) La constatación a través del sistema Indira (Sistema de Intercambio de Información de los Registros Aduaneros) –en las destinaciones *intra* Mercosur– y otras herramientas con las que cuenta el organismo, de que la venta posterior (en exportaciones) fue mayor que la primera o que la venta anterior (en las importaciones) fue menor, no constituye *per se* un elemento suficiente para reprochar el valor y la veracidad de los precios declarados.
- c) El precio de la segunda venta es ajeno al exportador (en los casos de subfacturación en exportaciones), en tanto que, sin perjuicio de la vinculación declarada, aquello no influyó en el precio por cuanto la

firma intermediaria se comportó como una sociedad con personería jurídica propia y, de tal modo, concertó las segundas ventas por las que obtuvo una ganancia, que no puede reputarse como de fuente argentina.

- d) Los derechos de exportación correspondientes fueron liquidados y pagados de conformidad con el precio oficial que para esa mercadería se hallaba vigente –a la fecha de la Declaración Jurada de Venta al Exterior–.
- e) La utilización de un esquema de ventas trianguladas entre empresas vinculadas no define que se trate de maniobras simuladas, y entre otros más.
- f) Que se utiliza en materia penal (refiriéndose al derecho administrativo sancionador) el método de precios de transferencias que es propio del derecho tributario, y que no resulta aplicable en materia aduanera, que tiene sus propios métodos de valoración.

### 3. Estado actual de la jurisprudencia

El presente apartado tiene por objeto analizar el estado actual de la jurisprudencia en la materia sometida a estudio. Para ello, dividiremos la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación y de la Cámara Contencioso Administrativo Federal. A su vez, dividiremos la jurisprudencia en los fallos desfavorables al servicio aduanero y aquellos que le resultaron favorables, resumiendo los principales argumentos.

Cabe aclarar que, a modo de síntesis, se extraerán los argumentos de cada fallo, sin reseñar los antecedentes y los planteos de las partes, para que el lector pueda consultar directamente los mismos.

#### 3.1. Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación

##### 3.1.1. Fallos favorables al servicio aduanero

3.1.1.1. *“Pioneer Argentina SRL c/ DGA s/ recurso de apelación”, EX2021-91985106*

En primer lugar, el Dr. Soria aclaró que no existen mayores diferencias por el hecho de tratarse los casos de operaciones de exportación (“Maltería Pampa”) o de importación (“Pioneer”) puesto que, en lo que atañe a precios, la norma sancionatoria –inc. c del art. 954– predica lo mismo para ambos supuestos.

Luego aclaró que “lo que nunca puede perderse de vista” es que la Aduana imputa una declaración inexacta respecto del campo “Valor Mercadería” del permiso de embarque/despacho de importación que consigna el

**precio** de la mercadería, no una declaración inexacta del campo “Valor en Aduana”, sobre el que se determinan los tributos.

Respecto del planteo de nulidad de la firma, sostuvo que la Aduana expuso fundamentos suficientes para sustentar la imposición de la sanción. De hecho, señaló que la consulta al sistema Indira constituye “sustento documental” suficiente para la imputación de la declaración inexacta formulada por la Aduana, dada la plena veracidad que la información suministrada por la Aduana de Brasil merece, no redargüida como falsa o inexacta por la actora.

Destacó que la sanción impuesta por la Aduana se encuentra fundamentada en la notoria diferencia del precio declarado en la Argentina con relación al valor FOB de exportación documentado en Brasil. Siendo ello así, indicó que bajo el principio de veracidad y plena responsabilidad que recae sobre el operador de comercio exterior respecto de la declaración comprometida, “es ella quién debía dar respuesta cabal, con prueba contundente, sobre las observaciones de la comprobación aduanera, justificando el precio declarado en la importación a consumo (campo ‘Valor Mercadería’ del DI)”.

En esa línea argumental, destacó que la declaración de precios fijados entre partes vinculadas de un mismo grupo económico (“**precios controlados**”) –conceptualmente opuestos a los precios libres fijados entre partes independientes– desplaza la carga de la prueba sobre su validez y justificación. En efecto, fundamenta su postura esgrimiendo que resulta natural que si se trata de precios controlados, quien los declara deba dar cabal respuesta para sustentar por qué se fijaron en la cuantía que ostenta, son veraces y que no fueron manipulados por exceso o defecto. Sobre el concepto de despacho en confianza que estructura el sistema punitivo de la infracción de declaración inexacta, se refuerza la idea en relación a la carga probatoria respecto de los sujetos vinculados que fijan precios controlados.

Asimismo, destacó que todo el sistema de despacho en confianza descansa sobre el principio de autodeterminación de los tributos aduaneros que implica la veracidad del exportador o importador en su declaración, y debe realizarse con respaldo probatorio suficiente, al nivel que pueda sustentarse lo declarado durante el plazo legal de prescripción establecido para la revisión de las declaraciones comprometidas, sea en el marco de un procedimiento sumarial o uno de determinación suplementaria de los tributos que pudieran corresponder.

Citó al Comité de Valoración del Acuerdo del GATT/OMC, en sus estudios de casos, que sostiene en el caso 10.1 (aplicación del art. 1.2. del Acuerdo del GATT/OMC), apartado 12, lo siguiente:

Según el art. 1.2. del Acuerdo le corresponde al importador demostrar que la vinculación no ha influido en el precio. Es cierto que el Acuerdo requiere que las Aduanas den al importador oportunidad razonable para suministrar la información que demuestre que la vinculación no ha influido en el precio, sin embargo, no obliga a la Administración de Aduanas a emprender una investigación exhaustiva encaminada a justificar la diferencia de precios. Por tanto, toda decisión a este respecto debe basarse, esencialmente, en la información proporcionada por el importador.

Advirtió que tal desplazamiento de la carga de la prueba hacia el importador en el tipo infraccional del art. 954, inc. c, del Código Aduanero surge, en última instancia, de la recta comprensión del bien jurídico tutelado por dicha norma, conforme la jurisprudencia invariable de la Corte Suprema en la materia, todo lo cual ya fue referido.

A la luz de los principios y pautas esbozadas, entendiendo que la apelante no probó que la vinculación no haya influido en el precio declarado, se resolvió confirmar la resolución aduanera (el Dr. Juárez adhirió al voto del Dr. Soria).

*3.1.1.2. "Pioneer Argentina SRL C/ DGA s/ recurso de apelación", Expte. 40.025-A*

Por voto de la mayoría (conformado por el Dr. Litch y la Dra. Sarquis) se resolvió confirmar la multa impuesta a la empresa por la infracción al art. 954, incs. a y c del Código Aduanero, en el marco de una operación de ventas sucesivas entre empresas vinculadas.

En el voto del Dr. Litch se señaló la posibilidad de recurrir a la utilización de indicios y presunciones a los fines de tener por acreditada la configuración de una infracción, cuando no se requiere la prueba de ardid de engaño, como es el supuesto en análisis donde no exige el referido factor subjetivo de atribución al momento de informar los precios de la operación (considerando ix).

En esa línea argumentativa, el vocal mencionado indicó que en la especie el problema queda reducido a la dilucidación de si lo informado por el sistema Indira es prueba suficiente de la falsedad del precio. Remarcó que el recurrente no brindó ninguna explicación para romper con la cadena de indicios que llevaron a la determinación de su responsabilidad.

Así, agregó que la triangulación entre empresas vinculadas coloca al exportador en la carga de demostrar que su relación con las mismas no influyó en el precio de venta y que, en este caso en particular, existen elementos para presumir que la declaración fue inexacta, y quien se en-

contraba en mejores condiciones para hacerlo debió explicar las diferencias de la facturación entre las distintas operaciones.

### 3.1.1.3. “*Maltería Pampa S. A, causa 35107-A*”

Por voto de la mayoría se resolvió confirmar la resolución de la Aduana de Bahía Blanca que había condenado a la empresa por la infracción contemplada en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

El Dr. Soria explicó con suma precisión el instituto de precios de transferencia, como así también que el principio esencial que lo inspira es que las transacciones entre partes vinculadas deben corresponderse con las partes independientes que hubiesen acordado en circunstancias comparables.

Destacó que el Sexto Método de precios de transferencias regula un supuesto aplicable al de exportaciones entre empresas vinculadas y que resulta aplicable cuando la AFIP verifica una operación triangular de exportación cuyos sujetos son un exportador argentino, el intermediario internacional que no es el destinatario de la mercadería y un tercero destinatario de la exportación, que debe ser un sujeto vinculado del exportador argentino.

Asimismo, señaló que el Sexto Método de precios de transferencia no se aplica si se demuestra por el exportador argentino, de manera fehaciente, que el intermediario reúne de modo conjunto los tres requisitos indicados en el octavo párrafo de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Esto es, que el exportador debe probar que el intermediario internacional tiene entidad real (substancia económica), lo que se da por cumplido con la prueba sobre los tres incisos del octavo párrafo del art. 15 de la referida ley.

En el caso en particular, esgrimió que resulta aplicable el método de precios de transferencia y que, en base a ello, quedó acreditado que el precio declarado no correspondía con el verdadero precio, por lo que concluyó que la infracción se encontraba debidamente acreditada.

## 3.1.2. Fallos desfavorables al servicio aduanero

### 3.1.2.1. “*Acindar Industria Argentina de Aceros SA c/ Dirección General de Aduanas s/ recurso de apelación*”

En el voto de la Dra. Sarquis, luego de describir la conducta infraccional tipificada en el art. 954 del Código Aduanero, que se tutela el principio de veracidad y exactitud de la declaración aduanera, que el Código Aduanero adoptó el factor de responsabilidad subjetivo, que gira en torno al cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento aduanero (conforme el art. 902 del Código Aduanero), destacó que de las destinaciones involucradas en la causa surge que la actora ha declarado el precio

de la mercadería de acuerdo con el precio de las facturas, conocimientos marítimos y certificados de origen.

Como consecuencia de ello, resolvió revocar la resolución aduanera apelada (el Dr. Segura adhirió al voto de la Dra. Sarquis).

3.1.2.2. “*Maltería Pampa SA c/ Dirección General de Aduanas s/ apelación*”, Expte. 35.130-A

Después de esbozar los antecedentes, el Dr. Basaldúa señaló que corresponde analizar si, a los efectos aduaneros, estamos en presencia de una genuina operación triangulada con ventas sucesivas regulares, o bien si se trata de una triangulación nociva. Para ello, aclaró que la triangulación en sí misma no se encuentra prohibida por la legislación vigente y que en comercio internacional es habitual la actuación de intermediarios denominados *traders*, que si bien no le añaden valor a las mercaderías negociadas, brindan servicios reales y efectivos que justifican una retribución que, en caso de no facturarse como un servicio individualizado, puede deducirse del precio de compra o bien adicionarse al precio de venta.

Sin perjuicio de ello, aclaró el referido vocal que es cierto que en el comercio internacional se recurre a las triangulaciones no genuinas que pueden resultar nocivas en el plano aduanero, tributario, cambiario, societario o en materia de lavado de dinero, y que por esa razón la existencia de una operación triangulada constituye un elemento que habilita al servicio aduanero a investigar y recabar mayor información sobre el valor declarado a fin de evaluar la genuinidad de la operación comercial declarada en la destinación aduanera.

Sentado lo anterior, en el voto del Dr. Basaldúa se dijo que el hecho de que se haya comprobado una diferencia de precios a través del sistema Indira no constituye por sí solo un elemento que resulte suficiente para poder considerar que el valor declarado no resulte ser el valor real de transacción. En otras palabras, el hecho de que haya existido una venta posterior por un precio diferente al de la venta inicial, llevada a cabo por un *trader* vinculado, no implica *per se* que el precio declarado no sea el precio de transacción y que se trate de una maniobra fraudulenta tendiente a generar un menor ingreso de divisas al país.

Asimismo, el mencionado Vocal advirtió que en el caso la afirmación de la existencia de una maniobra de triangulación fraudulenta “no ha sido acompañada de una investigación adecuadamente desarrollada, limitándose el servicio aduanero a descartar el valor de transacción declarado, por la mera existencia de ventas sucesivas realizadas con la intervención de operadores vinculados entre sí”, a lo que agregó: “... pero nada ha aportado ni acreditado en el sentido de que esa maniobra haya influido

en el valor de venta de la mercadería involucrada en autos, como lo exige la infracción que se ha endilgado a la recurrente”. Por ello, y considerando que la conducta punible en el tipo infraccional –una diferencia entre lo declarado y lo comprobado– no ha sido acreditada, el Dr. Basaldúa resolvió revocar la resolución de la Aduana (los Dres. Garbarino y González Palazzo adhirieron a su voto).

*3.1.2.3. “Maltería Pampa SA c/ Dirección General de Aduanas s/apelación”, Expte. 35.394-A*

Por voto en mayoría se revocó la resolución aduanera que condenó a la firma exportadora; esto se resolvió entendiendo que no se había acreditado la configuración de la infracción. Se señaló que no existe norma alguna que limite la cantidad de operadores que puedan intervenir en una operación de comercio exterior y que para sancionar en estos supuestos debe existir un plexo probatorio suficiente para sustentar la imputación y que, en definitiva, si hubo una maniobra de vinculación fraudulenta entre las tres empresas, esto excede el ámbito infraccional y la discusión debe direccionarse en otro marco.

Además, se sostuvo que no siendo materia de controversia que el precio declarado resultó idéntico al precio efectivamente facturado, percibido y registrado contablemente, no se coligen los elementos que permitan sostener la imputación formulada en los términos del inc. c, del art. 954 del Código Aduanero. Cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Maltería Pampa SA c/ DGI” (TFN 27.001-1), de fecha 13 de marzo de 2014, en el cual se resolvieron controversias tributarias referidas al impuesto a las ganancias en ventas sucesivas entre empresas vinculadas (aplicándose el método de precios de transferencia).

Para finalizar, se entendió que el servicio aduanero nada ha aportado ni acreditado en el sentido de que esa maniobra haya influido en el valor de venta de la mercadería que se cuestiona.

## **3.2. Jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal**

3.2.1. Fallos desfavorables al servicio aduanero

*3.2.1.1. “Pioneer Argentina SRL (TF 34807-A) c/ DGA s/ recurso directo de Organismo Externo” (Sala I, Causa 31012/2019)*

En la causa de referencia se confirma la sentencia apelada de la Sala F del Tribunal Fiscal de la Nación,<sup>(10)</sup> la cual había revocado la resolución

(10) El TFN sostuvo que si bien una operación triangulada da lugar al servicio aduanero para investigar y recabar información, debían presentarse elementos suficientes a los fines de

de la Aduana que condenó a la empresa en los términos del art. 954, inc. c, del Código Aduanero. Para ello, se argumentó que la sola declaración de un valor distinto al declarado en el país de exportación no resulta un elemento suficiente para desestimar el valor declarado como valor de transacción y, a su vez, que la suposición de que existió una simulación en las operaciones trianguladas no se corresponde con los extremos constatados (considerando iv).

*3.2.1.2. “Maltería Pampa SA (TF 35104-A) c/ Dirección General de Aduanas s/ apelación”, Causa 3002/2021*

Se confirma el pronunciamiento apelado del Tribunal Fiscal de la Nación en cuanto a que revocó la resolución de la Aduana que había condenado a Maltería Pampa SA al pago de una multa por infracción al art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

Fundamenta su decisión toda vez que el precio declarado resultó idéntico al efectivamente facturado, percibido y registrado contablemente, no advirtiéndose una diferencia entre lo declarado y lo constatado pasible de ocasionar un ingreso o egreso de divisas distinto al que correspondiere.

Destaca que el valor FOB declarado en el permiso de embarque fue el que posteriormente se consignó en las facturas comerciales y, a su vez, que la constatación de la venta realizada con posterioridad por el *trader* por un valor superior al que se exportó desde la República Argentina no constituye *per se* un elemento suficiente para reprochar la veracidad del valor de la primera venta declarada.

Asimismo, se consignó lo siguiente:

- i) el precio de la segunda venta es ajeno al exportador;
- ii) los derechos de exportación fueron liquidados y abonados de conformidad con el precio oficial que para esa mercadería se hallaba vigente a la fecha de la declaración jurada de venta al exterior;
- iii) la utilización de un esquema de ventas sucesivas (trianguladas) y el hecho de que se tratara de sociedades comerciales vinculadas “no define que se haya tratado de una maniobra simulada que encubría una venta directa al Brasil” tendiente a reducir la base imponible para el impuesto a las ganancias y concretar un menor ingreso de divisas del que correspondía; y

---

probar la existencia de diferencia entre lo declarado y lo verificado, que la comprobación a través del sistema Indira no resultaba suficiente y, en definitiva, que una venta posterior por un precio diferente llevada a cabo por un *trader* vinculado no demostraba que el precio de la primera venta fuera inexacto.

- iv) en definitiva, concluye que no se configura la infracción, sino que se trata de la existencia de dos ventas sucesivas entre personas jurídicas distintas.<sup>(11)</sup>

*3.2.1.3. "Maltería Pampa SA y otro c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo"*

De igual manera, en el fallo de referencia se confirma la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que revoca la resolución aduanera mediante la cual se condenó a la sociedad Maltería Pampa SA por la infracción bajo análisis.

En este sentido, se argumentó que la utilización de *traders* resulta perfectamente lícito siempre y cuando no se trate de una maniobra para perjudicar intereses fiscales y que ello coincidía con la conclusión del Tribunal Fiscal; esto último en tanto no había sido materia de controversia que el precio declarado había sido idéntico al precio efectivamente facturado, percibido y registrado contablemente y que tampoco existía norma alguna que limitara la cantidad de operadores que pudieran intervenir en una operación de comercio exterior.

Concluye que el servicio aduanero no probó que la intermediación de la empresa haya influido en el precio documentado de la primera venta, que la utilización del sistema Indira resulta insuficiente para probar la falta de veracidad del precio declarado y que el precio de la segunda venta es ajeno al exportador, el cual se concierta entre dos sociedades con personería independiente.

Se resalta en el fallo que a fin de sustentar la imputación formulada era necesario contar con "un plexo probatorio suficiente", que en materia sancionatoria se requiere extremar ese requisito y que en el caso en particular, la Aduana no logró demostrar que se trate de operaciones simuladas.

*3.2.1.4. "Pioneer Argentina SRL TF 38718-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo"*

En las presentes actuaciones se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la sociedad y, en consecuencia, se revocó la decisión del Tribunal Fiscal que había confirmado la resolución de la Aduana, la cual había impuesto a la firma la multa contemplada en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

---

(11) Se indica que la infracción puede darse únicamente en el supuesto de que se detecte una diferencia entre el precio declarado y constatado, o que se advierta una manipulación artificiosa del precio para obtener una ventaja fiscal.

En efecto, luego de transcribir la norma que contempla la infracción y de reseñar los argumentos de la actora, destaca que se ha acreditado fehacientemente, con la certificación contable sobre las operaciones de importación, con el detalle de facturas así como con los pagos registrados, que los valores declarados por Pioneer Argentina SRL se corresponden con los efectivamente pagados por aquella, lo que elimina toda posibilidad de configuración del supuesto previsto en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

Así, precisa que la sola declaración de un valor distinto al declarado en el país de exportación no resulta por sí mismo un elemento suficiente para desestimar el valor declarado como valor de transacción. Agrega que la centralización de las ventas por intermedio de terceras sociedades (*traders*) resulta perfectamente lícito, siempre y cuando no se trate de una maniobra para perjudicar intereses fiscales, y que la constatación a través del Indira no constituye *per se* un elemento suficiente para reprochar el valor declarado. Concluye que no se configura el tipo previsto en el art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

### 3.2.1.5. “Siderar SAlyC c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”

En similar sentido, en la causa de mención se resolvió rechazar el recurso interpuesto por la Aduana, confirmando la sentencia apelada del Tribunal Fiscal que revocó la resolución del servicio aduanero que impuso una multa en los términos del art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

Se señaló que así como se ha dicho que la Aduana no se encuentra obligada a aceptar los valores de transacción que resulten irrazonables o arbitrarios, tampoco se encuentra facultada para fijar valores que adolezcan de similares vicios, resaltando que ese fue el fundamento del Tribunal Fiscal para desestimar el ajuste practicado por el método del art. 7º del Acuerdo de Valoración y concluir que, más allá de la vinculación entre las partes, ello no impedía que el valor de transacción fuera aceptable a los efectos aduaneros.

### 3.2.1.6. “Maltería Pampa SA (TF 37319-A) c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo”

Mediante la sentencia de referencia se resolvió hacer lugar al recurso de la firma Maltería Pampa SA, revocando la decisión apelada, lo que, en consecuencia, dejó sin efecto la multa impuesta por el servicio aduanero. Para ello, se indicó que la legislación aduanera tiene sus propios métodos para desestimar el precio de transacción y alcanzar el valor real de la mercadería, no influenciado por la vinculación. Se remarca la ausencia

de norma alguna en el Código Aduanero que estipule que precio **exacto** sea el **precio de mercado**.

En esa línea argumental, se destacó que la decisión de asumir como debidos importes de dinero que se determinan en función de una metodología correctiva de la base imponible de un impuesto interno, como en el método de precios de transferencia contemplado en la Ley de Impuesto a las Ganancias, sin una norma que lo contemple expresamente, “se opone abiertamente a los principios de legalidad, tipicidad, prohibición de la incriminación por analogía, contemplados en los arts. 894 y 895 del Código Aduanero” (v. considerando 10). Por último, se señaló que si se aceptara acudir a la metodología de “precios de transferencia”, el mismo no fue aplicado correctamente (v. considerandos 11 y 12).

Finalmente, se sostuvo que contrariamente a lo argumentado por la Aduana y el Tribunal Fiscal, tampoco se aprecian indicios suficientes, claros y concordantes que sustenten la falsedad del precio declarado en el permiso de embarque.

### *3.2.1.7. “Maltería Pampa SA c/ Administración Nacional de Aduanas s/ recurso directo de organismo externo”*

En la causa aludida, se consideró que no se dieron los elementos requeridos a efectos de afirmar la existencia de una declaración inexacta, por cuanto no se advierte una diferencia entre la declaración comprometida y el resultado de la comprobación (se cotejó el valor FOB declarado en el permiso de embarque con las facturas comerciales y los libros contables).

Asimismo, se sostuvo que la constatación, a través del sistema Indira, de que la mercadería importada en Brasil era superior a la que se exportó desde la República Argentina a Uruguay no constituye por sí misma un elemento suficiente para reprochar el precio declarado, y que el hecho de que se trate de ventas sucesivas entre empresas vinculadas no define que se haya tratado de una maniobra simulada tendiente a concretar un menor ingreso de divisas al país.

Por último, se destacó que el servicio aduanero no probó que la intermediación de la empresa vinculada haya influido en el precio documentado en la primera venta, citando lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Maltería Pampa SA (TF 27.000-I) c/ DGI” (24/02/2015) al decidir sobre la aplicación del método de precios de transferencias en una controversia de índole tributaria (LIG), oportunidad en la que se consignó que se trataba de dos operaciones diversas realizadas por dos personas jurídicas distintas.

### 3.2.2. Fallos favorables al servicio aduanero

#### 3.2.2.1. “*Maltería Pampa SA (TF 35123-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo)*”

Este antecedente resulta importante para el servicio aduanero –desestima el recurso de apelación interpuesto por la sociedad y confirma la sentencia del Tribunal Fiscal– toda vez que no solo acompaña su postura, sino que invierte la carga de la prueba, entendiendo que en estos supuestos de ventas sucesivas entre empresas vinculadas es la sociedad declarante la que se encuentra en mejores condiciones para probar que la vinculación no influyó en el precio declarado.

En un extenso fallo, se pueden resumir los argumentos en los siguientes términos:

- i) el servicio aduanero puede válidamente cuestionar el valor declarado o el precio atribuido a la mercadería exportada a través del sistema informático de datos Indira;
- ii) las competencias atribuidas a la Aduana por el decreto 618/1997 (en línea con el Código Aduanero) y lo dispuesto en la resolución 54/2004 del GMC, que creó el sistema Indira, habilitan al servicio aduanero a cotejar los datos que surgen del sistema a través del intercambio de información;
- iii) la imputación de la Aduana constituye un típico supuesto de declaración inexacta por subfacturación en exportación entre empresas vinculadas, donde el intermediario no tiene una actuación substantiva (calificada como “sello de goma”);
- iv) resultan aplicables en estos casos las reglas de los precios de transferencia que establecen métodos para la determinación del impuesto a las ganancias, y que la postura que no admite esto resta efectividad a las leyes federales vigentes. Describe la aplicación del referido método y que el mismo no resultaba aplicable cuando el contribuyente demostrara que el intermediario en el exterior cumplía ciertos requisitos (conforme lo establecido en el art. 15 de la LIG);
- v) se advirtieron inconsistencias de la falta de sustancia de la sociedad que actuó como intermediaria, constituida en la República Oriental del Uruguay (jurisdicción de baja o nula tributación, donde impera una total libertad para el movimiento de fondos y cambios, un sistema financiero amparado por un fuerte secreto bancario), que permite manipular los precios declarados (esgrime que dicha sociedad no recibe la mercadería, no interviene la carga ni se halla involucrada en la logística de la operación); y

- vi) por último, y por cierto muy relevante, le incumbía a la actora demostrar que la empresa intermediaria era algo más que una ficción jurídico-contable.

*3.2.2.2. “Maltería Pampa SA (TF 35390-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”*

Se resolvió por voto de la mayoría (de los Dres. Treacy y Gallegos Fedriani) hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el servicio aduanero, dejando sin efecto la sentencia del Tribunal Fiscal y confirmando el acto atacado, mediante el cual se aplicó una multa a la firma por la infracción al art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

Para resolver así tomó los fundamentos de la Sala II en autos “Maltería Pampa SA TF 35123-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo aduanero” (causa 44028/2019), y argumentó que, en definitiva, incumbía a la empresa la acreditación de que la empresa intermediaria era algo más que una ficción jurídico-contable, emisora de facturas y receptora de una renta diferencial, pues era ella quien se encontraba en mejores condiciones de demostrar que Maltería Uruguay SA reunía los tres requisitos para que no se aplique la determinación del importe correspondiente a la operación entre empresas vinculadas que recepta el art. 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

#### **4. Análisis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Pioneer”**

Con fecha 29 de febrero de este año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa “Pioneer Argentina SRL TF 38718-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, declarando admisible el recurso extraordinario y confirmando la sentencia apelada. Se trata de un supuesto en el cual la Aduana condenó a la empresa por una sobrefacturación de importaciones en ventas sucesivas entre sociedades vinculadas.

La Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal resolvió hacer lugar al recurso interpuesto por Pioneer Argentina SRL y revocó la sentencia apelada del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala E, que había resuelto confirmar la resolución del Departamento de Procedimientos Legales Aduaneros, mediante la cual se condenó a la empresa por la infracción al art. 954, inc. c, del Código Aduanero.

Para decidir así, la Cámara destacó que se ha acreditado fehacientemente que los valores declarados se corresponden con los efectivamente paga-

dos, siendo probado con la certificación contable sobre las operaciones de importación, con el detalle de las facturas, así como los pagos correspondientes debidamente registrados, “lo que elimina toda posibilidad de configuración del supuesto previsto en el art. 954, ap. 1, inc. c) del CA”.

La Corte señaló que en la sentencia se limitó el análisis de la norma a la última venta realizada independientemente de la venta anterior, y que esa interpretación coincide con la interpretación realizada por el Comité Técnico de Valoración en Aduana de la Organización Mundial de Aduanas sobre el Acuerdo de Valor (aprobado por ley 24.425) respecto a que en los casos donde existen ventas sucesivas, debe tomarse como el valor de transacción (precio realmente pagado o por pagar) el precio en la última venta que se produce antes de la introducción de las mercaderías en el país de importación, y no en la primera venta o venta anterior.

Luego, el Címero Tribunal destacó que el art. 954, inc. c, del Código Aduanero, al no contemplar el supuesto de ventas sucesivas de una misma mercadería, no contempla que deba prescindirse del precio de la última venta y atenderse a los precios de las ventas anteriores.

Asimismo, consignó que no surge de la norma la presunción para el caso de ventas sucesivas entre partes vinculadas que la diferencia de precios obedezca a dicha vinculación, y que por ello se imponga la inversión de la carga de la prueba y, por ende, se coloque en cabeza del importador o exportador la demostración de que la vinculación no incidió en el precio o que el precio es propio de una transacción entre partes independientes. Se desliza al final del fallo que resulta una materia cambiaria y fiscal ajena a la materia aduanera.

El fallo de la Corte desnaturaliza la infracción de declaración inexacta, haciendo una interpretación forzada de la norma que lógicamente –con atinada técnica legislativa– no contempla supuestos particulares, como es el caso de las ventas sucesivas entre empresas vinculadas (**triangulaciones**), sino que cuando se advierte una inexactitud entre lo declarado y lo efectivamente comprobado y ello pudiera producir uno de los efectos allí dispuestos, la conducta resulta punible.

De esta manera, se limitan las facultades de control y fiscalización conferidas por el legislador al servicio aduanero, distorsionando un sistema que reposa sobre el “despacho en confianza” en base a la “declaración comprometida”.

Además, la interpretación del Comité es para supuestos de operaciones genuinas y no donde la manipulación pueda resultar nociva. Por ello, es una interpretación arbitraria que desconoce las pruebas aportadas por el servicio aduanero.

Se desconoce la realidad de este tipo de operatorias y genera un mensaje desacertado, porque si el examen se va a limitar al control sobre la última venta (en las importaciones) o sobre la primera venta (en las exportaciones) -cotejando las facturas comerciales y los registros contables- se da lugar a maniobras que permitan un giro indebido de divisas o una menor entrada de lo que efectivamente debiera ingresar.

No puede desconocerse la opinión de los vocales que tienen una incumbencia específica en la materia y que explican minuciosamente estas situaciones con rigor técnico, sin que ello implique un prejuizgamiento, sino que, en definitiva, se habilita a que en cada caso puntual se valoren las pruebas aportadas y se ponderen los argumentos y las explicaciones pertinentes.

## 5. Aspectos centrales a tener en cuenta

### 5.1. La substancia del *trader*

Un tema crucial en este tipo de operatorias es el rol que cumple la sociedad intermediaria conocida como *trader* o sociedad *trading* y verificar si realmente prestó un servicio que justifique las diferencias que se detectan en los supuestos de triangulaciones, o si simplemente se trata de un sello de goma que permite, en definitiva, manipular los **precios** declarados.

Se explica que en un contexto de control riguroso en el mercado de cambios ello incide e impacta directamente en las condiciones comerciales que los exportadores e importadores pueden pactar, y que por ello muchos exportadores se ven obligados a utilizar las sociedades *trading* vinculadas que compran los bienes en las condiciones impuestas por las normas cambiarias y las revenden en las condiciones imperantes en los mercados internacionales.<sup>(12)</sup> En este sentido, se indica que la función principal que tiene la sociedad *trading* es financiera y que su objetivo principal es permitirle al exportador argentino cobrar en un plazo menor al usual y asegurar el ingreso de las divisas en caso de falta de pago.<sup>(13)</sup>

---

(12) Gavol (2024) señala que en un contexto de controles de cambio las sociedades *trading* son necesarias para acoplar el mercado argentino al mercado internacional, permitiendo asegurar la liquidación a término de las divisas y responder rápidamente a cambios sorpresivos en las condiciones de comercialización.

(13) Gavol (2024) también advierte que para determinar si la sociedad *trading* tiene una estructura adecuada para brindar los servicios que presta, resulta clave considerar si cuenta con capacidad financiera y recursos humanos para procesar los pagos y los cobros en los tiempos requeridos, y no considerar si tiene una estructura logística o de venta.

El servicio aduanero advierte que en un sinnúmero de situaciones, estas maniobras se pueden utilizar abusivamente para encubrir una manipulación en los precios declarados y que en realidad no hay una coherencia y una justificación en las diferencias de precios declarados.

En esos supuestos donde el importador o el exportador no logra explicar y justificar las diferencias detectadas es donde el servicio aduanero forma su convicción y entiende que el precio declarado no es el correcto y, por ende, al generarse la consecuencia prevista en el inciso c del art. 954 del Código Aduanero, resulta punible.

Por ello, depende en cada caso puntual si la actividad de la sociedad intermediaria tiene substancia y permite justificar la diferencia de precios declarados, por lo que resultan fundamentales las pruebas aportadas en el marco de cada fiscalización o ya en una instancia sumarial.

## **5.2. La aplicación del método de precios de transferencia**

Un tema controvertido es la aplicación del método de precios de transferencia para resolver si nos encontramos ante un precio correcto o incorrecto. Se critica que se está utilizando un método propio del derecho tributario, contemplado en la Ley de Impuesto a las Ganancias, en una materia sancionatoria que tiene naturaleza penal, y que con ello se viola el principio de legalidad.

El Dr. Soria explica en su voto en la causa 35107-A, caratulada “Maltería Pampa SA”, con suma precisión, el instituto de precios de transferencia, y que el principio esencial que inspira el mismo es que las transacciones entre partes vinculadas deben corresponderse con las partes independientes que hubiesen acordado en circunstancias comparables.

Destaca que el sistema de valor teórico aplicado en materia de valoración en exportación y el método de precios de transferencia presentan elementos relacionados o en común (uno de ellos es el factor temporal de comparabilidad). Indica, además, que el precio de mercado –establecido conforme las reglas de precios de transferencia– configura la diferencia de importe que debieron ingresar o egresar en una operación de exportación o importación, respectivamente.

Señala que el Sexto Método de precios de transferencias regula un supuesto aplicable al de exportaciones entre empresas vinculadas y que resulta viable cuando la AFIP verifica una operación triangular de exportación cuyos sujetos son un exportador argentino, el intermediario internacional que no es el destinatario de la mercadería y un tercero destinatario de la exportación, que debe ser un sujeto vinculado al exportador argentino.

Asimismo, señala que el Sexto Método de precios de transferencia no se aplica si se demuestra por el exportador argentino de modo fehaciente que el intermediario reúne de modo conjunto los tres requisitos indicados en el octavo párrafo de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Esto es, que el exportador debe probar que el intermediario internacional tiene entidad real (substancia económica), lo que se da por cumplido con la prueba sobre los tres incisos del octavo párrafo del art. 15 de la referida ley.

En definitiva, el servicio aduanero recurre al instituto de precios de transferencias para fundamentar porqué el precio declarado no es el correcto. Termina siendo un instrumento práctico que resulta compatible con la materia bajo fiscalización y, en última instancia, como se dijo, es para cumplir con un acto esencial en un Estado de derecho, que es fundar adecuadamente los actos públicos (en estos supuestos actos administrativos –cumpliendo con la ley Nacional de Procedimientos Administrativos–).

Es usual que en materia sancionatoria –por una cuestión de política legislativa– se tenga que recurrir a otros institutos jurídicos para resolver cuestiones controvertidas, permitiendo echar luz sobre las cuestiones sometidas a consideración.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse presente que el Sexto Método, tal como se aplicó en los casos referidos, ya no tiene virtualidad, en tanto la Ley de Impuesto a las Ganancias (ley 27.430) eliminó la obligatoriedad de su aplicación como mejor método.

### 5.3. La carga de la prueba

Uno de los argumentos mediante los cuales se critica la postura de la Aduana es que la consulta al sistema Indira no implica, *per se*, que estemos ante un precio inexacto. Es decir, se sostiene que el servicio aduanero no acredita fehacientemente su imputación y que la referida prueba no resulta suficiente para probar la configuración de la infracción.

En efecto, en el fallo “Pioneer”, la Corte sostuvo que en los supuestos bajo análisis no se debe invertir la carga de la prueba, por lo que ni el importador ni el exportador deben probar que la vinculación no incidió en el precio declarado.

Al respecto, cabe tener presente que la Aduana realiza investigaciones con los recursos y herramientas con las que cuenta, y luego de un estudio exhaustivo con profesionales con un grado muy elevado de *expertise* técnica en la materia, vuelcan sus conclusiones en informes técnicos que están respaldados en prueba documental acompañada, con datos

que surgen de la propia documentación del exportador e importador que luego no controvierten.<sup>(14)</sup>

Los informes técnicos referidos son el sustento de las imputaciones formuladas y la base para probar la materialidad de la infracción hasta tanto el sumariado no brinde las explicaciones para demostrar que no cometió la falta. Es decir, es el importador o exportador quien tiene que demostrar su inocencia y desvirtuar la acusación efectuada.<sup>(15)</sup>

En este sentido, el Dr. Litch sostiene que la triangulación entre empresas vinculadas coloca al exportador o importador en la carga de demostrar que su relación con las mismas no influyó en el precio, siendo quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, por lo que debe brindar las explicaciones pertinentes.

Por su parte, el Dr. Soria esgrime que resulta natural que si se trata de precios controlados, quien los declara deba dar cabal respuesta para sustentar porqué se fijaron en la cuantía que ostenta, son veraces y que no fueron manipulados por exceso o defecto. En idéntico sentido se pronuncia el Dr. Garbarino.

## 6. Conclusiones

En primer lugar, se puede concluir que en los casos de ventas sucesivas entre empresas vinculadas (triangulaciones) se habilita al servicio aduanero a realizar una investigación y que se solicite información adicional (dentro del período del plazo de prescripción que contempla el Código Aduanero) a fin de constatar si los precios declarados son genuinos o fueron manipulados.

Como vimos, en términos generales, la jurisprudencia resulta más favorable para los particulares, haciendo hincapié en muchas ocasiones en un tema probatorio y en que, en definitiva, la Aduana no realiza las investigaciones con la prueba suficiente para acreditar los extremos de la infracción analizada.

Sin perjuicio de ello, lejos de quedar la cuestión resuelta, entendemos que hay opiniones relevantes que respaldan la postura del servicio aduanero, con una especificidad propia de la materia, que corresponde a vocales del Tribunal Fiscal de la Nación, que son competentes para resolver estas cuestiones y que señalan que en estos supuestos es el importador o el exportador quien se encuentra en mejores condiciones para probar que el precio declarado es exacto, poniendo en cabeza de los mismos la carga de la prueba.

En este sentido, compartimos la crítica en cuanto a que comparar el precio declarado con lo facturado y registrado contablemente es una visión simplista –debería ser muy desprolija la contabilidad para que arroje inexactitudes– que desconoce la realidad de práctica.

La complejidad de las operatorias descriptas conlleva que será una cuestión casuística que se va a definir en cada caso, en particular de acuerdo a las pruebas aportadas y explicaciones brindadas, quedando el desafío para el servicio aduanero de arbitrar los medios para probar fehacientemente las conductas que infringen las normas aduaneras.

## 7. Referencias bibliográficas

**Barreira, E.** (2001). La “solicitud de destinación aduanera” y la “declaración aduanera”. *Revista de Estudios Aduanero (Sección Doctrina)*, pp. 115-145.

**Alsina, M., Barreira, E.; Basaldúa, R.; Cotter Moine, J. y Vidal Albarracín, H.** (2011). *Código Aduanero Comentado. Tomo III.* Abeledo Perrot.

**Soria, J. M.** (2021). *Manipulación de precio y fuga de divisas. El art. 954.1 inc. c) del Código Aduanero.* Mercojuris.

**Gavol, P.** (7 de marzo de 2024). Qué es y para qué sirve una sociedad *trading* a la hora de materializar exportaciones. *La Nación*. [lanacion.com.ar/economia/comercio-exterior/que-es-y-pare-que-sirve-una-sociedad-trading-a-la-hora-de-materializar-exportaciones-nid07032024/](https://lanacion.com.ar/economia/comercio-exterior/que-es-y-pare-que-sirve-una-sociedad-trading-a-la-hora-de-materializar-exportaciones-nid07032024/)

## 8. Referencias jurisprudenciales

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala I**, “Pioneer Argentina SRL (TF 34807-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Causa 31012/2019, 06/02/2020.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala I**, “Maltería Pampa SA (TF 35104-A) c/ Dirección General de Aduanas s/ apelación”, Causa 3002/2021, 06/07/2023.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala II**, “Maltería Pampa SA y otro c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Causa 12.247/2021, 20/08/2023.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala III**, “Pioneer Argentina SRL TF 38718-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Causa 20/2019, 22/10/2019.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala IV**, “Siderar SAI Y C c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Causa 40162/2015, 10/03/2016.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala IV**, “Maltería Pampa SA (TF 37319-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Causa 44732, 06/06/2023.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V**, “Maltería Pampa SA c/ Administración Nacional de Aduanas s/ Recurso directo de organismo externo”, Causa 20412/2018, 27/06/2019.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala III**, “Maltería Pampa SA (TF 35123-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Causa 44028/2019, 06/10/2021.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V**, “Maltería Pampa SA (TF 35390-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Causa 19276/2021, 23/11/2023.

**CSJN**, “Subppga SACIE e I. c/ Estado Nacional (ANA) s/ nulidad de resolución”, 12/05/1992.

**CSJN**, “Pioneer Argentina SRL c/ DGA s/ recurso de apelación”, 10/08/2022.

**Tribunal Fiscal de la Nación**, “Pioneer Argentina SRL c/ DGA s/ recurso de apelación”, EX2021-91985106, 10/08/2022.

**Tribunal Fiscal de la Nación**, “Pioneer Argentina SRL c/ DGA s/ recurso de apelación”, 14/06/2018, Expte. 40.025-A.

**Tribunal Fiscal de la Nación, Sala G**, “Maltería Pampa SA”, Causa 35107-A, 29/08/2019.

**Tribunal Fiscal de la Nación**, “Acindar Industria Argentina de Aceros SA c/ Dirección General de Aduanas s/ recurso de apelación”, 24/06/2019, Autos 34.225-A.

**Tribunal Fiscal de la Nación**, “Maltería Pampa SA c/ Dirección General de Aduanas s/ apelación”, 25/10/2018, Expte. 35.130-A.

**Tribunal Fiscal de la Nación, Sala F**, “Maltería Pampa SA c/ Dirección General de Aduanas s/ apelación”, 30/08/2017, Expte. 35.394-A.

**Tribunal Fiscal de la Nación**, “YPF SA s/ apelación”, Plenario, 23/08/1995.

# Impacto de la ley 27.742 en las causas judiciales sobre diferencias salariales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad<sup>(1)</sup>

Ignacio Daniel Nigro

Magister en Abogacía del Estado (UNTREF-PTN). Ministerio de Justicia de la Nación  
Correo electrónico: ignaciognigro@gmail.com

**Cómo citar este artículo:** Nigro, I. D. (2024). Impacto de ley 27.742 en las causas judiciales sobre diferencias salariales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 111 a 127. ISSN 2796-8642

**Resumen:** Teniendo en cuenta los antecedentes legales, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, la de la Corte Suprema de Justicia y la praxis judicial, el autor reflexiona sobre las repercusiones normativas que la sanción de la Ley de Bases 27.742 puede tener en la tramitación de causas referidas a diferencias salariales de personal militar y de seguridad.

**Palabras clave:** Ley de Bases 27.742; Ley de Procedimientos Administrativos 19.549; fuerzas armadas – fuerzas de seguridad; diferencias salariales; procedimientos administrativos.

**Abstract:** Taking into account the legal precedents, the doctrine of the Treasury Attorney General's Office, the doctrine of the Supreme Court of Justice and the judicial practice, the author reflects on the normative repercussions that the enactment of Law 27.742 may have on the processing of cases related to salary differences of military and security personnel.

**Keywords:** Law of "Bases" 27.742; Administrative Procedures Law 19.549; armed forces – security forces; salary differences; administrative proceedings.

---

(1) Este artículo se ha escrito en el ámbito de la maestría en Abogacía del Estado (UNTREF-PTN).

## 1. Introducción

El 27 de junio de 2024 fue sancionada la denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”.<sup>(2)</sup> En su Título II, “Reforma del Estado”, incluye un sustancial cambio normativo de la ley 19.549, bajo el Capítulo III, “Procedimiento Administrativo”.

Una cuestión que requiere un señalamiento especial está dada por el origen de facto de la norma original, dictada en un periodo de prescindencia constitucional. Es innegable que este resultaba el principal defecto de validez –muchas veces no marcado por los autores ni la jurisprudencia (Sammartino, 2021)– que tenía el régimen vigente.

La principal virtud que tiene un cambio, en estos términos, es legitimar democráticamente un texto surgido de las atribuciones conferidas por el art. 5° del Estatuto de la Revolución Argentina; por tanto, más allá de las modificaciones que fue sufriendo y la doctrina de la validez por omisión legislativa, sería la primera vez que su articulado prácticamente *in totum* tendría un origen en representantes elegidos conforme el art. 1° de la Constitución Nacional.

Este trabajo pone su énfasis en la relación que podrá existir entre estos cambios y las causas judiciales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad.

El art. 24 de la ley modifica el ámbito de aplicación de la ley, así como el reformado art. 1, inc. d, expresamente integra a los organismos militares y de defensa y seguridad.<sup>(3)</sup> De esta forma, se invierte el principio que contiene el art. 1° actual, que era la exclusión, lo cual llevó a una serie de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre los casos en que se aplicaba o no la norma general y en qué forma se realizaba la hermenéutica.

## 2. La ley vigente

Sabido es el que el proceso ordinario del Código Procesal Civil y Comercial no está diseñado para el tipo de acciones que serán reflejadas en este trabajo.

La participación del Estado Nacional en el proceso bajo ese diseño adjetivo tiene como mirada teleológica el equilibrio entre posiciones procesales

---

(2) BO del 08/07/2024. Disponible para su consulta en: [servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/400000-404999/401266/norma.htm](https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/400000-404999/401266/norma.htm)

(3) “(...) d) La presente ley será de aplicación a los organismos militares y de defensa y seguridad, salvo en las materias regidas por leyes especiales y en aquellas cuestiones que el Poder Ejecutivo excluya por estar vinculados a la disciplina y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas, entes u organismos”.

de privados;<sup>(4)</sup> no recepta de la mejor manera conceptos como “presunción de legitimidad”, “interés público” o bien “teoría del órgano”. Se trata, en sustancia, de la elemental diferencia entre la justicia distributiva y la conmutativa.<sup>(5)</sup> Es por ello que se buscan soluciones en normas similares, pero moduladas de acuerdo con las reglas del derecho público, con la técnica hermenéutica de la analogía<sup>(6)</sup> (Balbín, 2011).

Ya la propia Exposición de motivos de la ley 19.549 advertía este faltante (Marienhoff, 1980):

La Comisión redactora de la actual ley 19.549/72, en el cap. I de su exposición de motivos, al explicar porqué incluyó en la misma, normas sobre impugnación judicial de actos administrativos definitivos, dijo que si bien ello era tema propio de lo contencioso-administrativo, dicha inclusión tuvo por objeto cubrir el vacío legislativo resultante de la ausencia de un código nacional que contemple aquella materia específica. Tal es la razón por la que esos artículos fueron incluidos en la ley de procedimiento administrativo.

De manera que una vez que se sancione un Código Procesal Contencioso-Administrativo para la Nación, los textos mencionados, y la mayor parte del título IV de la ley, perderán vigencia.

(4) CNac. Cont. Adm. Fed., Sala IV. “Estevez Gloria Susana c/ I.A.F. para personal militar y civil de las FFAA y de Seguridad s/ varios”; Sala IV. 06/07/1995. Magistrados: Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi: “Esta Sala, con integración diferente ha sostenido que ‘la aplicación de las normas del Código Procesal debe realizarse por analogía, ya que este **cuerpo legal rige en el proceso contencioso administrativo tan solo en la medida que resulte compatible con los principios generales propios de esta última materia y con las actuaciones que ella requiere**’ (25/09/86, “Conafer”; 30/03/89, “De la Torre”; 14/08/90, “Menzani, Carlos y otros c/ Osplad”). Se siguió afirmando en el último de los pronunciamientos mencionados que si bien los jueces aplican en los procesos la ley adjetiva, no se puede olvidar que, por su peculiar naturaleza, **el contencioso administrativo posee un procedimiento propio que, en el orden nacional –pese a la inexistencia de código en lo contencioso administrativo–, se encuentra contemplado en la ley de procedimientos administrativos**. Y este conjunto de preceptos encerrados en esta última y su reglamentación forman un sistema que –a fin de conservar su conexidad– debe ser aplicado en su totalidad con la consecuente seguridad jurídica que esto conlleva. De allí se concluyó que **procedía la consideración de la defensa de inhabilitación de la instancia opuesta en oportunidad de contestar la demanda, desde que no podría aplicarse analógicamente –por no contemplarse expresamente en el título IV de la ley 19.549– los plazos para oponer excepciones del Código Procesal Civil y Comercial, desde que es jurisprudencia de la Corte que no cabe aplicar analógicamente plazos que conculquen derechos**”. (Los resaltados no son originales).

(5) Véase el cons. 11 de la disidencia de la Dra. Highton en Fallos: 328:2654, que luego recibiría el respaldo de la mayoría a través del cons. 14 del Fallo: 337:548.

(6) Véase CSJN, Fallos: 190:142. Este fallo, además, representa el prototipo de lo que luego sería el derecho administrativo moderno.

El esquema normativo de demandabilidad del Estado fue modificándose en un progreso aperturista, desde un primer momento en el que el Estado no podía ser demandado, pasando por la venia legislativa, hasta el actual esquema vigente que se encuentra normado en el Título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (Perrino y De la Riva, 2010).

El trámite administrativo previo es un presupuesto de actuación válido del Poder Judicial sobre una controversia en la que el Estado es parte (Jeanneret de Pérez Cortés, 1998). Este sistema es actualmente criticado por una parte de la doctrina que considera que se trata de una prerrogativa o privilegio de la administración (Canosa, 2002) y debe ser reformado (Perrino y de la Riva, 2012).

Existen voces importantes que apuntan lisa y llanamente a la inconveniencia (Cassagne, 2015), aunque, por otra parte, existen análisis que consideran que no se niega la garantía de tutela sino que, por el contrario, lo sujeta a recaudos, lo reglamenta de forma razonable (Monti, 2014); otros señalan que estas posiciones extremadamente críticas pueden resultar “dogmáticas”, “demagógicas” y que buscan, en verdad, “echar agua para su molino” por parte de “autores que habitualmente litigan contra el Estado” (García Pulles, 2015).

Con mayor vehemencia, incluso existen posiciones que emparentan la interposición de la defensa o el eventual recurso con el concepto de temeridad o malicia, situación que ha sido plenamente descartada por los tribunales.<sup>(7)</sup>

En la Ley Bases sancionada se continúa con el criterio tradicional, morigerando algunos aspectos. El art. 43 sustituye al art. 23, en su apartado B, y plantea excepciones como son: el caso en que el objeto de la acción sea

---

(7) “La calificación de la conducta de las partes como temeraria o maliciosa -ha dicho esta Cámara- requiere la concurrencia en forma indubitable del elemento subjetivo que manifieste la intención de perturbar el curso del proceso con articulaciones dilatorias o desleales pues de lo contrario se correría el riesgo de restringir el derecho constitucional a la defensa en juicio (Sala III, causa “Abastecimientos Hospitalarios SA c/ EN M. S y AS Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas s/ Contrato Administrativo”, pronunciamiento del 08/06/2011 y esta Sala, in re: “Asociación Argentina de Derecho de Daños y otro c/ Massalín Particulares SA y otros/ Proceso de Conocimiento”, expte. 5700/2010, resolución del 18/03/2022).

En el caso, las circunstancias de la causa y la situación expuesta por la parte actora no bastan para tener por configurada la conducta temeraria o maliciosa que se endilga a la parte demandada, pues no se ha comprobado el elemento subjetivo que requiere la sanción (cfr. esta Sala in rebus: “De los Santos, José Alberto c/ EN - M° Seguridad - PFA (Cromañón) y otros/ Daños y Perjuicios”, expte. 15.260/2021, resolución del 03/06/2022), y “Bruno, Luis Alberto c/ EN - M° Seguridad PFA Cromañón y otro s/ Daños y Perjuicios”, expte. 16847/2021, resolución del 22/06/2022). Ello así, en atención a la ausencia del mentado elemento, corresponde desestimar el pedido formulado por la parte actora”. CNac. Cont. Adm. Fed., Sala II, “Alcaraz Soto, Jorge Daniel c/ EN - M Justicia y DDHH - SPF s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”, CAF 09524/2021, 21/04/2023.

una inconstitucionalidad en base a una norma superior –inc. i–; el ritualismo inútil –inc. ii–; acciones de amparo o procesos urgentes –inc. iii–.

El problema específico al momento de resolver cuestiones que tienen que ver con las Fuerzas Armadas y de Seguridad resulta en una especial regulación por aplicación del art. 1º de la ley 19.549,<sup>(8)</sup> cuyo principio es la exclusión de este ámbito (Monti, 2005). Es decir, completamente contrario a la modificación que se pretende realizar.

El art. 2º de la ley 19.549<sup>(9)</sup> establece la aplicación supletoria de la ley para los regímenes especiales. El decreto 722/1996, en su art. 1º, determina la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos para toda la administración centralizada y descentralizada y determina su aplicación supletoria para todos los regímenes especiales que se nombran en el art. 2º, en su inc. d, donde podemos leer :“... d) De las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales e Inteligencia” (Canda y Comadira, 2005).

La ley 25.344, en su art. 12, derogó el art. 32, inc. e, de la ley 19.549 que receptaba la figura del ritualismo inútil, el cual debía ser acreditado por quién lo alegaba como forma de excepcionar la manda legal de trámite administrativo previo. Actualmente, se mantiene por vía plenaria en el fuero contencioso-administrativo federal (CNac. Cont. Adm. Fed., 2011)–. Entre sus antecedentes existe un caso de diferencias salariales de las fuerzas (CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V, 2006) y se decide que el ritualismo inútil es un principio general del derecho (Carattini, 2012; Ivanega, 1998).

La ideal general por la posición crítica que existe en doctrina y que evidentemente permea en tribunales es que el tránsito por la vía administrativa previa, en materia de diferencias salariales, se constituye en un ritualismo inútil que termina demorando la posibilidad del demandante

(8) Artículo 1º.- “Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos...”

(9) Artículo 2º: “Dentro del plazo de CIENTO VEINTE días, computado a partir de la vigencia de las normas procesales a que se refiere el artículo 1º, el PODER EJECUTIVO determinará cuáles serán los procedimientos especiales actualmente aplicables que continuarán vigentes. Queda asimismo facultado para:

Paulatina adaptación de los regímenes especiales al nuevo procedimiento.

a) sustituir las normas legales y reglamentarias de índole estrictamente procesal de los regímenes especiales que subsistan, con miras a la paulatina adaptación de estos al sistema del nuevo procedimiento y de los recursos administrativos por él implantados, en tanto ello no afectare las normas de fondo a las que se refieren o apliquen los citados regímenes especiales.

La presente ley será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas cuyos regímenes especiales subsistan.

b) dictar el procedimiento administrativo que regirá respecto de los organismos militares y de defensa y seguridad, a propuesta de estos, adoptando los principios básicos de la presente ley y su reglamentación”.

de acudir a los tribunales (Perrino y De la Riva, 2010; Aguilar Valdez, 2009; Lauhirat, 2022).

## 2.1. Doctrina de la PTN

En Dictámenes 260:294, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) tuvo oportunidad de expresarse, citando a Héctor Escola, haciendo una distinción entre las cuestiones que tienen que ver con la operatividad propia de las fuerzas, atendiendo a la verticalidad del mando, y todas aquellas que son denominadas “relaciones administrativas comunes”, a las cuales, considera el autor, se le podrían aplicar la ley incluso de forma total (Escola, 1973). Por otra parte, continúa el dictamen, la regla del art. 2º del decreto 722/96 también establece la supletoriedad de la ley, es decir, aquella integración normativa para todos los aspectos que el régimen especial no tenga una regulación específica. Esta misma división fue aplicada para excluir la aplicación de la ley 19.549 en Dictámenes 246:54.

En estos términos, de acuerdo a que se califique la diferencia salarial como una cuestión común en la relación entre el Estado Nacional y sus agentes, corresponde aplicar la ley 19.549, y en caso de que se considere que esto afecta la operatividad o la verticalidad, no corresponde.

Es menester recordar que la doctrina de la Procuración del Tesoro resulta obligatoria para las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado conforme Dictámenes 201:235; 206:354; 242:326; 253/289, entre muchos otros.

De la lectura de la propuesta de modificación legislativa, es evidente que este es el criterio que predomina en la actualización.

## 2.2. Doctrina de la CSJN

En la jurisprudencia de la CSJN existe una evolución a través de una serie de fallos: “Bagnat” (Fallos: 311:255), “Sire” (Fallos: 312:1250), “Tajes” (Fallos: 322:551) y “Resch” (Fallos: 327:468) (Canda y Comadira, 2005).

El primero, “Bagnat”, se trataba de una sanción disciplinaria y la aplicación del plazo de caducidad art. 25 de la LPA.<sup>(10)</sup> El Alto Tribunal, por remisión al dictamen del Procurador General, estableció la doctrina de

---

(10) Artículo 25: “La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera:

a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado;  
b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria;

que no correspondía aplicar de forma supletoria la Ley de Procedimientos Administrativos, por aplicación del decreto 9102/72. A su turno, como argumento en subsidio, expresó que tampoco era posible aplicar, de forma supletoria, una norma que sujetara la acción a un plazo breve. En los términos ya citados, una cuestión operativa que afectaba la verticalidad y la jerarquía se había resuelto en un procedimiento especial.

El siguiente fallo de este análisis, “Sire”, se trata de una baja en las filas navales realizada por el Departamento de Justicia Militar. El actor planteó la nulidad del acto y requiere daños y perjuicios. El caso llegó por vía del recurso extraordinario federal a la CSJN, en virtud de la aplicación del art. 25 LPA. El Alto Tribunal, una vez más con apoyatura argumental en la remisión al Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, resuelve reeditando la situación de “Bagnat”.

La siguiente escala de este *racconto* es “Tajes”. Aquí se alegaba que el actor había participado en los hechos ocurridos el 3 de diciembre de 1990 y se le daba de baja por haber sido calificado como “inepto para las funciones de su grado”. La Corte, una vez más, debe resolver sobre la aplicación del art. 25 LPA en una cuestión que claramente hace a la fase operativa de la fuerza y lo hace remitiendo a “Bagnat” y “Sire” por cinco votos en mayoría, uno de ellos propio.

El fallo también exhibe dos disidencias parciales y una total.<sup>(11)</sup> En las primeras se recoge concretamente la situación, “haciendo pie en la necesidad de mantener la rigurosidad del poder jerárquico y una estricta disciplina, propia de los organismos antes referidos. Ello requiere la existencia de procedimientos administrativos especiales que no se condicionen con las regulaciones procedimentales que prevé la ley 19.549”. En el cons. 14 sostienen que precisamente el Título IV no es una norma de procedimiento administrativo, sino que se trata de normas que regulan el “Contencioso Administrativo”. En el cons. 15 establece que es de aplicación el art. 25, por conducto del art. 30,<sup>(12)</sup> cuya constitucionalidad

c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa;

d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado.

Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas”.

(11) Véase: Julio S. Nazareno (en disidencia parcial); Eduardo Moliné O'Connor y Carlos Fayt (en disidencia); Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano (en disidencia parcial); Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert (en disidencia parcial); Adolfo Roberto Vázquez (por su voto).

(12) Artículo 30: “El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia

había sido reconocida en el precedente “Gypobras” (Fallos: 318:440). Finalmente, en el cons. 17 concluyen los jueces que la excepción de esta porción de la Ley de Procedimiento Administrativo realiza una distinción irrazonable a favor de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, toda vez que se encuentran en una mejor situación que el resto de los ciudadanos.

Con posterioridad vuelve a llegar el tema a la Corte en el caso “Resch” (Fallos: 327:4681), una vez más un tema operativo y la aplicación del art. 25 LPA. Para resolver esta cuestión es evidente la existencia de un interés por parte de la Corte, ya que, en su propio entendimiento, estamos ante un caso que excepciona la regla sobre la exclusión de cuestiones procesales de los recursos extraordinarios, así como también flexibiliza los límites cualitativos de la fundamentación de una expresión de agravios que había provocado que se califique el recurso como desierto. En este caso es importante señalar que la Dra. Highton, en su voto, señala la necesidad de una ley procesal que regule el contencioso-administrativo. Para ello recuerda la dispersión de interpretación que el Título IV ha producido, como la misma falta de unanimidad que existió en el precedente “Tajes”. En este voto se resuelve poner en conocimiento del Ministerio de Justicia a efectos de que envíe un proyecto de ley.

También es en este precedente donde el Dr. Maqueda, en su disidencia, recoge el pensamiento de la minoría en “Tajes” y suma la modificación que provocó el decreto 722/96 en la aplicación supletoria de la ley de procedimientos sobre los regímenes especiales. Considera allí la cuestión de desigualdad a favor del personal militar respecto del resto de los ciudadanos, en especial respecto del resto de los agentes públicos.

Finalmente, en “Daus” (Fallos: 329:2886) la Corte asimila el cambio normativo del decreto 722/96 en su fallo de mayoría, pero sostiene la inaplicabilidad del art. 25 por no corresponder en forma supletoria la normativa que restringe derechos.

En autos “Falconi, Oscar Martín c/ EN-M Seguridad-Dic s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” (2018), el juez Rosatti votó en el sentido de la disidencia del Dr. Maqueda; la votación fue tres a dos a favor del mantenimiento de la doctrina del caso “Daus”. Esto se replicó en “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Villarreal, Eva Paulina y otros c/ EN – M Seguridad-SSI s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” (2019).

---

o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24.

El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas”.

No existe, al momento de la presentación de este trabajo, ningún fallo del tema con posterioridad a la renuncia de la Dra. Highton, situación que *a priori* hubiera establecido una situación de dos a dos sobre la aplicación del art. 25 en causas en las que es parte personal militar o civil de las fuerzas de seguridad; solo existe un pronunciamiento. Sin embargo, en 2021, se dictó sentencia en “CAF 23109/2008/CS1-CA3 Cayo, Manuel del Rosario José y otros c/ EN – M° Justicia – GN-ley 19.101-dtos. 1082/73 1184/97 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” en el cual se resolvió por vía de aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.<sup>(13)</sup>

Por último, no puede dejar de advertirse que en todos los casos en que exista algún tipo de duda, la CSJN (2021) ha dejado muy en claro que se debe estar ante la validez de la apertura de la vía judicial por aplicación del *principio in dubio pro actione*.

### **2.3. Análisis de la praxis de lo hasta aquí relatado a las causas por diferencias salariales**

#### 2.3.1. Fuero Contencioso Administrativo Federal

Recapitulando lo hasta aquí aprendido deberíamos determinar:

- a) si las diferencias salariales son en cuestiones operativas o comunes y su porqué;
- b) si la exclusión del art. 25 LPA se extiende a la totalidad del Título IV y su fundamentación;
- c) si la aplicación del Título IV condiciona derechos para los actores en estas causas y el alcance material de la restricción.

En el fuero contencioso-administrativo, en forma unánime, se rechaza la excepción, en su mayoría por remisión al precedente “Daus”, que no trata sobre diferencias salariales e impone la idea de que la descalificación por restricción de derechos del art. 25 supletorio se extiende a los arts. 30 y 32.<sup>(14)</sup> Es decir, la construcción que puede realizarse de la experiencia

---

(13) Art. 280: “Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

(14) Artículo 32: “El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediere una norma expresa que así lo establezca y cuando:

- a) Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;
- b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual”.

recogida es la siguiente: la instancia administrativa previa es restrictiva de derechos, solo para el caso de que la diferencia salarial sea respecto de una agente de las Fuerzas Armadas o de Seguridad.

En algunos casos existe una referencia al plenario “Marroquin. Urquiola, Ignacio Francisco c/ Estado Nacional-Ministerio del Interior - Prefectura Naval Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” (2000). Cabe advertir que este no resuelve realmente la cuestión porque solo se limita a dejar sin efectos la doctrina del plenario “Astarida, Alberto José”<sup>(15)</sup> en referencia directa del fallo “Tajes”. El voto en disidencia del Dr. Galli precisamente marca que correspondería un nuevo plenario para fijar la nueva doctrina. Hoy en día no hubo un pronunciamiento equivalente en estos términos.

Al momento de revisar las interlocutorias, hay unanimidad en las salas, pero sin especificar o argumentar sobre el siguiente interrogante: ¿por qué el tránsito por la vía administrativa previa es equivalente a la caducidad del derecho que implica el art. 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo? En otras palabras, se extiende la interdicción de analogía por aniquilamiento del derecho a todo el Título IV de la ley 19.549.

### 2.3.2. Fuero de la Seguridad Social

En el fuero de la Seguridad Social, las tres salas se inclinan por el rechazo. La cuestión es aún más singular en primera instancia toda vez que:

- a) algunos juzgados resuelven la cuestión –CSS 5 y 8–;
- b) otros lo hacen en forma anticipada;
- c) otros directamente soslayan absolutamente la presencia del planteo.

En los juzgados CSS N° 1, N° 3 –hasta que comenzó la subrogancia de la Dra. Braghini–, N° 4, N° 6 –desde la subrogancia de la Dra. Vertolini–, N° 9 –desde la subrogancia del Dr. Zenobi– y N° 10 existe lo que se denomina “auto anticipatorio”, en el que se resuelve en forma cuasialgorítmica distintas etapas del juicio en la primera providencia. Allí, entre otras cosas, se ordena el traslado de la demanda y se la tiene por contestada, se ordenan las pruebas, se resuelve que las excepciones que no sean de previo sean tratadas con el fondo y se ordena su traslado y, en lo que aquí respecta, se resuelve rechazar la falta de habilitación de instancia por remisión al precedente “Daus”; finalmente, se abre la causa a prueba.

---

(15) CNac. Cont. Adm. Fed. en pleno “Astarida, Alberto Carlos v. Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía) s/ restitución en el cargo”, 06/11/1986.

El Juzgado CSS N° 7 no trata la excepción ni de forma previa ni posterior con la sentencia.

En la etapa de revisión, la confirmación por el rechazo también es unánime.

## 2.4. Conclusión y dificultades del sistema actual

Vemos entonces que existe una disyuntiva entre resolver conforme a las pautas de las normas adjetivas y demorar las causas, obviarlas por completo y avanzar o establecer reglas *sui generis* en virtud de la potencia creativa judicial, pero que también implica modificar, desconocer o descartar porciones de la normativa vigente para un presupuesto de la acción de conocimiento que es el trámite que en estos primeros autos se les imprime a las actuaciones.

A su turno, si a esto le sumamos que no son pocas las veces que con la contestación de demanda<sup>(16)</sup> se está en condiciones prácticamente de dictar sentencia, retrotraer el pleito a los efectos del tránsito por la vía administrativa no termina siendo una opción válida para los jueces. En estos términos, la excepción es rechazada.

Por otro lado, es evidente que el cauce procesal previo, *per se*, tampoco resuelve de forma única la cuestión. Al seguir en sus formas al proceso judicial, cada agente o grupo de agentes que inicia un trámite tiene un efecto solo respecto de este en el agotamiento de la vía, en virtud del principio de congruencia.

Es de hacer notar que aquí también existe un déficit de actualización en la norma adjetiva administrativa, la cual debiera incluir la posibilidad de expediente con efectos *erga omnes* en su resolución (Canda, 2005, punto 4), en un tránsito a lo que se ha denominado procedimientos administrativos de tercera generación (Barnes, 2011). Estos aspectos no son abordados por la Ley Bases.

Si todos los casos son objetivamente iguales, la decisión para un agente debiera ser la misma para todos y de allí no resultaría inútil que se transite la instancia administrativa previa para que se provoque un pronunciamiento respecto de la petición.

Existe un antecedente emitido por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, publicado en el Boletín Público del Servicio Penitenciario

---

(16) No existe una etapa específica de tratamiento de la excepción, por lo que se plantea la defensa en simultáneo con toda la contestación de demanda, esto es, otro signo de la ausencia de previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ante la presencia del Estado en juicio (Balbín, 2011).

Federal 2938, del 8 de enero de 2010, en el cual puede leerse que se resolvió declarar

... improcedente en virtud a la naturaleza legislativa comprometida, con carácter general, toda reclamación administrativa por parte de los agentes en actividad, retirados y pensionados del Servicio Penitenciario Federal que, con sustento en el dispositivo legal Decretos N.º 2807/93, 1275/05, 1223/06, 872/07, 884/08 y 752/09 procuren la percepción de los suplementos creados por tales normas, como remunerativos, bonificables y de carácter general.

Es decir, resolvió para todos los casos.

### **3. Posibles efectos de las modificaciones**

Las modificaciones aprobadas plantean una serie de conceptos que atraviesan de forma clara y directa el análisis hasta aquí efectuado.

El cambio de paradigma ante la aplicación directa del Título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo a los organismos militares de defensa y seguridad, quedando a salvo las cuestiones específicas de sus respectivas competencias particulares consolida, en un texto legal, la posición sustentada desde la Procuración del Tesoro con apoyatura en sus citas doctrinarias oportunamente citadas al comienzo de este trabajo. En este sentido se consolidaría en un texto legal la posición sustentada desde la Procuración del Tesoro con apoyatura en sus citas doctrinarias oportunamente referidas al comienzo de este trabajo.

De esta forma, la modificación implica que, ante un reclamo por diferencias salariales, no podrá existir duda: se deberá realizar un tránsito previo por vía administrativa como requisito de actuación de validez de la revisión judicial –art. 30, conf. art. 43 de la ley–. A su turno, en caso de no realizarse se aplicará en forma directa el extendido plazo del modificado en el art. 25, es decir, ciento ochenta días judiciales –art. 43 de la ley 27.742–.

Es decir, todo el andamiaje construido a partir del precedente “Daus” y las dudas interpretativas expuestas en distintos votos de la propia Corte quedan absolutamente superados por la reforma. Para excepcionarse, deberán concurrir algunas de las circunstancias establecidas en el nuevo texto.

Tradicionalmente, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se ha considerado procedente la vía del amparo para diferencias salariales. En este sentido, podría operar eventualmente el “ritualismo inútil”

–art. 32, de acuerdo al art. 51 de la ley–, que retorna al texto legal luego de ser eliminado y elevado a principio general por vía jurisprudencial. Sin embargo, tratándose de una cuestión de hecho y prueba, tendrá la carga de su demostración quién sostiene la habilitación de instancia a través de los elementos fácticos que sustentan esa posición.

Podríamos elucubrar que para ello debería haber una serie de antecedentes negativos respecto de reclamos análogos. Ahora bien, ¿cómo se construye esa analogía: por un reclamo de la misma norma, por el carácter remunerativo o bonificable de un rubro? ¿El mismo rubro? Si la administración ya fijó una posición ante varios cambios normativos, es posible oponer esos antecedentes. Es importante tener en consideración que rige entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial el principio de congruencia (Monti, 2022).

Es evidente que la aplicación del instituto no podrá ser ni mecánica ni lineal, y se deberá individualizar bien el antecedente fáctico o la premisa sobre la cual se construye para que funcione la excepción.

Otra cuestión que merecerá atención, aunque no de forma inmediata, es la interpretación del silencio a través de la nueva construcción que incorpora la ley en su art. 31, que modifica al art. 10 e incorpora el silencio positivo como posibilidad cuando “una norma exija una autorización u otra conformidad administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto; al vencimiento del plazo previsto para resolver sin haberse dictado resolución expresa, el silencio tendrá sentido positivo”.

En principio, la norma es clara, pero dada la creatividad del ejercicio de la abogacía no será difícil pensar la existencia de planteos a partir de esta apertura –el sistema anterior era sumamente restrictivo (Lima, 2012)–; por ello, desde estos ámbitos de debate debemos pensar formas en las cuales ejercer la defensa del Estado Nacional en juicio.

En la casuística negativa, no incluye “diferencias salariales”, por lo que la subsunción vendría por la inclusión del reclamo asimilándolo a una autorización u otra conformidad administrativa.

Se trata del caso en el que un agente considera que está en condiciones de cobrar determinado suplemento y/o complemento, pero requiere una petición para su obtención. La inactividad del Estado podría ser entendida como “un escollo para ejercer ese derecho preexistente cuyo ejercicio se halla subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos” (Cassagne, 2002, p. 334). Es posible asimilar conceptualmente dicho pedido a la clasificación que se realiza en la obra citada como autorizaciones personales o reales (Cassagne, 2002).

Desde ya que los conceptos no son idénticos, pero parece que se necesita recorrer una distancia muy lejana para la posibilidad de planteos que se basen en este tipo de analogías, con la potencia jurígena que se genera cuando se trata la tutela de un derecho que, en principio, tiene un contenido alimentario.

Al respecto, las defensas desde la representación estatal deberían ir dirigidas hacia la construcción de un concepto propio de “autorización”, un desmarque claro de la casuística en la que se presenta la opción del silencio con un sentido positivo y, en el caso de ser posible, la inclusión de un listado por vía reglamentaria que permita afirmar en qué casos –al igual que lo hace la ley– no se aplicará para no dejar duda del instituto.

#### **4. Palabras finales**

El objetivo del presente trabajo es ver cómo las reformas en los textos legales pueden tener consecuencias directas e inmediatas sobre aspectos de la vida jurídica que, en principio, no parecen ser tenidos en cuenta en los debates.

El vuelco copernicano que implica la aplicación directa de la ley en las Fuerzas Armadas y de Seguridad tendrá consecuencias directas en una gran cantidad de pleitos:

- a) Los abogados del Estado tendrán un sustento legal firme para plantear la “falta de habilitación de instancia” basada en la aplicación directa del Título IV.
- b) Para que se produzca la excepción al principio, a través de la figura del principio general “ritualismo inútil”, se tendrá que alegar y probar en sede judicial, viendo a través de la casuística cuáles son los parámetros y extremos de su procedencia.
- c) La nueva cantidad de reclamos administrativos, ahora exigidos por ley, probablemente superen en capacidad operativa a la capacidad de respuesta instalada de los órganos con competencia para resolver, por lo que es esperable que se produzcan demoras que activen el mecanismo del silencio.
- d) La puja entre el peticionario y el Estado por la interpretación del sentido del silencio, en tanto y en cuanto el sentido de la modificación es sumamente ampliatorio respecto del viejo texto, será definitorio a los efectos de establecer si se está ante una acción judicial de reclamo o, en su caso, la ejecución de un derecho ya otorgado de forma tácita.

Estas viejas pero renovadas cuestiones nos convocan a la reflexión sobre el tratamiento normativo en la nueva ley para que tengamos la

oportunidad de dar la mejor respuesta; para ello, es la ECAE el mejor marco para promover estos debates.

## 5. Referencias bibliográficas

- Aguilar Valdéz, O.** (2009). El agotamiento de la vía administrativa. En G. Tawil (Dir.), *Procedimiento Administrativo*. Abeledo Perrot.
- Balbín, C. F.** (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. La Ley.
- Barnes, J.** (2011). Tres generaciones del procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), pp. 77-108. doi.org/10.18800/derechopucp.201102.003
- Canda, F. y Comadira, P.** (2005). Cuestiones relativas a la habilitación de la instancia judicial en un fallo de la Corte Suprema. *ED, Supl. Derecho Administrativo*.
- Canosa, A.** (2002). El procedimiento administrativo como elemento del acto administrativo. saij.gob.ar/doctrina/dacfl40295-canosa-procedimiento\_como\_elemento\_acto.htm
- Carattini, M.** (2012). El ritualismo inútil como principio jurídico en la habilitación de la instancia judicial. En M. Dos Santos (Dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo.
- Cassagne, J. C.** (2002). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Abeledo Perrot.
- (2015). *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*. La Ley.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia.** (2021). *Notas de Jurisprudencia*. sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/21/documento
- Escola, H. J.** (1973). *Tratado General de Procedimiento Administrativo*. Depalma.
- García Pulles, F.** (2015). Sobre la necesidad de sancionar un Código Contencioso Administrativo. En S. Ávila, *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa federal*. Congreso Federal sobre Reformas Legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014. Ediciones SAIJ-Infojus.
- Ivanega, M. M.** (1998). Consideraciones acerca del reclamo administrativo previo y la excepción del ritualismo inútil. *Procedimiento Administrativo: Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*. Ciencias de la Administración.
- Jeanneret de Pérez Cortés, M.** (1998). Los reclamos. Reflexiones sobre el reclamo administrativo previo. *Jornadas Nacionales sobre Procedimiento Administrativo*. Ciencias de la Administración.
- Lauhirat, S.** (2022). El fundamento epistémico del agotamiento de la vía administrativa y sus tendencias actuales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Fuero Contencioso Administrativo Federal. En G. Stortoni y P. Sammartino (Coords.), *Potestades administrativas y Garantías*

en el Estado Constitucional contemporáneo. ECAE. argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/11/libor\_ecae\_potestades\_administrativas.pdf

**Lima, F. J.** (2012). El silencio en la Administración y la habilitación de la instancia judicial. En M. B. Dos Santos (Dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo.

**Marienhoff, M.** (1980). *Demandas contra el Estado Nacional los arts. 25 y 30 de la ley de procedimiento administrativo nacional*. La Ley.

**Monti, L.** (2005). Ámbito de aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos. En J. C. Cassagne (Dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*. LexisNexis/Abeledo Perrot.

----- (2014). Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal. *Revista Derecho Público*, año 3, (8), pp. 167-176.

**Monti, L.** (2022). Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal. En G. Stortoni y P. Sammartino (Coords.), *Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo*. ECAE.

**Perrino, P. y De la Riva, I.** (2010). Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa en el Derecho Argentino. *Revista De Derecho Administrativo*, (9), pp. 265-284. revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13718

----- (2012). Las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. En H. Pozo Gowland, D. Halperin, O. Aguilar Valdéz, F. J. Lima y A. C. Canosa (Dirs.), *Procedimiento administrativo*. Vol. I. La Ley.

**Sammartino, P. M.** (2021). Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular. *RDA*, (135), pp. 3-91.

## 6. Referencias jurisprudenciales

**CNac. Cont. Adm. Fed., Plenario**, “Marroquín Urquiola, Ignacio Francisco c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Prefectura Naval Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA Y de Seg.”, 14/09/2000.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala V**, “Meza Agustín y otros c/ E. N. M. Defensa-EMGADto. 2769/73 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, 14/08/2006.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Sala III**, “Abastecimientos Hospitalarios SA c/ EN M. S y AS Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas s/ Contrato Administrativo”, 08/06/2011.

**CNac. Cont. Adm. Fed., Plenario**, “Córdoba Salvador y Otros c/ EN - Dirección General de Fabricación Militares s/ empleo público”, 18/05/2011.

- CNac. Cont. Adm. Fed., Sala III**, “Asociación Argentina de Derecho de Daños y otro c/ Massalín Particulares S.A. y otros/ Proceso de Conocimiento”, 18/03/2022.
- CSJN**, “Ganadera Los Lagos”, 1941, Fallos: 190:142.
- CSJN**, “Bagnat, Juan Carlos c/ Estado Nacional (Est. Mayor Gral. Naval) s/ retiro militar”, 10/03/1988, Fallos: 311:255.
- CSJN**, “Sire, Guillermo Eduardo c/ Estado Nacional (Fuerzas Armadas de la República Argentina Comando en Jefe de la Armada Argentina) s/ daños y perjuicios”, 08/08/1989, Fallos: 312:1250.
- CSJN**, “Tajes, Raúl Eduardo c/ Estado Nacional (E. M. G. E.) s/ Retiro Militar y Fuerzas de Seguridad”, 31/03/1999, Fallos: 322:551.
- CSJN**, “Resch, Héctor Juan c/ Ministerio del Interior - Policía Federal s/ Personal Mil. Civil y de las FFAA y de Seg.”, 26/10/2004, Fallos: 327:4681.
- CSJN**, “El Jacarandá SA c/ Estado Nacional s/ juicios de conocimientos”, 28/07/2005, Fallos: 328:2654.
- CSJN**, “Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional M. de Econ. y Obr. y Serv. Públ. s/proceso de conocimiento”, 15/05/2014, Fallos: 337:548.
- CSJN**, “Falconi, Oscar Martín c/ EN-M. Seguridad-Dic s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, 27/11/2018.
- CSJN**, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Villarreal, Eva Paulina y otros c/ EN - M° Seguridad -SSI s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”, 07/03/2019.

# Acto administrativo y teoría discursiva del derecho

Ramiro Simón Padrós

Corte de Justicia de la Provincia de Salta

Correo electrónico: rsimonpadros@hotmail.com

**Cómo citar este artículo:** Simón Padrós, R. (2024). Acto administrativo y teoría discursiva del derecho. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 128 a 150. ISSN 2796-8642

**Resumen:** El presente artículo realiza una introducción al estudio del acto administrativo desde la perspectiva de la **teoría discursiva del derecho**. Se adopta, además, una noción estricta de acto administrativo como regulación, es decir, como una norma jurídica que declara lo que es derecho en el caso concreto. Solo cuentan como actos administrativos las decisiones de autoridad que crean, modifican o extinguen situaciones o relaciones jurídicas. Las declaraciones de conocimiento, juicio o deseo, al no producir ninguno de los efectos señalados, quedan excluidas de la noción de acto administrativo.

En tanto la teoría ponga énfasis en la naturaleza **realizativa** de este tipo de decisiones, como medidas de autoridad orientadas a la regulación de situaciones jurídicas en casos concretos, ella no puede sino justificarse desde los principios que estructuran al **Estado democrático de derecho** y al procedimiento de producción legítima de normas jurídicas.

En el procedimiento de producción de actos administrativos tienen que cumplirse las condiciones de racionalidad que permitan asegurar el carácter reflexivo de la decisión. Ello supone ligar la legitimidad de la decisión administrativa a la participación de los interesados en procedimientos que permanecen sometidos a las exigencias de la **razón comunicativa**.

**Palabras clave:** Teoría discursiva; regulación; Estado democrático de derecho; razón comunicativa.

**Abstract:** This article provides an introduction to the study of the administrative act from the perspective of the **discursive theory of law**. In addition, it adopts a strict notion of an administrative act as a **regulation**, i.e. as a legal norm that declares what is law in a specific case. Only declarations of authority that create, modify or extinguish legal situations or relationships count as administrative acts. Declarations of knowledge, judgement or desire, as they do not produce any of the above-mentioned effects, are excluded from the notion of administrative act.

As long as the theory emphasises the **realisational** nature of this type of decisions, as measures of authority aimed at regulating legal situations in specific cases, it can only be justified on the basis of the principles that structure the **democratic State of law** and the procedure for the legitimate production of legal norms.

In the procedure for the production of administrative acts, the conditions of rationality must be fulfilled in order to ensure the reflective character of the decision. This implies linking the legitimacy of the administrative decision to the participation of the interested parties in procedures that remain subject to the requirements of **communicative reason**.

**Keywords:** Discursive theory; regulation; Democratic rule of law; communicative reasoning.

## 1. Introducción<sup>(1)</sup>

La interpretación del acto administrativo como una norma jurídica concreta por medio de la que la Administración cumple su función de conformación social (Forsthoff, 1958) supone el conocimiento de las reglas y principios que dan forma a la estructura general del Estado en el que, entre tanto, aquella desarrolla su acción ejecutiva. En otras palabras, es necesario entender al acto administrativo como una expresión genuina de una concepción normativa más amplia del derecho y del Estado de derecho.

Un estudio de tales características exige una mirada del acto administrativo que se mantenga abierta a distintos puntos de vista metodológicos, de forma que haga posible superar el enfoque legicentrista que es común en los estudios de doctrina y, en su lugar, dé cuenta de los diferentes aspectos que presenta esta figura central del derecho administrativo moderno. A este objetivo están dirigidas las siguientes consideraciones.

---

(1) Las consideraciones que se exponen en el presente artículo respecto a la **génesis discursiva** del acto administrativo integran el trabajo de investigación que, en términos de teoría general, hemos desarrollado en nuestra tesis de doctorado, actualmente en prensa, cuya lectura oportunamente recomendamos.

## 2. El acto administrativo: su vinculación con las teorías de la sociedad, el derecho y el Estado democrático de derecho

El derecho, como categoría de la mediación social, guarda una estrecha vinculación con la historia, la sociología, la teoría moral y la filosofía, y, por cierto, también con la ciencia política. Ello determina que la aproximación al estudio del derecho deba realizarse desde una perspectiva multidisciplinaria, es decir, como sostiene Habermas (2010), a través de un “procedimiento pluralista en lo tocante a métodos” (p. 57) que ponga de relieve sus entrelazamientos complementarios y excluya cualquier análisis parcial o fragmentario de la experiencia jurídica.

La dogmática jurídica, con su atención puesta exclusivamente en el análisis **formal** de las normas y en la comprensión de los textos legales, deja fuera del campo de la investigación del derecho la indagación acerca de la función de **estabilización de la sociedad** que las normas jurídicas desempeñan. Se necesita, en consecuencia, un planteamiento reconstructivo del fenómeno jurídico que incluya ambas perspectivas: por un lado, una teoría de la sociedad sobre la que se asiente la teoría del derecho, y por el otro, una teoría del derecho (Habermas, 2010).

Desde el punto de vista de la teoría de la sociedad, el derecho cumple una específica función **sociointegradora** por vía de hacer posible el desarrollo de la acción comunicativa en ámbitos hasta entonces mediados sistémicamente. Desde el punto de vista de la teoría del derecho, entretanto, los ordenamientos jurídicos modernos solo pueden adquirir su legitimidad de la idea de **autodeterminación**, conforme a la cual los ciudadanos tienen que poder reconocerse a la vez como los autores del derecho al que ellos mismos se encuentran sometidos como sus destinatarios (Habermas, 2010).

Como sostiene Linares (2015), no es posible “hacer ciencia jurídica disociada de una teoría general del derecho” (p. XII). Con arreglo a la teoría discursiva del derecho, el análisis reconstructivo del acto administrativo se propone explicitar, en términos categoriales, la estructura de racionalidad y los elementos subyacentes a esta forma de actuación jurídica de la administración del Estado constitucional de derecho.

El objeto de toda reconstrucción racional es descubrir las reglas y condiciones que están presupuestas en la capacidad del sujeto de producir configuraciones simbólicas provistas de sentido (McCarthy, 2013). Por ese motivo, una reinterpretación en términos de pragmática universal del lenguaje (Habermas, 2020) tiene que partir de la hipótesis de que el éxito de la comunicación intersubjetiva depende del cumplimiento de determinadas condiciones o presuposiciones de carácter universal,

inherentes a la competencia comunicativa de la especie humana, que pueden reconstruirse en cada tipo de actos de habla.<sup>(2)</sup>

La idea de una pragmática universal refiere a la pretensión de que es posible una reconstrucción racional en términos universales tanto de los rasgos fonéticos, sintácticos y semánticos de las oraciones, es decir, de la competencia lingüística, como de los rasgos pragmáticos de las emisiones o afirmaciones, esto es, de la competencia comunicativa (McCarthy, 2013). Así, el concepto sociológico del sentido de las acciones se entiende en términos **dialógicos** y sobre la base de la acción comunicativa como mecanismo de entendimiento capaz de posibilitar la coordinación de los planes de acción de los diferentes actores.

El concepto de **acción comunicativa** explica el proceso de integración de la sociedad a partir del uso del lenguaje orientado al entendimiento como modo original, es decir, sobre la base de la capacidad de establecer vínculos que tiene el lenguaje intersubjetivamente compartido (Habermas, 2018). En la estructura y presupuestos de los actos de habla se encuentra el núcleo de la práctica comunicativa cotidiana por medio de la que se hace posible el establecimiento de relaciones entre los sujetos y la coordinación de las acciones en la sociedad (Fabra, 2008).<sup>(3)</sup>

La interacción social solo es posible en aquellos casos en que los participantes pueden alcanzar un acuerdo sobre la base de tomas de postura de afirmación o de negación frente a pretensiones de validez que potencialmente descansan en razones y que, por eso, pueden ser sometidas a examen (Habermas, 2018).<sup>(4)</sup> Conforme al paradigma comunicativo de la

(2) Sostiene Searle (1994) que “... la producción o emisión de una oración–instancia bajo ciertas condiciones constituye un acto de habla, y los actos de habla (...) son las unidades básicas o mínimas de la comunicación lingüística”. De modo que una teoría del lenguaje forma parte necesariamente de una teoría de la acción, pues “hablar un lenguaje es una forma de conducta gobernada por reglas” (pp. 26-27). O, con otras palabras, “hablar consiste en realizar actos conforme a reglas” (p. 31).

(3) Pone de relieve el filósofo catalán que, para Habermas, existe una característica formal que es definitoria de toda actividad lingüística, a saber: la doble estructura de los actos de habla. “Esta doble estructura remite, por un lado, al nivel del contenido proposicional del acto de habla (su contenido cognitivo) y, por el otro, al tipo de relación pragmática que se establece entre hablante y oyente” (Fabra, 2008, p. 104), o contenido interactivo.

(4) En este sentido, expresa Fabra (2008): “Habermas construye su concepto de **pretensión** de validez en base a un modelo jurídico (...): con la emisión de cada acto de habla no asumimos únicamente unas obligaciones concretas, sino que también ‘sostenemos’ –implícitamente– una determinada posición –una pretensión– que, en caso necesario, tendremos que ‘defender’ con razones ante el tribunal de nuestra audiencia. Al hacer una determinada afirmación, al explicar o exponer algo, el hablante está sosteniendo implícitamente que aquello que afirma o explica es verdadero; su ‘pretensión’ es llegar a un acuerdo con el oyente sobre la base de que este reconozca la verdad de aquello que dice. Al hacer una advertencia, una admonición, al dar una orden, al imponer un castigo, al cerrar un contrato, está sosteniendo que aquello que ordena, impone o advierte es normativamente correcto o adecuado y el acuerdo con el oyente dependerá de que este reconozca esta ‘pretensión’

acción, pretensiones de validez y razones aparecen conectadas internamente (Habermas, 2018). Toda comunicación lingüística presupone una toma de postura frente a (o respecto de) pretensiones de validez susceptibles de críticas (Habermas, 2018).

En el uso comunicativo del lenguaje viene anticipada una situación hipotética que es constitutiva de todo discurso. Esta “situación ideal de habla” (Habermas, 2020, p. 153) no es un dato empírico, pero tampoco una simple construcción formal, sino un ideal regulativo contra el que confrontar cualquier situación de habla empírica.<sup>(5)</sup> Por medio de los procesos reales de diálogo los participantes intentan reproducir, hasta donde sea posible, las condiciones de la situación ideal de habla (Martí, 2006). La acción comunicativa remite a una **argumentación**<sup>(6)</sup> en la que los participantes en el proceso de diálogo tienen la carga de justificar sus pretensiones de validez ante un auditorio idealmente ampliado (Habermas, 2010). El acuerdo alcanzado de ese modo se apoya en el reconocimiento intersubjetivo de la validez de la pretensión vinculada con una determinada manifestación o emisión comunicativa (Habermas, 2018). Ello conduce al análisis del discurso como forma de reflexión de la acción comunicativa (Toro González, 2005).

En estos términos, el reconocimiento intersubjetivo de la validez de las pretensiones contenidas en los respectivos actos de habla confiere a la práctica comunicativa un carácter específicamente **cooperativo** (Habermas, 2018).

---

de corrección; al expresar un sentimiento, un estado de ánimo, un deseo, una sensación, el acuerdo vendrá determinado por el hecho de que el oyente reconozca la ‘pretensión’ implícita de que aquello que se expresa es veraz o auténtico. En cada uno de estos casos predomina, pues, un determinado criterio o pretensión de validez (*Geltungsanspruch*): la verdad en las aserciones o actos de habla constatativos, la corrección o rectitud normativa en los actos de habla regulativos, la veracidad o autenticidad en los expresivos” (pp. 118-119).

(5) “La situación ideal de habla no es ni un fenómeno empírico ni una simple construcción, sino una suposición inevitable que recíprocamente nos hacemos en los discursos. Esa suposición puede ser contrafáctica, pero no tiene porqué serlo; más aún, cuando se haga contrafácticamente, es una ficción operante en el proceso de comunicación. Prefiero hablar, por tanto, de una anticipación, de la anticipación de una situación ideal de habla. Solo esta anticipación garantiza que con el consenso fácticamente alcanzado podamos asociar la pretensión de un consenso racional; a la vez se convierte en canon crítico con que se puede poner en cuestión todo consenso fácticamente alcanzado y examinar si puede considerarse indicador suficiente de un consenso fundado” (Habermas, 2020, p. 155).

(6) Por argumentación, expresa Habermas (2018), debe entenderse “el tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto controvertidas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas mediante argumentos. Un **argumento** contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la **pretensión de validez** de la manifestación problematizada. La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia (*Triftigkeit*) de las razones. Esta se pone de manifiesto, entre otras cosas, en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez de que se trate. Sobre este trasfondo podemos juzgar también de la racionalidad de un sujeto capaz de lenguaje y de acción según sea su comportamiento, llegado el caso, como participante en una argumentación” (p. 42).

La experiencia comunicativa es guiada por un interés práctico dirigido a asegurar la cooperación social; condición esencial para la acción orientada al entendimiento es que los participantes realicen de acuerdo sus respectivos planes en una **situación** definida en común.<sup>(7)</sup> Conforme a un punto de vista procedimental, las relaciones sociales entre personas se basan en procedimientos discursivos racionales y, en definitiva, puede decirse que son comunicación (Aarnio, 2008).

Pero la función social de estabilizar expectativas de comportamiento que el lenguaje cotidiano posee, sobre la base de un entendimiento fundado en un acervo de conocimiento socialmente compartido (Schutz y Luckmann, 2009), no es suficiente para actuar como fuente de normas de acción eficaces que cuenten con la fuerza vinculante necesaria para establecer un orden social legítimo y posibilitar la integración social.

En efecto, el circuito de la comunicación que se desarrolla en el mundo de la vida por vía del entendimiento lingüístico, esencial para la integración de las sociedades, queda desconectado o interrumpido en los ámbitos sistémicamente organizados al encontrarse con medios de regulación, como el dinero y el poder administrativo, que se muestran indiferentes a los mensajes efectuados en el medio del lenguaje ordinario (Habermas, 2018). “El lenguaje ordinario constituye, ciertamente, un horizonte universal del entendimiento; en principio puede traducir todo de todas las lenguas. Pero no puede, a la inversa, operacionalizar sus mensajes para todos sus destinatarios de forma comportamentalmente eficaz” (Habermas, 2010, p. 120).

En este sentido, las certezas que aporta el mundo de la vida, ellas mismas pluralizadas y cada vez más diferenciadas, se revelan como insuficientes para asegurar la integración social de una comunidad que, entretanto, se ha vuelto más compleja. En caso de conflicto, los sujetos que actúan comunicativamente se encuentran frente a la alternativa de tener que romper la comunicación y dilatar la solución, o bien pasar a la acción estratégica y procurar dirimirlo. Frente a esa disyuntiva, un medio para la solución pacífica de los conflictos se encuentra en la “**regulación normativa de interacciones estratégicas** en la que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse de acuerdo o entenderse” (Habermas, 2010, pp. 88-89).

---

(7) “Una **situación** representa el fragmento de un mundo de la vida delimitado por relación a un tema. Un tema surge en conexión con intereses y metas de acción de (a lo menos) un participante; circunscribe el **ámbito** de relevancia de los componentes de la situación susceptibles de ser tematizados y viene subrayado por los planes que los participantes conciben sobre la base de la interpretación que hacen de la situación, con el fin de realizar sus propios fines. La situación de acción interpretada circunscribe un ámbito temáticamente abierto de alternativas de acción, es decir, de condiciones y medios para la ejecución de planes. A la situación pertenece todo lo que se hace sentir como restricción para las correspondientes iniciativas de acción” (Habermas, 2020, p. 494).

La realización de un orden social legítimo requiere el auxilio de un **orden jurídico** que regule eficazmente la acción social y posibilite la integración de las sociedades modernas altamente pluralizadas. La relevancia del aspecto comunicativo que el empleo del lenguaje orientado al entendimiento (o en función del entendimiento) tiene para la teoría jurídica radica en que el derecho, como sistema de coordinación de las acciones en la sociedad, presupone en algún momento una praxis de la comunicación entre sujetos autónomos tendiente a ponerse de acuerdo acerca de sus pretensiones. De tal modo, señala Habermas (2010) que

... [s]olo en el lenguaje del derecho pueden circular **a lo ancho de toda la sociedad** mensajes de contenido normativo; sin la traducción al complejo código que el derecho representa, abierto por igual a sistema y mundo de la vida, esos mensajes chocarían con oídos sordos en aquellos ámbitos de acción regidos por medios sistémicos de regulación o control. (p. 120)

Las semejanzas estructurales entre derecho y acción comunicativa, en cuanto estructuras de reconocimiento recíproco entre sujetos que se perciben a sí mismos como miembros **libres e iguales** de una comunidad jurídica, son las que permiten explicar porqué los discursos, esto es, las formas de una acción comunicativa que se ha vuelto reflexiva, desempeñan un papel constitutivo en la producción y en la aplicación de las normas jurídicas (Habermas, 2010). El denominado **paradigma procedimental del derecho** viene a dar respuesta a esta necesidad de que el sistema jurídico se apoye en un esquema de cooperación en el proceso de realización del derecho. El mismo permite explicar la legitimidad del derecho por medio de procedimientos y presupuestos comunicativos, institucionalizados a su vez jurídicamente, que fundan la presunción de que los procesos de producción y de aplicación del derecho conducen a resultados racionales (Habermas, 2010).

Desde esta óptica, el objeto de una teoría general del acto administrativo<sup>(8)</sup> consiste en reconstruir los presupuestos y las reglas de acuerdo con las que la Administración interpreta la situación y produce la norma jurídica concreta destinada a regularla. Una reconstrucción de la figura del acto administrativo que vaya más allá de la explicación dogmática de las normas del ordenamiento jurídico relativas a su nacimiento, desarrollo y extinción, tiene que partir de la previa identificación de los principios básicos que definen al moderno Estado de derecho, organizado en términos de una democracia deliberativa, y al tipo de Administración de

(8) En este sentido, remitimos a la lectura de nuestra tesis sobre la teoría general del acto administrativo en términos de teoría discursiva del derecho y del Estado democrático de derecho.

que el mismo se sirve para el cumplimiento de los cometidos que tiene constitucionalmente asignados. Solo de ese modo será posible iluminar, como dijimos, una categoría de acto administrativo que sea expresión genuina de una concepción **normativa** más amplia del Estado y de la democracia (Habermas, 2010).

La comprensión de la Administración supone el conocimiento de los principios que dan forma a la estructura general del Estado en que desarrolla su actividad ejecutiva. “Cada época de la historia de los Estados produce un tipo propio de Administración, caracterizado por sus fines peculiares y por los medios de que se sirve” (Forsthoff, 1958, p. 63). La Administración, que en el Estado liberal clásico se limitaba a ser esencialmente garantía del orden establecido, es ahora también, y de modo principal, como la califica Häberle (2019), una Administración prestacional o de prestaciones, vale decir una organización que sirve a la distribución de bienes comunes y que cumple su cometido constitucional en un marco de cooperación entre el Estado y la sociedad (Häberle, 2019).

En este orden de consideraciones, el acto administrativo se presenta como el resultado de interpretaciones que actúan hacia el interior de una determinada **idea** de la Administración y del Estado de derecho. Ello significa que el acto administrativo, como **forma típica de la acción administrativa correcta y razonable**, asume una determinada manera de entender las relaciones sociales y políticas que, para el punto de vista que se sostiene, encuentra base sólida en la teoría discursiva de la democracia y del derecho. Esta afirmación nos conduce al siguiente aspecto del análisis, es decir, qué entendemos cuando nos referimos al acto administrativo.

### 3. El acto administrativo como declaración de voluntad orientada a la regulación del caso concreto

Desde hace un tiempo la doctrina especializada discute si el acto administrativo es o no una declaración y, en todo caso, de qué tipo. ¿Es solamente una declaración de voluntad o también de conocimiento, juicio o deseo? El debate sobre esta cuestión fundamental, como se sabe, ha dado lugar a dos interpretaciones diferentes acerca del concepto de acto administrativo, que en esta oportunidad nos limitaremos a anunciar muy esquemáticamente:

- 1) de un lado, la denominada “concepción **amplia**”, representada principalmente por autores como Zanobini<sup>(9)</sup> en Italia y García de Enterría

(9) Para Zanobini (2018), quien en este punto sigue a Ranelletti, por acto administrativo cabe entender “cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa” (p. 312).

y Fernández<sup>(10)</sup> en España, quienes engloban dentro de la noción de acto administrativo a todo tipo de declaración, sea esta de voluntad, conocimiento, juicio o deseo;

- 2) del otro lado, la llamada “concepción **estricta**”, predominante en el derecho administrativo alemán desde Otto Mayer,<sup>(11)</sup> y a la que adhieren autores españoles como Boquera Oliver (1986), Muñoz Machado<sup>(12)</sup> y Bocanegra Sierra (2005), para quienes solo cuentan como actos administrativos las decisiones de carácter **regulador** de las situaciones o relaciones jurídicas.

Para responder a este interrogante es necesario determinar, con carácter previo, en qué consiste este modo de la acción administrativa sometida al derecho. En tal sentido, un análisis comprensivo de la figura del acto administrativo sustentado en una interpretación de la sociedad, del derecho y del Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso permite demostrar, con base en sólidos fundamentos científicos, la estructura comunicativa de esta categoría central del derecho administrativo moderno.

Con fundamento en ese marco teórico, el enunciado de la hipótesis propuesta está dado por la formulación de un concepto estricto de acto administrativo, **en cuanto norma jurídica orientada a la regulación del caso concreto**, cuya fuente de legitimidad se encuentra en la participación de los interesados en el procedimiento que conduce a su creación.

El concepto de acto administrativo denota la idea de regulación, que está contenida ya en la estructura comunicativa que subyace en el proceso de toma de decisiones a cargo de la Administración del Estado constitucional de derecho. Se trata, como se ha visto, de una manifestación de ejercicio del poder conferido a la autoridad para la determinación del derecho en el caso concreto, que solo puede considerarse **legítimo** si resulta de un procedimiento de formación de la voluntad en el que se ha asegurado la intervención de los distintos sujetos, públicos y privados, comprendidos en el círculo material de la decisión.

(10) En efecto, estos autores definen al acto administrativo –en términos sustancialmente semejantes al maestro italiano– como aquella “declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (1992, I, p. 530).

(11) En este sentido, Mayer (1982) define al acto administrativo como “**un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto**” (I, p. 126).

(12) Para Muñoz Machado (2017), los actos administrativos son declaraciones de la Administración que tienen efectos sobre los derechos e intereses jurídicos de los ciudadanos, en cuanto “con carácter ejecutivo los regulan, concretan, determinan, amplían o restringen de cualquier modo” (XII, p. 23).

La voluntad administrativa es una voluntad normativa que está teleológicamente ordenada a la satisfacción de intereses públicos o generales. El medio en el que se plasma esa voluntad jurídica es el procedimiento administrativo y constituye una instancia que contribuye al cumplimiento de **la acción administrativa correcta y razonable**. Como presupuesto estructural del tipo de racionalidad que es característico de la producción legítima de normas jurídicas a cargo de la Administración, **el procedimiento administrativo es la forma jurídica de la racionalidad administrativa** (Simón Padrós, 2021).

En el procedimiento administrativo se da forma a la voluntad de la Administración con el aporte e influencia de las voluntades de los distintos sujetos, públicos y privados, que participan en la elaboración del acto administrativo. La voluntad de la Administración es así una voluntad constituida discursivamente; ello explica la conexión interna que existe entre voluntad, procedimiento y acto administrativo, la que viene asegurada por la forma jurídica que representa la formación discursiva de la norma reguladora del caso concreto.

En este contexto, la asignación de una **presunción de validez** al acto administrativo se asienta en la pretensión de que la formación de la voluntad jurídica de la Administración es el resultado de la práctica de procedimientos discursivos de deliberación y decisión, asegurados a su vez jurídicamente. La creencia en la legitimidad de una determinada decisión se apoya en la propia racionalidad del proceso deliberativo empleado en su producción. Solo el cumplimiento de las condiciones procedimentales de la **génesis discursiva** del acto administrativo permite presumir que este constituye el ejercicio válido del poder estatal.

De esto se sigue que el acto administrativo es una determinación jurídicamente vinculante. Esta decisión o medida de autoridad, como **regulación**, produce un impacto directo en las situaciones o relaciones jurídicas por medio de los derechos y obligaciones que confiere. Conforme a este punto de vista, por consiguiente, solo son actos administrativos las decisiones que crean, modifican o extinguen situaciones o relaciones jurídicas, quedando excluidas de la noción estricta, en cambio, las declaraciones de conocimiento, juicio o deseo.

Ahora bien, cuando la decisión de la autoridad declara de manera vinculante un derecho o una condición jurídicamente relevante respecto de una persona, cosa o situación, la misma constituye un acto administrativo (Forsthoff, 1958). En efecto, en este supuesto, el ordenamiento contempla el derecho o la prestación, y el acto determina en el caso concreto esa situación jurídica con carácter de **regulación** (Maurer, 2011).

Estos actos administrativos no se limitan a hacer conocer a otros los hechos que están en conocimiento de la Administración y, por lo tanto, no son declaraciones de conocimiento, sino que tienen un valor constitutivo de determinadas situaciones o relaciones jurídicas. Es lo que sucede, particularmente, con ciertas inscripciones o registros y otros actos de naturaleza análoga, a los que el ordenamiento les atribuye la función de establecer la relación jurídica a través de la comprobación de las condiciones sustanciales que el mismo establece. Se trata, por consiguiente, de verdaderas declaraciones de voluntad destinadas a producir consecuencias jurídicas, es decir, declaraciones de carácter decisorio, y no de simples declaraciones de conocimiento.

En cambio, no son actos administrativos los informes, las certificaciones y los demás actos destinados a constatar un derecho o una situación jurídica ya previstos en las normas generales aplicables (Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, 2001).

#### **4. Sobre la noción de acto administrativo en la jurisprudencia de la CSJN**

En este punto es menester señalar que, al menos desde hace 88 años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene caracterizando al acto administrativo, en términos estrictos, como una decisión de autoridad que determina el derecho en el caso concreto.

En efecto, al pronunciarse en 1936 en el célebre caso “Carman de Cantón”, la Corte afirmó el carácter **regulador** de los actos administrativos, adhiriendo así a la interpretación establecida en el derecho público alemán, vigente en la actualidad sin mayores variaciones (Maurer, 2011). En esa oportunidad, el Tribunal sostuvo que “el acto administrativo es como lo define Mayer: toda disposición o decisión de autoridad que declara lo que es derecho en un caso particular” (CSJN, Fallos: 175:368).

La misma concepción estricta será reiterada, pocos años después, en el caso “Ganadera Los Lagos”, del año 1941, donde –con cita nuevamente del maestro alemán– la Corte Suprema dijo que el decreto cuya nulidad se demanda “es un acto administrativo, o sea un acto de autoridad emanado del P. E. que determina lo que para el actor debió ser el derecho en la materia de que aquel trata” (Fallos: 190:142).

Desde entonces, la Corte federal ha mantenido una noción restringida del acto administrativo sobre la base de reconocer que este comporta siempre una decisión o resolución que incide directa e inmediatamente en la esfera jurídica de los ciudadanos. Así lo entendió en el caso “Podestá”, del

año 1989, cuando afirmó que el acto administrativo es una “declaración de voluntad de la que surgen derechos subjetivos” (Fallos: 312:1189).

De la misma manera, al expedirse en 1996 en la causa “Serra”, la Corte Suprema recordó que la característica que define a los actos administrativos, frente a otras expresiones de la Administración, es que los mismos “gozan de aptitud para modificar la relación jurídica sustancial” (Fallos: 316:2454).

Finalmente, en la sentencia recaída en el caso “Benettini”, del año 2008, la Corte expresó –en línea con el pensamiento de autores franceses como Hauriou y Vedel,<sup>(13)</sup> aunque sin mencionarlos expresamente– que el acto administrativo constituye una “manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos” (Fallos: 331:2652).

Como se aprecia de la breve reseña efectuada, en la visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el acto administrativo es propiamente una declaración de voluntad, es decir, **una determinación jurídicamente vinculante que establece lo que es derecho en el caso concreto**. Y en cuanto a los efectos jurídicos de esa decisión, para el Máximo Tribunal deben consistir en la creación, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas.

Esta interpretación se corresponde perfectamente con el sistema judicialista instaurado por la Constitución Nacional que, a diferencia de los modelos europeos de doble jurisdicción, no hace depender el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de la necesidad de impugnación de actuaciones de las autoridades federales instrumentadas en la forma de (o formalizadas como) actos administrativos.

En este sentido, cabe recordar que el modelo de jurisdicción federal adoptado por los constituyentes de 1853 es el norteamericano,<sup>(14)</sup> como se encargó de dejarlo en claro la propia Corte ya desde sus primeros

---

(13) En efecto, para Hauriou (1921), la decisión ejecutoria es “toda declaración de voluntad dirigida a producir un efecto de Derecho, emitida por una autoridad administrativa de forma ejecutoria, es decir, de una forma que entraña la ejecución de oficio” (p. 395). Por su parte, de acuerdo con Vedel (1992), la decisión ejecutoria es una “manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos” (I, pp. 235-236).

(14) La filiación norteamericana de la Constitución argentina es un hecho aceptado por la doctrina constitucionalista. En este sentido, pueden consultarse –entre otras– las obras clásicas de Sarmiento (1853), González (1897), Montes de Oca (1917) y González Calderón (1931). Investigaciones más recientes han confirmado esta visión y demostrado, a nuestro criterio de manera concluyente, que el modelo adoptado en 1853 es el de la Constitución de los Estados Unidos de América. Ver, sobre el tema, el importante trabajo de García Mansilla y Ramírez Calvo (2006). Desde el derecho administrativo nacional, entretanto, sostienen una posición similar, entre otros autores, Tawil (1993) y Mairal (2021), quien expresa que “la similitud del modelo resulta evidente del texto y de la estructura de la Constitución Nacional, particularmente en lo que hace al Poder Judicial. Así, sus actuales arts. 108, 110, 116 y 117 de dicho Poder son, en gran medida, una traducción de las normas correlativas del art. III de la Constitución norteamericana, y los Estados Unidos son uno

pronunciamientos,<sup>(15)</sup> el que se extiende al conocimiento y decisión de todas las **causas** que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación (art. 116 CN). Básicamente, se trata de un sistema judicialista en el que se prohíbe terminantemente al Poder Ejecutivo “ejercer funciones judiciales” (art. 109 CN) y donde la justicia federal tiene vedado proceder de oficio, sino que únicamente ejerce su jurisdicción en el marco de un determinado caso o **controversia** (De Vedia, 1907; Zavalía, 1941).

A este respecto debe señalarse que, con arreglo al art. 116 de la Constitución Nacional, el juzgamiento de la validez de los reglamentos y actos administrativos emanados de autoridades federales corresponde al Poder Judicial cuando se alegare la vulneración de un derecho en el marco de un caso concreto. Ningún otro requisito es impuesto por la Constitución para demandar al Estado nacional. En este sentido, expresa Matienzo (1925) que “un caso cualquiera, en el que un derecho individual está en pugna con los actos de la administración nacional, es de índole judicial y va a la justicia federal” (p. 539).

Un concepto **estricto** de acto administrativo, como el que aquí se sostiene, viene a completar perfectamente el modelo judicialista de la Constitución Nacional que no confiere características revisoras ni condiciona el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa a la existencia de una decisión establecida en la forma de un acto administrativo, sino que se mantiene abierta a las **pretensiones** deducidas por los ciudadanos en relación con la actividad e inactividad de la Administración Pública Nacional (Simón Padrós, 1995).

Desde este punto de vista, es indudable que una limitación del concepto de acto administrativo a las decisiones de contenido regulador de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos permitirá, de un lado, reducir el poder administrativo a una expresión concreta y, del otro, ejercer sobre el mismo un control judicial efectivo.<sup>(16)</sup>

Respecto de la primera cuestión, en efecto, una noción estricta de la figura hace posible delimitar con precisión los contornos que diferencian al acto administrativo de otras actuaciones formales de la Administración que no producen el efecto de regular las relaciones jurídicas y que,

---

de los principales ejemplos del régimen de jurisdicción única y judicial que ofrece el derecho comparado” (p. 105).

(15) Así lo sostuvo el juez Del Carril, ex convencional constituyente en 1853 y 1860, en el caso registrado en “Gómez”, Fallos: 2:36, de 1865.

(16) Como sostiene Esteve Pardo (2021), esta vocación “instrumental” u “operativa” del concepto de acto administrativo se encuentra en la base de la idea moderna de sujeción de la Administración al derecho (p. 48).

no obstante, quedan asimiladas a los **efectos procesales** a verdaderos actos administrativos.

Respecto de la segunda cuestión, entretanto, una delimitación precisa del concepto de acto administrativo permitirá determinar el contenido de las pretensiones y el campo de aplicación de las distintas acciones que pueden plantearse en el ámbito del proceso contencioso-administrativo.

## **5. El concepto de acto administrativo en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación**

La doctrina que emerge de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación presenta una diversidad de criterios en torno a la calificación de los actos administrativos.

En este sentido, con anterioridad a la sanción de la Ley Nacional 19.549 de Procedimiento Administrativo, del año 1972, el Organismo Asesor había interpretado que en el concepto de acto administrativo debían considerarse comprendidas, además de las declaraciones de voluntad, las certificaciones de hechos llegados a su conocimiento.<sup>(17)</sup>

La misma posición amplia será reiterada en dictámenes más recientes, en los que se puso de manifiesto que “la explicitación intelectual en la que el acto administrativo consiste puede referirse también a un juicio de valor o bien a una simple constatación, constituyendo, así, declaraciones de juicio u opinión o bien de conocimiento” (Dictámenes 303:448).

En un orden similar, sostuvo que la liquidación de haberes de un agente es un acto administrativo en tanto constituye “una declaración de un órgano estatal en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados” (Dictámenes 302:048).

Sin embargo, es menester señalar que en otras oportunidades la Procuración del Tesoro sostuvo, de acuerdo con una visión más restringida, que no es un acto administrativo la resolución por la que se “advierte” que no se aprobará una reglamentación si la misma no contiene determinadas disposiciones, pues se trata “de una medida meramente declarativa carente de efectos directos” que, a pesar de su forma, no tiene “fuerza ejecutoria” (Dictámenes, 170:303), o vinculante.

Por otra parte, el Organismo Asesor consideró que la nota suscripta por la autoridad competente, mediante la cual expresa la conformidad con el

---

(17) Dictámenes 156:64 (citado en Silva Tamayo, 2021).

dictamen del servicio de asesoramiento jurídico permanente, notificada al interesado, configura un acto administrativo que produce efectos jurídicos en forma directa y es susceptible de impugnarse por la vía recursiva pertinente.<sup>(18)</sup>

Un aspecto que ha sido puesto de manifiesto por la Procuración del Tesoro de la Nación, y que es necesario valorar adecuadamente por las proyecciones que el mismo tiene en la regularidad de la acción administrativa, es el relacionado con el proceso de formación de la voluntad y con la motivación de los actos administrativos.

El concepto de acción administrativa supone la capacidad de las autoridades de proponerse fines y de actuar teleológicamente para alcanzar su cumplimiento. La acción administrativa se desenvuelve con sujeción a leyes que reconocen poderes específicos a las autoridades y que las facultan para intervenir en el mundo social a través del procedimiento respectivo.

En el Estado constitucional de derecho el poder debe ejercerse por las autoridades administrativas de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. En este aspecto, la regularidad de la acción administrativa se identifica con la adecuación al procedimiento debido, es decir, con la **regularidad del procedimiento**.

La acción administrativa es el resultado final de un procedimiento reglado por el derecho objetivo en el que tiene lugar la formación de la voluntad administrativa. Por medio de este procedimiento se promueve la razonabilidad en los actos administrativos.

La garantía de razón de la acción administrativa deriva de un proceso de aplicación del derecho que está vinculado a pretensiones de rectitud normativa y de racionalidad discursiva, lo que hace del acto administrativo, de un modo particular, **una manifestación concreta del debido proceso en el cumplimiento de la acción administrativa correcta y razonable**.

En este orden de cosas, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado que “la circunstancia que determina la validez de un acto administrativo consiste en la correspondencia de este último con el derecho objetivo vigente al momento de su dictado”, ya que ello “constituye la esencia del principio de legalidad de la actividad administrativa” (Dictámenes 203:47).<sup>(19)</sup> Del mismo modo, el Organismo Asesor ha señalado la relevancia del procedimiento administrativo y de la motivación como fundamento de la razonabilidad de la decisión ejecutiva.

---

(18) Dictámenes 277:290 (citado en Sammartino, 2012).

(19) El mismo criterio expresó la Procuración del Tesoro en Dictámenes 221:124 y 236:124.

Así, con relación al procedimiento administrativo, sostuvo que la garantía del debido proceso comporta la observancia de los trámites sustanciales y procesales exigidos por la ley para la formación de la voluntad administrativa, en particular, el dictamen jurídico previo, aun cuando interpretó que no cabe declarar la nulidad por la nulidad misma si la omisión es subsanada con posterioridad en sede administrativa mediante un dictamen posterior.<sup>(20)</sup>

En cuanto a la motivación, la Procuración del Tesoro ha puesto de manifiesto la directa vinculación existente entre dicho requisito esencial y el principio de razonabilidad. Recordó, a este respecto, que el cumplimiento del requisito de la motivación de los actos administrativos obliga a la Administración “a dar razones que expliquen la necesidad de la medida adoptada” como medio a través del cual “exterioriza su razonabilidad” (Dictámenes 233:27).<sup>(21)</sup> Por eso, la falta de fundamentos impide considerar al acto administrativo como una derivación razonada del derecho vigente en su aplicación a las circunstancias del caso, lo que conduce a declarar su nulidad absoluta o arbitrariedad (Dictámenes 103:105; 191:25).

## 6. El acto administrativo como resultado de un proceso de aplicación creadora de la ley en el caso concreto

La Administración del Estado constitucional es una Administración que está dirigida en diversos grados e intensidades, según ámbitos de actividad, por el derecho legítimamente establecido.<sup>(22)</sup> La dirección de la Administración por la ley, sin embargo, no describe una idea de la acción administrativa como simple correa de transmisión (cfr. Habermas, 2010) de los mandatos de legislador. En su lugar, la vinculación de la Administración al derecho es **diferenciada**, con ámbitos en los cuales esta queda investida de un mayor margen de libertad en la aplicación de las leyes.<sup>(23)</sup>

Este cambio de concepción de una Administración directamente subordinada a la ley a otra meramente dirigida **por** la ley significa que el Poder Legislativo tiene que asegurar a la autoridad administrativa un determinado

(20) Dictámenes 261:407 (citado en Sammartino, 2012).

(21) Idéntica posición es adoptada en Dictámenes 322:597.

(22) Señala Häberle (2007) el carácter de la Administración estatal moderna “como actividad ‘dirigida’, con la función de ‘concretización’ en el caso particular, en la que se requiere saber técnico y profesional” (p. 350).

(23) “La Administración pública tiene mayor margen de libertad en la aplicación de los conceptos constitucionales abiertos como ‘Estado social’, ‘Estado ambiental’ o ‘Estado de cultura’, pero también en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, como el ‘bien común’ o el ‘interés público’, o también en el campo de la planeación y la prestación de servicios por la Administración, así como en el ámbito discrecional” (Häberle, 2007, pp. 350-351).

espacio propio de actuación para el cumplimiento de sus fines (Embido Irujo, 1988). La obligación principal del legislador consiste en delimitar razonablemente ese ámbito de actuación propio de la Administración (Embido Irujo, 1988). En este sentido, la vinculación de la Administración democrática a programas legislativos hace de las agencias y entes gubernamentales, de un modo jurídico-funcional, verdaderos órganos de **implementación o aplicación de la ley** (Maurer, 2011) antes que sus meros ejecutores.

En el proceso de aplicación de las normas generales y abstractas por medio de actos administrativos va implicado, simultáneamente, un momento de creación en el que la Administración, actuando dentro de los márgenes que brinda la relativa indeterminación legal, establece preceptivamente la regulación del caso concreto. En esa labor de implementación, la autoridad administrativa cuenta con un poder de integración o de conformación normativa que le permite beneficiarse de importantes márgenes de actuación autónoma.

Esto es lo que sucede, particularmente, en aquellos ámbitos de la acción administrativa de planificación, regulación y control, en los que la dirección de la Administración contemporánea se realiza mayormente a través de leyes que establecen normas de **programación final**, que fijan los objetivos, los criterios y los medios que deben ser utilizados. Como sostiene Grimm (2015), “allí donde se mueve en condiciones de incertidumbre, el legislador prefiere definir procedimientos antes que fijar disposiciones materiales” (p. 30). En este tipo de normativas de programación finalistas, a falta de una prefiguración legislativa de la decisión que debe dictarse en cada situación concreta, los órganos aplicadores de la ley retienen amplios espacios de decisión propia.

Por cierto, una Administración de prestaciones, que toma sus decisiones en base a información empírica y en un horizonte de racionalidad con arreglo a fines (cfr. Habermas, 2010) está siempre sometida al riesgo de **encerrarse** sobre sí misma, desconectándose del contexto general en el que desarrolla sus funciones. Las exigencias de la Administración prestacional en las complejas sociedades modernas enfrentan a los cuadros burocráticos a múltiples problemas que exigen una específica competencia profesional –el dominio de todas esas técnicas que forman el **saber administrar** (Dreyfus, 2012)<sup>(24)</sup> para ponderar bienes colectivos, elegir entre objetivos contrapuestos y resolver casos particulares.

---

(24) Esta característica ya fue apuntada por Weber (2016), para quien “[l]a administración burocrática significa: dominación gracias al saber; este representa su carácter racional fundamental y específico. Más allá de la situación de poder condicionada por el saber especializado, la burocracia (o el soberano que de ella se sirve) tiene la tendencia de acrecentar

La elaboración racional de tales problemas solo es posible con arreglo a los principios que dan estructura al Estado democrático de derecho por vía de la utilización de **procedimientos discursivos de fundamentación y de aplicación** que obliguen a las agencias estatales a renunciar a un cumplimiento normativamente neutral de sus tareas y a actuar cooperativamente en la búsqueda de soluciones. Para ello, es necesario que en los procesos concernientes a la toma de decisiones vinculantes de la Administración se inserten mecanismos de comunicación que aseguren la intervención de los ciudadanos con ayuda del derecho procedimental.

Esta idea de insertar **filtros de legitimación** (cfr. Habermas, 2010) específicos busca ligar las decisiones jurídicamente vinculantes de la Administración a mecanismos de formación discursiva de la opinión y de la voluntad que garanticen la participación democrática de los destinatarios en la producción administrativa del derecho (Grimm, 2006). Pero estas prácticas de participación en la Administración estatal, de acuerdo con Habermas (2010), no deben ser consideradas “como sucedáneos de protección jurídica” sino, en un sentido propio, “como procedimientos de legitimación (operantes *ex ante*) de decisiones que, por lo que hace a su contenido normativo, sustituyen a actos del legislador o de la administración de justicia” (p. 527). Ello conduce a poner énfasis en la forma racional del discurso de aplicación<sup>(25)</sup> de una Administración que opera en la realidad social sobre la base de remisiones normativas para el cumplimiento de fines colectivos y que orienta su acción con arreglo a criterios de objetividad (Morell Ocaña, 1993), eficacia y eficiencia (Habermas, 2018; 2020).

En ese contexto, una interpretación del acto administrativo como instrumento de **regulación** de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos tiene que poner el acento en **el carácter comunicativo o discursivo del proceso democrático de producción y de aplicación de normas jurídicas** que es inherente al Estado constitucional de derecho. Desde esta perspectiva, el estatus jurídico activo de los ciudadanos determina la necesidad de asegurar su participación en aquellos procesos que conducen a la toma de decisiones que les conciernen de una manera directa e inmediata.

---

aún más su poder por medio del saber de servicio: conocimiento de hechos adquirido por las relaciones del servicio o ‘depositado en el expediente’” (p. 348).

(25) Como expresa Habermas (2010), en los discursos de aplicación, donde la validez de las normas jurídicas se da por supuesta, la cuestión consiste en determinar cuál es la norma adecuada en un caso dado. En efecto, de acuerdo con Günther (1995), en los discursos de aplicación “cambia el punto de vista desde el que se tematiza una norma. En vez de enjuiciar su validez, ahora se aprecia su referencia a la situación. Puede determinarse qué norma es adecuada en una situación si los participantes se han referido a todas las normas aplicables *prima facie* a una descripción completa” (p. 287).

Sobre la base del principio de discurso, que en este ámbito adquiere la forma jurídica de un principio democrático, los destinatarios de las normas jurídicas tienen que poder considerarse a la vez como sus autores. Esto implica aceptar, como se dijo, que el fundamento de legitimidad de los actos administrativos se encuentra en la **participación** de los interesados en el procedimiento que conduce a su creación, única forma de satisfacer las exigencias del principio democrático. En la medida en que la teoría del acto administrativo ponga énfasis en la naturaleza **realizativa** (o propiamente **performativa**) de este tipo de actos, como decisiones orientadas a la regulación de situaciones jurídicas en casos concretos, la misma no puede justificarse sino desde los principios que dan forma jurídica al Estado social y democrático de derecho y al procedimiento de producción legítima de normas jurídicas.

Así, de la misma manera que el resto de las normas jurídicas, la legitimidad de las decisiones administrativas se mide por la desempeñabilidad discursiva de su pretensión de validez normativa y, en última instancia, atendiendo a si tuvieron lugar en un procedimiento racional de producción de normas jurídicas. Ello significa admitir que en el procedimiento de elaboración del acto administrativo tienen que cumplirse las condiciones de racionalidad que permitan asegurar el carácter **reflexivo** de la decisión. Esto, a su vez, presupone ligar la legitimidad del acto administrativo a la **participación y deliberación** de todos los interesados en procedimientos que permanecen sometidos a las exigencias de la razón comunicativa.

Se trata, en suma, de poner de relieve los principios sobre los que se asienta **la acción administrativa correcta y razonable**.

## 7. A modo de conclusión

En sociedades altamente diversificadas y complejas como las nuestras, caracterizadas por lo que Rawls (1996) ha denominado el “hecho del pluralismo” (p. 57), las formas de actuación administrativa necesitan legitimarse en procesos de toma de decisiones comunicativamente estructurados que aseguren la participación de los interesados en la elaboración de las normas jurídicas a las que ellos mismos habrán de someterse como sus destinatarios; solo de esa forma será posible afirmar que el acto administrativo es un mecanismo legítimo de **regulación** de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos.

Ello es una consecuencia de la nueva posición de los ciudadanos en el Estado de derecho democrático, quienes, en lugar de individuos subordinados al poder, se perciben como miembros libres e iguales de la comunidad jurídica que interactúan con el poder público mediante relaciones

jurídicas de cooperación. Desde esta óptica, también el acto administrativo tiene que observar en su propio proceso de elaboración las reglas y principios que definen la producción de normas jurídicas en el Estado constitucional. Ello entraña la necesidad de que el acto administrativo, en cuanto norma jurídica que particulariza los contenidos del derecho objetivo en el caso concreto, cumpla con la carga de legitimación democrática asegurando la participación de los destinatarios y demás sujetos interesados en el procedimiento administrativo. De otro modo, no será posible sostener, desde un punto de vista discursivo, que la decisión ejecutiva es el resultado de un consenso adoptado comunicativamente. Consenso que, en esta materia, implica que la regulación en que consiste el acto administrativo pueda ser aceptada por todos los participantes al fundamentarse en una aplicación argumentativamente adecuada o correcta del ordenamiento jurídico en el caso concreto.

Por medio del acto administrativo los sujetos que intervienen en el procedimiento de elaboración se deciden a actuar comunicativamente con la intención de regular sus relaciones jurídicas. Ello supone que se ha garantizado el derecho de los participantes a brindar información, temas, razones y argumentos relativos al objeto de la decisión, los que tienen que haber sido atendidos motivadamente por la autoridad con carácter previo a su dictado. Solo así será posible interpretar que el acto administrativo, como acto de creación deliberada de derecho para el caso concreto (Nino, 2017) es una manifestación concreta de la razón comunicativa en el campo de la actividad administrativa del Estado constitucional de derecho.

## 8. Referencias bibliográficas

- Aarnio, A.** (2008). *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre filosofía del derecho*. P. Larrañaga (Trad.). Fontamara.
- Bocanegra Sierra, R.** (2005). *La teoría del acto administrativo*. Iustel.
- Boquera Oliver, J. M.** (1986). *Estudios sobre el acto administrativo*. Civitas.
- Burrello, M. G.** (2013). *Habermas. Una introducción*. Editorial Quadrata/Biblioteca Nacional.
- De Vedia, A.** (1907). *Constitución Argentina*. Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos.
- Dreyfus, F.** (2012). *La invención de la burocracia. Servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos. Siglos XVIII-XX*. H. Díaz (Trad.). Biblos.
- Embid Irujo, A.** (1988). La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana. *Revista de Administración Pública*, (115).
- Esteve Pardo, J.** (2021). *Lecciones de Derecho administrativo*. Marcial Pons.

- Fabra, P.** (2008). *Habermas: lenguaje, razón y verdad. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*. Marcial Pons.
- Forsthoff, E.** (1958). *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos.
- Gallego Anabitarte, A. y Menéndez Rexach, A.** (2001). *Acto y Procedimiento Administrativo*. Marcial Pons.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R.** (1992). *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas.
- García Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R.** (2006). *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*. Lexis-Nexis.
- González, J. V.** (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Ángel Estrada y Ca. Editores.
- González Calderón** (1931). *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*. J. Lajouane & Cía. Editores.
- Grimm, D.** (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. R. Sanz Burgos y J. L. Muñoz de Baena Simón (Trads.). Trotta.
- (2015). *Sobre la identidad del Derecho Público*. M. Azpiarte Sánchez (Trad.). Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Económicos y Sociales.
- Günther, K.** (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, (17-18), pp. 271-302.
- Häberle, P.** (2007). *El Estado constitucional*. Astrea.
- (2019). *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*. J. L. León Vázquez (Trad.). Palestra.
- Habermas, J.** (2010). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. M. Jiménez Redondo (Trad.). Trotta.
- (2018). *Teoría de la acción comunicativa*. M. Jiménez Redondo (Trad.). Trotta.
- (2020). *¿Qué significa pragmática universal? Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. M. Jiménez Redondo (Trad.). Cátedra.
- Hauriou, M.** (1921). *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Sirey.
- Linares, J. F.** (2015). Prefacio a la primera edición del libro. *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía constitucional innominada*. Astrea.
- Martí, J. L.** (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons.

- McCarthy, T.** (2013). *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. M. Jiménez Redondo (Trad.). Tecnos.
- Mairal, H. A.** (2021). *Control Judicial de la Administración Pública*. Thomson Reuters/La Ley.
- Matienzo, J. N.** (1925). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Imprenta G. Hernández y Galo Sáez.
- Maurer, H.** (2011). *Derecho Administrativo. Parte General*. M. J. Bobes Sánchez et al. (Trads.). Marcial Pons.
- Mayer, O.** (1982). *Derecho Administrativo Alemán*. H. H. Heredia y E. Krotoschin (Trads.). Depalma.
- Montes de Oca, M. A.** (1917). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tipo Litografía “La Buenos Aires”.
- Morell Ocaña, L.** (1993). El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública. En L. Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Civitas.
- Muñoz Machado, S.** (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Boletín Oficial del Estado.
- Nino, C. S.** (2017). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.
- Rawls, J.** (1996). *Liberalismo político*. S. R. Madero Báez (Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Sammartino, P. M. E.** (2012). *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho*. Abeledo Perrot.
- Sarmiento, D. F.** (1853). *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*. Talleres Gráficos Argentinos de I. J. Rosso.
- Schutz, A. y Luckmann, T.** (2009). *Las estructuras del mundo de la vida*. N. Míguez (Trad.). Amorrortu.
- Searle, J. R.** (1994). *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. L. M. Valdés Villanueva (Trad.). Cátedra.
- Silva Tamayo, G. E.** (2021). El acto administrativo en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro. *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, (137).
- Simón Padrós, R.** (1995). El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, t. 7, (19-20).
- (2021). Procedimiento administrativo y teoría discursiva del derecho. *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, (133).

**Tawil, G. S.** (1993). *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*. Depalma.

**Toro González, M.** (2005). Habermas y su Teoría Discursiva del Derecho. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (23). Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

**Vedel, G. y Delvolvé, P.** (1992). *Droit Administratif*. PUF.

**Weber, M.** (2016). *Economía y sociedad*. J. Medina Echavarría et. al. (Tradts). Fondo de Cultura Económica.

**Zanobini, G.** (2018). *Curso de Derecho Administrativo. Parte General*. DAS.

**Zavalía, C.** (1941). *Derecho Federal*. Compañía Argentina de Editores.

## **9. Referencias jurisprudenciales**

CSJN, “Carman de Cantón”, Fallos: 175:368.

CSJN, “Los Lagos SA Ganadera c/ Gobierno nacional”, 30/06/1941, Fallos: 190:142.

CSJN, “Podestá, Eulogio Alberto y otros c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal s/ cobro de australes”, 25/07/1989, Fallos: 312:1189.

CSJN, “Serra”, 1993, (Fallos: 316:2454)

CJSN, “Benettini, Pedro José c/ Lotería. Sociedad del Estado s/ laboral”, 02/12/2008, Fallos: 331:2652.

# Empleo público: tendencias de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación

Nora Patricia Vignolo

Profesora en la Maestría (ECAE – UNTREF)

Correo electrónico: [nvignolo@ptn.gov.ar](mailto:nvignolo@ptn.gov.ar)

**Cómo citar este artículo:** Vignolo, N. P. (2024). Empleo público: tendencias de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación. *Revista de la ECAE*. Año 8, (11), pp. 151 a 167. ISSN 2796-8642.

**Resumen:** El objetivo de este trabajo consiste en determinar las tendencias actuales de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en materia de empleo público. Al respecto se tienen presentes las indicaciones de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, adoptada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, acerca de una gestión del empleo y los recursos humanos al servicio de los gobiernos, que incorpore, entre otros, criterios jurídicos que caracterizan a un manejo transparente y eficaz de los recursos humanos.

La Procuración del Tesoro de la Nación sienta normas de interpretación y aplicación de leyes y reglamentos que son obligatorias para sus integrantes. En este sentido, se relevan en este trabajo los dictámenes de este organismo a través de cinco ejes: fijación de criterios hermenéuticos; control de discriminación; reconocimiento de derechos; resguardo de facultades discrecionales del Estado empleador en la designación de cargos con funciones ejecutivas; y ampliación del control de ejercicio de facultades discrecionales y técnicas.

**Palabras clave:** Empleo público; criterios hermenéuticos; facultades discrecionales; control de discriminación.

**Abstract:** The purpose of this paper is to determine the current trends in the doctrine of the Treasury Attorney General's Office, regarding public employment. In this regard, the guidelines of the Ibero-American Charter of the Public Function, adopted by the XIII Ibero-American Summit of Heads of State and Government, are taken into account,

regarding the management of employment and human resources at the service of governments, which incorporates, among others, legal criteria that characterize a transparent and efficient management of human resources.

The Treasury Attorney General's Office establishes rules for the interpretation and application of laws and regulations that are mandatory for its members. In this sense, the opinions of this organism are presented in this work, through five axes: establishment of hermeneutic criteria, control of discrimination, recognition of rights, protection of discretionary powers of the employing State in the designation of positions with executive functions, and extension of the control of the exercise of discretionary and technical Powers.

**Key words:** Public employment; hermeneutical criteria; discretionary powers; discrimination control.

## 1. A modo de introducción

El objetivo de este trabajo consiste en determinar las tendencias actuales de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) en materia de empleo público. Cabe tener presente que la Carta Iberoamericana de la Función Pública, adoptada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en su Preámbulo señala que para ser posible un sistema de función pública, es necesario que la gestión del empleo y los recursos humanos al servicio de los gobiernos incorpore, entre otros, criterios jurídicos que caracterizan un manejo transparente y eficaz de los recursos humanos. En tal sentido, dicho instrumento menciona al pleno sometimiento a la ley y al derecho como uno de los principios rectores del sistema de empleo público, que debe ser salvaguardado en las prácticas concretas de personal.

En este marco, la Procuración del Tesoro de la Nación, desde la creación del Cuerpo de Abogados del Estado por la ley 12.954, reglamentada por decreto 34.952/1947, en tanto Órgano Rector del Poder Ejecutivo en materia jurídica, que sienta normas de interpretación y aplicación de leyes y reglamentos que son obligatorias para sus integrantes, tiene un rol importante que cumplir.

Sentado ello, del relevamiento de los dictámenes de la PTN identificamos cinco ejes en los que se agruparán los dictámenes escogidos por reflejar tanto la intervención en temáticas no abordadas anteriormente como la evolución de los criterios interpretativos del Organismo Asesor. Ellos son:

- fijación de criterios hermenéuticos;
- control de discriminación;

- reconocimiento de derechos;
- resguardo de facultades discrecionales del Estado empleador en la designación de cargos con funciones ejecutivas; y
- ampliación del control de ejercicio de facultades discrecionales y técnicas.

## 2. Ejes

### 2.1. Fijación de criterios hermenéuticos

#### 2.1.1. Principio de supremacía de legal (Dictámenes 300:206)

Este dictamen trata sobre la aplicación al personal de los regímenes de contrataciones y de asesores de gabinete, del régimen disciplinario previsto en el Capítulo VII de la Ley 25.164 de Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (BO 08/10/1999).

Desde la vigencia de la ley era criterio de la PTN la inaplicabilidad del régimen en cuestión al mencionado personal, en virtud de que el art. 27 de la ley, en su segundo párrafo, establece que al personal comprendido en el régimen de contrataciones y en el de gabinete se le aplicarán los preceptos del mencionado capítulo en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones. Ahora bien, como la reglamentación aprobada por el decreto 1421/2002 no fijó condición alguna, tal omisión descartaba la mentada aplicación. En este contexto interpretativo se determina que la doctrina anterior debía ser revisada.

Así, se señala que más allá de ciertos aspectos que debieran ser regulados en el marco de la reglamentación a la que remite el art. 27 de la ley 25.164 –referidos a las particularidades propias del vínculo de empleo que se trate–, no puede desconocerse la potestad sancionatoria de la Administración respecto de todo el personal vinculado al Estado mediante una relación de empleo público.

Así, conforme la distribución de competencias establecidas en la Constitución Nacional, debe entenderse que el Ejecutivo define cómo se instrumentará la ley, pero en modo alguno puede decidir si esta se aplicará o no; por lo tanto, la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional resulta operativa y se aplica por sí.

Se enfatiza que una interpretación en sentido contrario sometería el poder regulatorio legislativo a la voluntad del Poder Ejecutivo y, más grave aún en términos constitucionales, sin solución de continuidad hasta tanto el Presidente –como titular de dicho Poder– dictase el decreto reglamentario.

De tal modo, el criterio hermenéutico adoptado con anterioridad supone subvertir el principio de supremacía de la ley y el de reserva legal. Sin perjuicio de ello, se deja sentado que solo en casos excepcionales la ley se aplica tras el dictado del decreto, pues ello debe interpretarse no solo restrictivamente, sino como una delegación del Poder Legislativo, conforme al mandato del art. 76 de la Constitución Nacional. Por lo tanto, afirmar que el personal que no revista en planta permanente está excluido del régimen disciplinario porque no se ha dictado un reglamento a tal efecto no encuentra sustento jurídico en los principios generales ni en la disposición en análisis.

Desde esa perspectiva se predica que el carácter programático y no operativo del art. 27 de la ley vulneraría el principio del debido procedimiento –derivado del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y del art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– en tanto privaría al personal sin estabilidad de demostrar su falta de responsabilidad en los hechos que se investiguen y que, eventualmente, serán objeto de reproche. Concluye, entonces, que habida cuenta de la finalidad perseguida por el legislador a efectos de la potestad disciplinaria, los agentes vinculados por el régimen de contrataciones y al de asesores de gabinete resultan igualmente sujetos a reproche jurídico.

### 2.1.2. Principio de irretroactividad de la ley (Dictámenes 315:3)

En el caso se analiza un reclamo de reconocimiento de grados –posición en la carrera horizontal del personal del Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP)–, aprobado por el convenio colectivo de trabajo sectorial homologado por el decreto 2098/2008 (BO 05/12/2008), al momento del ingreso por concurso, con apoyo en una modificación convencional producida después de cuatro años de efectuada la designación.

El tema de fondo versa sobre la aplicación de la ley en relación con el tiempo y la posibilidad de una aplicación retroactiva cuando es más favorable al interesado por revestir el derecho al trabajo la calidad de derecho humano, que también alcanza al empleo público.

En el dictamen se deja sentado que el carácter irretroactivo de las normas asume la categoría de principio general de derecho. En esa línea, se recuerda que los principios generales del derecho sirven tanto como justificación racional de todo el ordenamiento jurídico, así como también de las directrices que informan las normas e inspiran soluciones a los problemas de interpretación y aplicación.

Así, el principio de que las leyes disponen para el futuro continúa siendo un principio general de técnica legislativa, receptado en el art. 7° del

Código Civil y Comercial. En tal sentido, se expresa que la norma convencional que modificó el art. 128 del SINEP no se apartó de ello, es decir, que no previó su aplicación retroactiva ni lo dejó librado a valoración discrecional para retrotraer sus efectos.

Al respecto, destaca que tal criterio no implica desconocer la tendencia a la progresividad de los derechos en materia de derechos humanos en general, y de empleo público en especial, dado que al concepto de progresividad solo se lo puede entender contraponiéndolo a su cara negativa, el principio de no regresividad. El primero es ampliación de derechos y el segundo implica la no afectación de derechos adquiridos.

Concluye, entonces, que la obligación de la Administración de reconocer el derecho pretendido está condicionada a la vigencia de la norma: es decir, no puede aplicarse a situaciones ya consumadas de hechos pasados que quedan sujetos a normativa anterior.

### 2.1.3. Aplicación de los principios hermenéuticos del derecho del trabajo por analogía (Dictámenes 315:355)

La situación aquí planteada radica en determinar la aplicación de la licencia sin goce de haberes por razones particulares, prevista por el Régimen de Licencias, Justificaciones y Franquicias –aprobado por el decreto 3413/1979, incorporado al convenio colectivo de trabajo general de la Administración Pública Nacional, homologado por el decreto 214/2006 (BO 01/03/2006)–, al personal del Servicio Exterior de la Nación. Ello, en virtud de la remisión efectuada por el art. 73, inc. c, del Estatuto del Servicio Exterior de la Nación, aprobado por la ley 20.957 (BO 16/06/1975), que extiende las demás licencias otorgadas al personal de la Administración Pública Nacional.

En esta ocasión predica que, a fin de abordar el caso, resultan aplicables, por analogía, los principios hermenéuticos del derecho del trabajo. Por consiguiente, lo primero a realizar es un juicio de compatibilidad entre el régimen especial y la norma general, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad.

De este modo, si la norma es incompatible con el régimen especial, es inaplicable. En cambio, si el beneficio no está contemplado, tampoco negado y no se contrapone a la naturaleza de la actividad, es de aplicación indudable.

A su vez, expresa que la ley general no es aplicable si se trata de un instituto, contemplado en forma diferente en el régimen especial, y no resulta compatible, o si, en cambio, aunque fuese más beneficioso, ha sido excluido expresa o tácitamente.

A la luz de dichas pautas interpretativas, concluye que la licencia por razones particulares está regulada de otro modo en el régimen específico y, por lo tanto, no es compatible.

2.1.4. Principio *pro homine* en el campo de los derechos humanos: alcances de normas interpretativas (Dictámenes 326:228)

En esta intervención se plantea la incidencia del período de excedencia en la carrera del personal del Servicio Exterior de la Nación. La temática específica será abordada posteriormente en el eje de reconocimiento de derechos; aquí trataremos solo lo atinente al mencionado principio hermenéutico.

En tal sentido, se deja sentado que, si existieran disyuntivas en el llamado a interpretar, en el campo de los derechos humanos rige el denominado *principio pro homine* o *pro persona* en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Ello por cuanto

Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es estar, siempre a favor del hombre... (PINTO, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en ABREGÚ, Martín (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, vol. I, págs. 163-172) - Dictámenes 309:253-.

Recuerda que dicho principio encuentra, además, su consagración normativa expresa en el art. 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos ambos incorporados a nuestro ordenamiento constitucional por el art. 75, inc. 22, del texto adoptado en la reforma del año 1994.

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a él como

... principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (...) (O. C. de la Corte IDH, N.º 5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”), implica en la práctica la aplicación de la norma más favorable, la progresividad y no discriminación (...) así como el empleo

de criterios particulares tales como (...) la perspectiva de género, la niñez y la discapacidad (Dictámenes 321:122).

Dworkin (1984) expresa que “recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo (...); una vez reconocido un derecho, en los casos más claros, el Gobierno debe actuar de manera tal que solo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente”.

El Organismo Asesor asume que los derechos humanos revisten, dentro del constitucionalismo social, la condición de principios –que ontológicamente resultan mandatos de optimización–, que son normas que obligan a que sean realizadas en su mayor medida, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 1994).

Con relación a los alcances temporales de la interpretación normativa que desarrolla en el dictamen, manifiesta que las normas interpretativas no innovan el derecho. En efecto, no estatuyen normas nuevas, sino que se limitan a declarar el verdadero significado de una norma preexistente. Por ello, se admite que tengan efecto retroactivo: la norma interpretada ya tenía el significado que la norma interpretativa le atribuye (v. en idéntico sentido, Guastini, 2017).

En ese orden de ideas señala que tiene dicho nuestro Máximo Tribunal que, verificada la naturaleza interpretativa de la norma legislativa, se deriva –en principio– su aplicación a situaciones anteriores a su dictado (Fallos: 268:446 y 285:447, entre otros). Por consiguiente, la interpretación que se propicia adoptar a partir del dictado de la resolución del titular de la jurisdicción que reconozca el derecho no resulta procedente.

### **3. Control de actos discriminatorios**

#### **3.1. Acceso al empleo (Dictámenes 305:12)**

El supuesto que originó el pronunciamiento radica en la adecuación del art. 7º, segundo párrafo, del Estatuto del Personal del Banco Central de la República Argentina, que establecía una preferencia para el ingreso a la planta permanente a favor de los integrantes del grupo familiar primario de un trabajador fallecido, garantía de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

La solicitud de opinión, según se expone, se formuló en términos abstractos y genéricos frente a la mencionada revisión de la norma estatutaria, circunstancia que lleva a señalar que los dictámenes debían emitirse con relación a casos concretos y contando con todos los antecedentes de la causa. Esa es la manera que mejor garantiza la recta interpretación de su criterio, ya que las circunstancias específicas de cada caso particular

pueden determinar variantes en las conclusiones jurídicas a adoptar, sin que proceda extender las conclusiones de un supuesto a otros o aplicarlas de manera general (Dictámenes 240: 257).

Hecha esa salvedad, se señala que cuando el art. 16 CN hace referencia a la idoneidad como condición exclusiva y excluyente para el acceso al empleo, está colocando al principio de igualdad como no discriminación, pues resulta razonable y no sospechoso que las personas sean seleccionadas para un trabajo en el Estado por su capacidad para ejercerlo. Expresa, en tal sentido, que en la Convención Americana de Derechos Humanos los Estados parte se comprometieron a respetar los derechos reconocidos, sin discriminación alguna por motivos, entre otros, de nacimiento o cualquier otra condición social.

Este marco normativo, sumado a los pronunciamientos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Hooft” (Fallos: 327:5118) y “Gottschau” (Fallos: 329:2986), predica que una previsión como la del art. 7° encierra una categoría sospechosa afectada de presunción de inconstitucionalidad evidente; ello así en tanto establece un privilegio de acceder a un cargo público por razón de nacimiento sin interés estatal urgente.

Enfatiza en esa línea que, a su vez, la regla cuestionada encuadra en el concepto de discriminación que emerge del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la medida que importa una distinción, preferencia o exclusión por motivo de, entre otros, ascendencia u origen social, que tiene por objeto alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo y la ocupación.

Concluye entonces que, con las limitaciones que surgen de las circunstancias del caso, la previsión contenida en el párrafo 2 del art. 7° del mencionado Estatuto es inconstitucional por contravenir, sin interés estatal urgente, la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional y las normas internacionales sobre derechos humanos incorporadas a nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22).

Posteriormente, mediante Dictámenes 320:807, del 31 de marzo de 2022, la Procuración del Tesoro se expresa con relación a diversos planteos realizados por parte de la Comisión Gremial Interna del Banco Central de la República Argentina, la Asociación Bancaria y familiares de empleados fallecidos, que solicitan hacer uso de la opción de ingresar a la institución por la causal de personal fallecido en actividad laboral.

En esta oportunidad señala que, por una parte, surge que el art. 59 del convenio colectivo de trabajo 18/1975, que rige al personal, contempla específicamente el beneficio que suscita análisis, a condición de que el

familiar del trabajador fallecido reúna las condiciones de ingreso establecidas y exista, a la vez, vacante en la escala inicial. Por otra parte, agrega que en su momento el art. 7° del Estatuto contempló ese beneficio, pero fue finalmente dejado sin efecto por la resolución 121/18 del Directorio del Banco.

Precisa, entonces, que lo antes señalado conduce al análisis acerca de si, por medio de la sustitución o derogación de las disposiciones del Estatuto del personal del Banco Central de la República Argentina, podían dejarse sin efecto, válidamente, estipulaciones del convenio colectivo vigente. Afirma al respecto que el principio en esta materia es que la modificación o derogación de estipulaciones de los convenios colectivos de trabajo debe instrumentarse por conducto de actos de la misma naturaleza.

Ahora bien, eventualmente, según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también podrían ser sustituidas por normas de jerarquía legal que, en un contexto de emergencia, impusieran una restricción a los derechos laborales a condición de que el medio empleado guarde una razonable proporcionalidad en orden a la consecución de los objetivos de la norma (Doctrina de Fallos: 307:326; 313:664; 316:2624).

Señala que, en el caso, fue el Estatuto del Personal de la entidad, aprobado por resolución del Directorio, el que en distintos momentos incluyó o excluyó de su ámbito el beneficio ya analizado, de allí que la exclusión no pudo resultar jurídicamente idónea para privar de efectos al art. 59 del convenio colectivo de trabajo 18/1975. Es decir, que la fuente de regulación de esta situación jurídica es el mencionado convenio, por lo que la mera exclusión del estatuto del beneficio en cuestión resulta irrelevante, en atención al principio de prelación jerárquica de esas fuentes normativas.

En síntesis, concluye que lo dicho no implica abrir juicio alguno sobre el contenido del convenio colectivo, pues ello resulta ajeno al alcance de la intervención. Por otra parte, su eventual revisión debería concretarse en un ámbito de negociación colectiva con sujeción al marco normativo constitucional que, obviamente, incluye el bloque de normas convencionales incorporadas a nuestra Constitución en la reforma de 1994 (conforme arts. 31 y 75, inc. 22 CN).

## **4. Reconocimiento de derechos**

### **4.1. Integración de la familia (Dictámenes 295:096)**

En esta intervención se plantea la situación de un integrante del Servicio Exterior de la Nación que solicitó, en favor de su conviviente, cobertura médica en el exterior, pasajes, inmunidad y demás beneficios que las normas reconocen al cónyuge.

La PTN recurre a la finalidad que tuvo el legislador al incluir en la ley 20.957, el Estatuto del Servicio Exterior de la Nación, la extensión de beneficios, privilegios e inmunidades a los cónyuges, facilitando así el sostenimiento de la unión familiar frente a la particular prestación de servicios de los integrantes del Servicio Exterior. En esa línea, destaca que en el debate parlamentario se había apreciado la contribución que efectivamente aportan los cónyuges al rol inherente al servicio diplomático.

En lo que atañe específicamente al vínculo familiar, analiza que la posición originaria del Código Civil reconocía solo un tipo de familia, que cambió por la dinámica de transformaciones de la realidad contemporánea. Así, el Código Civil y Comercial, en el Libro Segundo, “Relaciones de Familia”, incorpora como vínculo familiar a la unión convivencial de quienes mantienen la convivencia pública, notoria, estable, permanente y que comparten un proyecto de vida en común por un lapso no menor a dos años. Destaca que, en el caso, se encuentran involucrados tanto los derechos humanos a la vida familiar, a la dignidad de las personas, a la igualdad, a la libertad y a la intimidad como a la solidaridad familiar.

En ese marco, adopta la interpretación dinámica de las normas y predica que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones del país, o descubre aspectos no contemplados con anterioridad, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de otra manera.

Afirma, entonces, que no es adecuada la interpretación estática porque dificulta el progreso de la comunidad real, ni tampoco la interpretación literal porque tiene una limitación creadora que conduce a un resultado injusto: discriminar un tipo de organización familiar previsto en el Código Civil y Comercial. Por consiguiente, sostiene que deben extenderse los beneficios e inmunidades que la normativa aplicable asigna al cónyuge, a la conviviente.

#### **4.2. Alcances del período de excedencia en la carrera (Dictámenes 326:228)**

En el caso se dictamina acerca del impacto del usufructo del período de excedencia –otorgado originariamente por el decreto 1363/1997 a la mujer trabajadora– en el régimen de carrera del personal del Servicio Exterior de la Nación, regido por la ley 20.957 en lo relativo al cómputo de la antigüedad para el ascenso.

En el abordaje hermenéutico recuerda los criterios interpretativos de las normas preconizadas por la jurisprudencia judicial y la propia del Organismo Asesor.

Así, por ejemplo, cabe citar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a que: “La interpretación de la ley comprende, además de la armonización de sus preceptos, su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico vigente” (Fallos: 258:75). Resalta en tal sentido que la misión del intérprete no debe agotarse con la remisión a la letra de los textos normativos, sino que requiere la búsqueda de la significación jurídica que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin (Fallos: 241:227, 244:129 y 253:267).

Precisa, asimismo, que entre los distintos métodos interpretativos, en primer lugar, cabe atenerse al sentido literal o común de las palabras; en segundo lugar, debe indagarse la intención de la autoridad normativa, esto es, su intención semántica; y, en tercer lugar, el fin de la autoridad normativa, lo que se conoce como interpretación teleológica, que complementa la intención semántica. Con cita de Guastini (2019), aclaró que estos métodos, además, se integran con la apreciación de las exigencias sociales, el análisis de la norma desde una perspectiva sistémica y su razonabilidad.

Sentado lo que antecede, tiene presente que el referido decreto 1363/1997 se enmarca tanto en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como en el Convenio 156 de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. En función de ello, dicho acto ordena la incorporación de previsiones para eliminar todas las normas que incurren en discriminación contra la mujer y que no propenden a la igualdad de oportunidades para los trabajadores con cargas de familia; entre ellas, establece el estado de excedencia.

Precisa que la primera adecuación se produjo en 1999, cuando se receptó el derecho en cuestión en el primer convenio colectivo de trabajo general homologado por el decreto 66/1999 (BO 26/02/1999), y que, con igual sentido, se mantiene tal previsión en el convenio colectivo de trabajo general vigente, homologado por el decreto 214/2006, de aplicación por extensión al personal del Servicio Exterior.

Así, el art. 139 CCGT vigente establece que:

El reingreso de la mujer trabajadora en situación de excedencia deberá producirse indefectiblemente al término del período por el que optara, y en las mismas condiciones laborales previas al otorgamiento de la licencia. Cualquier modificación deberá tener el acuerdo expreso de la agente.

Sostiene, de este modo, que la regla transcrita no hace más que garantizar de manera explícita que no se vea afectada la trabajadora en su carrera administrativa, dado que debe ser considerada al efecto en las condiciones laborales anteriores al usufructo de la excedencia, es decir, sin consecuencias negativas; entre ellas, sin deducciones en materia de antigüedad. Enfatiza al respecto:

No abrigo duda alguna de que el mencionado sentido tuitivo se ve reforzado con la incorporación, en el último párrafo del citado artículo 139, de la exigencia del consentimiento expreso frente a cualquier modificación que se pretenda efectuar en las condiciones laborales de la trabajadora, es decir, que se consagra la máxima protección frente a decisiones eventualmente desfavorables del empleador. En definitiva, tengo para mí que lo prescripto en el artículo 139 del CCTG impide deducir el período de usufructo de la licencia por excedencia del cómputo de la antigüedad, a los fines que motivan la consulta.

Concluye que una exégesis normativa distinta tornaría estéril una medida tuitiva dispuesta con relación a la igualdad de oportunidades para las trabajadoras con cargas de familia y la protección de la niñez. En otras palabras, ocasionaría un demérito en la carrera administrativa y, con ello, un perjuicio para la agente, vulnerando así la logicidad del sistema.

## **5. Ampliación del control de facultades discrecionales**

### **5.1. Orden del servicio (Dictámenes 290:186)**

El objeto de análisis es una resolución del entonces ministro de Relaciones Exteriores y Culto que dispone el traslado a la Argentina de una persona adscripta al Servicio Exterior de la Nación con anterioridad al vencimiento del plazo de cuatro años que establece la normativa estatutaria como derecho a permanencia en el destino en el exterior. El organismo de origen había invocado que dicho acto constituía una orden de servicio de naturaleza discrecional.

Frente a ello, señala que el acto no expresaba de manera concreta, como exige el art. 7° de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, las razones del servicio que indujeron a su emisión, como tampoco surgía de las actuaciones previas elemento alguno que pudiera ilustrar sobre los motivos de la medida. En consecuencia, afirma que la resolución impugnada carece de motivación, que es un elemento esencial del acto administrativo.

Desde esa perspectiva, deja sentado que tampoco intervino el servicio jurídico, omisión que si bien es susceptible de ser subsanada, en este caso no es posible por tratarse de un acto irregular.

Por último, recuerda que el dictamen jurídico tiene doble finalidad: por un lado, importa una garantía para los administrados y, por otro, impide a la Administración el dictado de actos sin correspondencia debida con el orden jurídico, evitando probables responsabilidades del Estado al advertir los vicios de las decisiones a adoptar.

## **5.2. Control de discrecionalidad técnica: revisión de procesos de selección (Dictámenes 306:291)**

En ocasión del tratamiento de un recurso jerárquico contra la aprobación de un orden de mérito definitivo en un concurso, predica que en materia de selección el bloque reglado presenta un alto grado de especificidad; así, los distintos niveles regulatorios determinan de manera incremental pautas y principios que deben regir el procedimiento a fin de resguardar la satisfacción del interés público y la adecuada competencia y valoración de los postulantes.

Sin perjuicio de ello, advierte que el orden jurídico aplicable deja cierta esfera de libertades en cabeza del órgano técnico –Comité de Selección–, quien, entre otros operadores, tiene que aplicar el régimen al caso concreto. No obstante, deja sentado que la actividad que desarrolla el mencionado órgano selector se encuentra sometida a los principios que informan el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, esa actividad sería jurídicamente observable si incurre en arbitrariedad o irrazonabilidad.

En lo que atañe al ejercicio de atribuciones técnicas, aclara que se debe respetar el poder de valoración otorgado a la Administración pero, asimismo, se debe analizar si se sobrepasan sus límites, si el recorrido lógico de las ponderaciones efectuadas se ajusta a pautas aceptables. Ello, teniendo en cuenta que, aunque existan varias soluciones razonables, no procede imponer el propio punto de vista acerca de lo que es más adecuado.

Con reiteración de doctrina, los Dictámenes 264:8, entre otros, concluye(n) que las medidas que se adopten en ejercicio de esa actividad discrecional, para evitar caer en arbitrariedad, deben ser razonables y ajustadas a las probanzas o elementos de juicio obrantes en las actuaciones respectivas.

## **5.3. Revisión de sanciones disciplinarias: *quantum* (Dictámenes 328:24)**

Se trata de un recurso jerárquico interpuesto por un agregado para asuntos administrativos de una embajada argentina contra la resolución del titular del entonces Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

que determinó –entre otras cuestiones– su responsabilidad disciplinaria aplicándole la sanción de tres días de suspensión.

En lo que atañe al *quantum* de la sanción, recordó que importa el ejercicio de una facultad inherente al poder de administración que integra las denominadas potestades jerárquicas, de carácter discrecional. Por lo tanto, las medidas que al respecto se adopten deben ser razonables y ajustadas a las probanzas y elementos de juicio obrantes en las actuaciones para no incurrir en arbitrariedad (v. Dictámenes 243:620, 289:109, 314:338 y 325:99, entre otros).

Asimismo, Schmidt-Assmann (2003) expresa que:

La discrecionalidad administrativa es “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado”. En ese sentido se distingue a la actividad reglada que sería aquella predeterminada por la norma jurídica, de resultados de la cual la actuación del órgano está establecida para el caso concreto (v. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 3° edición, tomo II, págs. 99-102, entre otros). (p. 221)

No obstante, deja sentado que, tal como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciados, sino actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación, y viceversa (Fallos: 315:1361).

Esa interpretación de nuestro Máximo Tribunal permite colegir que la discrecionalidad es un tipo especial de competencia otorgada por la norma al órgano para elegir, frente a determinadas circunstancias fácticas, entre una de varias opciones lícitas (previstas expresamente por la norma) y válidas (razonablemente contempladas de manera implícita por el ordenamiento), dejando a salvo los posibles derechos del administrado (Barra, 2018).

Aclara que esa atribución preponderantemente discrecional que supone la determinación del *quantum* de la sanción disciplinaria, aunque jurídicamente libre en su núcleo, está sujeta a la verificación de la inexistencia de vicios en los elementos reglados del acto pero, sobremanera, en el respeto a los límites marcados por los principios generales de derecho.

Así, las pautas que deben tenerse en cuenta para la ponderación de la sanción disciplinaria emergen del art. 28 de la Ley Marco 25.164 de Regulación de Empleo Público Nacional, en tanto determina que debe graduarse en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente. Tiene

presente, también, que en reiteradas oportunidades la PTN ha expresado que esa graduación queda librada a la “... prudente discrecionalidad de la autoridad de aplicación” (Dictámenes 293: 144;295: 264; 318: 567, entre otros).

Por último, destaca que esa discrecionalidad y su ejercicio prudente encuentran sus límites en los principios generales de derecho, en especial, en la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción aplicada.

#### **5.4. Revisión de informes técnicos (Dictámenes 312:132)**

En torno al papel que desempeñan los juicios técnicos o científicos como antecedente fáctico del acto administrativo, el Organismo Asesor precisa que deben descomponerse en dos aristas distintas. Por un lado, se encuentran aquellos que ofrecen reglas técnicas uniformes, como los proporcionados por las denominadas disciplinas duras (matemática, física, química, ingeniería, etc.), hipótesis en la que no existe valoración alguna del órgano y, por lo tanto, su actividad resulta mayormente reglada. Por otro, “... se presentan juicios técnicos, científicos o de experiencia, controvertidos, no unívocos o simplemente tolerables, ante los cuales se abre un mayor ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración” (Muñoz Machado, 2011, pp. 920-921).

En este marco, los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos, razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor. Esta apreciación debe ser realizada por el servicio jurídico en cumplimiento de su rol de asesoramiento y control de legitimidad de los actos y procedimientos de la Administración.

#### **6. Resguardo de las facultades discrecionales del Estado empleador en la designación de cargos con funciones ejecutivas (Dictámenes 290:260)**

En las actuaciones examinadas tramita una designación en un cargo con funciones ejecutivas, previa sustanciación del pertinente proceso de selección conforme a lo previsto en el Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP), aprobado por el convenio colectivo de trabajo sectorial homologado por el decreto 2098/2008, en el que solo un postulante aprobó todas las etapas del concurso y, por ello, no pudo conformarse una terna de candidatos como contemplaba ese ordenamiento escalafonario. Planteada esta situación, se consulta si el hecho de no haber sido posible integrar una terna importa un impedimento que afecta la legitimidad de la designación propiciada.

El Órgano Asesor señala que la cuestión radica en dilucidar el alcance y modo de ejercicio de facultades discrecionales, en el caso, del Poder Ejecutivo. En tal sentido, afirma que se encuentran involucrados aspectos jurídicos atinentes a la organización administrativa, los que no son materia de negociación colectiva pues no constituyen cuestiones ni condiciones laborales, por lo que tampoco procede dirimirlos ante órganos colectivos.

Agrega que, asimismo, se derivan de ello aristas conceptuales relativas a nulidades de actos administrativos que son materia sustantiva de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos y, por ende, requieren de la opinión del organismo técnico en materia de derecho administrativo, que es la PTN.

Con relación a la temática específica, señala que la habilitación en el convenio colectivo de la propuesta de una terna de candidatos idóneos, como resultado de un concurso para el desempeño de un cargo con funciones ejecutivas, tiene como única finalidad la de ampliar el margen de decisión de la autoridad con facultades para designar, convirtiéndola, al respecto, en discrecional. De este modo, el núcleo de la decisión discrecional es en principio libre, es decir, dentro de esa atribución cualquier elección de alternativa es válida.

Por lo tanto, expresa que el hecho de que se haya identificado en el proceso de selección solo un candidato que reúne todos los requisitos de aprobación no ocasiona el cese de las facultades discrecionales que tiene la autoridad decisora al respecto, pues aún subsisten alternativas tales como autolimitarse y escoger al postulante seleccionado o disponer una nueva convocatoria.

Concluye que no hay irregularidad alguna en que no se exija una nueva convocatoria, puesto que ello significa que el instituto del concurso cumplió su objetivo al haber escogido la autoridad a un candidato en condiciones de ocupar el cargo.

Aclara, asimismo, que tal afirmación se sostiene en la medida que se haya asegurado la sustanciación regular del proceso selector y que imponer el criterio contrario derivaría en un dispendio de la actividad administrativa y de los recursos afectados a esta, menoscabando el principio de economía y eficacia procedimental.

## **7. A modo de cierre**

Como señaláramos en el inicio, los criterios de interpretación y aplicación de la normativa que sienta el procurador del Tesoro, en su carácter de director general del Cuerpo de Abogados del Estado, son obligatorios para los abogados que forman el Cuerpo (conf. art. 6° de la ley 12.954). Por el contrario, su opinión no es vinculante para los decisores sino que solo

tiene la fuerza persuasiva de sus argumentaciones, como se ha dicho en innumerables pareceres.

Sin perjuicio de ello, no podemos soslayar que el resguardo del principio de juridicidad –un imperativo en el Estado de derecho– contribuye a la calidad de la gestión pública y, como declara la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, bajo su orientación la Administración actúa con racionalidad y objetividad.

## 8. Referencias bibliográficas

Alexy, R. (1994). *El concepto y validez del derecho*. Gedisa.

Barra, R. C. (2018). *Derecho Administrativo. Acto administrativo y reglamentos*. Astrea/RAP.

Guastini, R. (2017). *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos* (2ª ed.). Legales Ediciones.

Muñoz Machado, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. T. II (3ª ed.). Iustel.

Schmidt-Assmann, E. (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons.

## 9. Referencias jurisprudenciales

CSJN, “Cifune, Andrés”, 1967, Fallos: 268:446.

CSJN, “Compañía Argentina Agrícola e Industrial Ingenio Río Grande SA c/ Nación”, 1973, Fallos: 285:447

CSJN, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 16/11/2004, Fallos: 327:5118.

CSJN, “Gottschau Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, 08/08/2006, Fallos: 329:2986.

CSJN, “Nordensthol, Gustavo Jorge c/ Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado”, 1985, Fallos: 307:326.

CSJN, “Soengas, Héctor Ricardo y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, 07/08/1990, Fallos: 313:664

CSJN, “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, 01/01/1993, Fallos: 316:2624.

CSJN, “Puloil SA, Hadad, Luis A.”, 1964, Fallos: 258:75.

CSJN, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo”, 23/06/1992, Fallos: 315:1361.

# Comentarios a fallos

# El caso “Molinos”

## Una Corte heterogénea a la hora de ejercer el control de constitucionalidad

*Demian Konfino*

*Abogado (UBA). Representante Fiscal AFIP-DGI*

*Correo electrónico: dkonfino@afip.gob.ar*

### 1. Introducción

Por sentencia del 2 de septiembre de 2021, la Corte Suprema, en el caso “Molinos”, consideró que un tratado internacional no puede amparar la utilización de las sociedades plataforma del derecho chileno para evitar abonar el impuesto a las ganancias en nuestro país. Luego, por mayoría, realizó una interpretación armónica de los arts. 27 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el art. 2º de la ley 11.683 para definir la no aplicación al caso concreto de un convenio para evitar la doble imposición.

La mayoría fue compuesta por el voto conjunto de los Dres. Maqueda y Rosatti y el voto del Dr. Lorenzetti. La Dra. Highton no votó y el Dr. Rosenkrantz votó en disidencia. De la sola lectura de los diferentes votos podemos advertir la divergencia palmaria en la valoración que se hace de los tratados internacionales a la hora de ponderar su jerarquía normativa al momento del ejercicio de control de constitucionalidad.

### 2. El caso

Siguiendo a Bianchi (1992),

... existe caso o controversia cuando dos partes no se ponen de acuerdo sobre los hechos y el derecho (o solo sobre este último) que generan y debe ser aplicado a una relación jurídica (contractual o extracontractual) y, en consecuencia, requieren de un tercero

(un juez) que decida sobre la base de los hechos acreditados, cuál es el derecho aplicable.

Radicado en la Corte como “Molinos Río de la Plata SA c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo” (Fallos: 344:2175), la sentencia abordó el siguiente caso o controversia:

- a) La AFIP-DGI determinó (por actos administrativos) que Molinos Río de la Plata SA (en adelante, “Molinos”) debía pagar el impuesto a las ganancias, períodos fiscales 2004 a 2009 más los intereses resarcitorios respectivos.
- b) Molinos había constituido en la República de Chile, el 30 de diciembre de 2003, la sociedad “Molinos de Chile y Río de la Plata Holding SA” (en adelante, “Molinos Chile”) bajo la modalidad de una “sociedad plataforma de inversiones” regulada por el art. 41 D de la ley de impuesto a la renta de ese país, según la modificación dispuesta por la ley 19.840.
- c) Molinos era titular del 99,99% de las acciones emitidas por Molinos Chile y había integrado el capital social de esta última mediante la transferencia de los paquetes accionarios mayoritarios de tres sociedades uruguayas –Alimentos del Plata SA, Molinos Overseas SA y Molinos Uruguay SA– y una sociedad peruana –Molinos del Perú SA–.
- d) Molinos declaró los dividendos originados en las acciones de las tres sociedades uruguayas y la peruana controladas por Molinos Chile como renta no gravada por aplicación del art. 11 del Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio (en adelante, CDI), aprobado por ley 23.228.
- e) Normas federales implicadas fueron los arts. 27 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; art. 11 del CDI entre la República Argentina y la República de Chile; arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT), aprobada por ley 19.865; y art. 2° de la ley 11.683.
- f) La posición de la DGI para dictar los actos administrativos: la DGI aplicó el principio de realidad económica (art. 2° de la ley 11.683) para establecer que Molinos Chile no tenía sustancia económica siendo una mera sociedad **conducto**, a los fines de sustraer de imposición rentas (originadas en dividendos de sociedades ubicadas en terceros países) que, de no ser giradas en pleno abuso de tratado

(art. 11 del CDI con Chile) a la sociedad plataforma chilena, se encuentran gravadas por el impuesto a las ganancias argentino, dado el concepto de “renta mundial”.

- g) Planteo de Molinos al apelar el acto administrativo de la AFIP-DGI: la contribuyente invocó, con relación al impuesto a las ganancias, el beneficio tributario que surge del art. 11 del CDI, cuyo texto dispone que “los dividendos y participaciones en las utilidades de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, solo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye”.
- h) En fecha 14 de agosto de 2013, la Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación, mediante el voto concurrente de dos de sus vocales, mantuvo las resoluciones apeladas e impuso las costas a la actora.

Con fecha 19 de mayo de 2016, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia a favor del Fisco Nacional, confirmando los ajustes practicados, distribuyendo las costas en el orden causado.

Ambas partes interpusieron recurso extraordinario federal: el Fisco con relación a la imposición de costas, solicitando que se impongan a la contraria en ambas instancias, y la actora se agravió acerca de la cuestión de fondo. Ambos recursos fueron replicados respectivamente por las partes. La Cámara resolvió conceder el recurso extraordinario interpuesto por la actora por cuestión federal y rechazarlo por la causal de arbitrariedad de sentencia, y rechazar el recurso extraordinario interpuesto por la demandada. Ante ello, el Fisco interpuso recurso de queja por recurso extraordinario denegado. La actora también dedujo recurso de hecho.

- i) Tal como quedó planteado el caso, la cuestión federal a resolver fue la interpretación del citado art. 11 del CDI para determinar si:
- como sostiene Molinos, esta cláusula del Tratado impedía al Estado argentino gravar con impuesto a las ganancias los dividendos originados en las acciones de las tres sociedades uruguayas y la peruana controladas por Molinos Chile; o si,
  - como sostiene la DGI, Molinos no se encontraba amparada por esta cláusula, y abusó de sus términos en contra del principio de la realidad económica previsto en el art. 2° de la ley 11.683 y en contra del propio CDI, al constituir una “sociedad conducto” amparada por los beneficios tributarios de la ley chilena 19.840.

### 3. El fallo

En lo que aquí interesa, el fallo confirmó la sentencia. A la decisión se arriba, como ha sido escrito, por la mayoría conformada por los votos de los ministros Dres. Rosatti y Maqueda y el voto (según sus fundamentos) del Dr. Lorenzetti. La Dra. Highton no votó y el presidente de la Corte Dr. Rosenkrantz votó en disidencia.

Con base en el principio de buena fe y por aplicación de la pauta de la realidad económica (art. 2° LPT), la CSJN concluye por avalar la posición fiscal, en cuanto a que Molinos Río de la Plata no podía ampararse en el art. 11 del CDI, importando un “abuso del tratado” entonces vigente, para dejar de tributar ganancias respecto de los dividendos originados en las acciones de tres sociedades uruguayas y una peruana controladas por Molinos de Chile y Río de la Plata Holding SA, constituida en aquel país como “sociedad plattform de inversiones”.

Estamos ante una sentencia de las que Sagüés (2009) llama “sentencias interpretativas”, fallos atípicos por los cuales no se declara la inconstitucionalidad de una norma pero se descarta su aplicación para el caso concreto. En este sentido, según Sagüés, la Corte “ha distinguido la declaración de inconstitucionalidad de una norma, de la declaración de inconstitucionalidad de determinada interpretación de esa misma norma”.

En este caso, la Corte no dice **inconstitucional**. No califica así a la cláusula convencional, pero decide que es correcto el proceder de la DGI de no aplicarla en el caso concreto, pues esa norma contraviene otras normas de mayor jerarquía para el derecho positivo argentino en relación a la controversia analizada.

Sin embargo, las posiciones de los ministros de la Corte reflejan el momento que está viviendo el Máximo Tribunal con una composición corta y, a la vez, heterogénea.

#### 3.1. Los votos

##### 3.1.1. Voto de los Dres. Rosatti y Maqueda

En voto conjunto, los Dres. Rosatti y Maqueda consideraron que “ningún tratado internacional vigente en nuestro país puede ser invocado de forma abusiva”, señalando, a su vez, que “las normas internacionales encuentran límites

concretos a partir del lenguaje que utilizan y del principio de buena fe con el que deben ser interpretadas.” Y que

... las convenciones internacionales que versan sobre materia fiscal deben ser interpretadas de acuerdo a la doctrina general de hermenéutica en materia de tratados y de normas tributarias teniendo particularmente en cuenta los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la ley 19.865. Ellas consagran el principio de la buena fe conforme al criterio corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin (Fallos: 340:644)”.

En esta línea, argumentaron:

12) Que tal como surge del propio texto y denominación del CDI aprobado por la ley 23.228, su finalidad fue evitar la doble imposición entre la República de Chile y la República Argentina. Lo dicho supone que el artículo 11 invocado por Molinos Argentina debe leerse, siguiendo los principios reseñados, en los siguientes términos: “(para evitar la doble imposición) los dividendos y participaciones en las utilidades de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, solo serán gravables por el Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye”.

A ello debe agregarse, afirman, que:

En el caso, esta cláusula fue empleada conjuntamente con una modificación unilateral a la dinámica del convenio por parte de la República de Chile que, al crear en el año 2002 las denominadas “sociedades plataforma de inversiones” y no gravar sus rentas de fuente extranjera, habilitó la radicación en su territorio de empresas cuyo único vínculo con ese país fuera la residencia formal. De esta manera, las ganancias aquí cuestionadas no se encontrarían alcanzadas en el impuesto a las ganancias en Argentina, ni en el impuesto a las rentas en Chile.

El supuesto de hecho en la causa no sería, entonces, a partir de la conducta de la actora, evitar la doble imposición sino procurar doblemente una no imposición, por lo que no se encontraría alcanzada por el ámbito de validez material del CDI interpretado de buena fe.

Continúan:

En el caso, el desconocimiento de la forma jurídica empleada por la contribuyente, llevado a cabo por el Fisco

con base en diversas constancias probatorias de la causa, fue revisado por el Tribunal Fiscal de la Nación y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, quienes llegaron a conclusiones que no se advierten como irrazonables o desprovistas de fundamento de acuerdo a la doctrina excepcional de la arbitrariedad.

Citan, más abajo, el principio legal de “realidad económica” como elemento relevante para la interpretación del derecho vigente y la solución del caso: “... desde la perspectiva legislativo-tributaria nacional el principio de la realidad económica previsto en el artículo 2 de la ley 11.683 hace equilibrio entre dos extremos en constante tensión”. Por un lado, “no es reprobable el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal” (Fallos: 241:210; 308:215) y, por el otro, vale recordar que, al analizar los efectos de convenios internacionales de doble imposición se sostuvo años antes de la suscripción del tratado aquí involucrado que

... saltan a la vista las diversas “estratagemas” operativas que ofrece el plano tributario mundial para disfrazar las remesas de utilidades bajo el ropaje formal de regalías, y obtener así tratamientos tributarios más ventajosos (la tasa reducida local, la exención a las regalías provenientes del exterior concedidas por algunos países exportadores de capital, e incluso la utilización, dentro de las estructuras elegidas, de los países llamados “paraísos tributarios”, ubicando en estas empresas integrantes del grupo económico, etc.). Por estas razones, justificase plenamente la procedencia del celo fiscalizador destinado a desentrañar en estos casos la realidad de las operaciones realizadas (“Parke Davis”, Fallos: 286:97, disidencia del juez Scotti, del Tribunal Fiscal de la Nación).

Finalmente:

16) Que ubicado el caso dentro del sistema jurídico argentino, sin prescindir de los niveles de jerarquía normativa que estructura el artículo 31 de la Constitución Nacional, se observa una confluencia armónica del principio de razonabilidad y no abuso del derecho (artículo 27 de la Constitución), la interpretación de buena fe y de acuerdo a los fines de los tratados (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y la pauta de la realidad económica prevista en el artículo 2º de la ley 11.683, hacia una hermenéutica del artículo 11 del “Convenio entre la República Argentina y la República

de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio”, aprobado por ley 23.228, que no ampara la utilización de las sociedades plataforma del derecho chileno para evitar abonar el impuesto a las ganancias en nuestro país.

Es así que resuelven:

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, salvo lo dispuesto en el considerando 18. Con costas en el orden causado, en atención a la complejidad que exhibe la cuestión debatida y a las divergencias interpretativas suscitadas a raíz de las normas aplicables (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

### *3.1.2. Voto del Dr. Lorenzetti, según sus fundamentos*

En sustancia, el voto resulta coincidente con el de los ministros Rosatti y Maqueda. Parte de considerar que “el artículo 11 del Tratado debe ser interpretado conforme con la buena fe y la prohibición del abuso del derecho”. Afirma, asimismo, que

... la interpretación del CDI, como la de todo tratado internacional ratificado por nuestro país, debe hacerse siempre de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27). En la búsqueda de coherencia –que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo– y en la ponderación de los principios jurídicos aplicables, no cabe prescindir de la consideración de las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (arg. Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti).

Luego del análisis de las normas y hechos del caso concluye que

... resulta irrazonable la exégesis que, de la letra del Convenio entonces vigente, propugna Molinos a fin de no tributar el impuesto a las ganancias sobre los referidos dividendos, toda vez que, al no verificarse la situación que dicho convenio buscaba regular, sus consecuencias llevan a una interpretación y aplicación del mentado instrumento contrarias a los principios y valores de la Constitución Nacional.

### 3.1.3. Disidencia del Dr. Rosenkrantz

Tras el análisis de los hechos y normas implicadas, el Dr. Rosenkrantz va a sostener que

... el artículo 11 del CDI al disponer que los dividendos distribuidos “solo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye” no ofrece dificultad interpretativa alguna y fuerza a concluir que Chile era el único Estado contratante con potestad tributaria para gravar los dividendos distribuidos por Molinos Holding. Ello es así porque el CDI había consagrado en su artículo 11 la regla que otorga potestad tributaria al lugar de colocación del capital para definir la fuente productora de la renta de dividendos y participaciones (cfr. artículo 2º, inc. e, CDI), resultando irrelevante la nacionalidad o domicilio del titular de dicha renta (cfr. artículo 4º, CDI).

A lo que agrega:

11) Que el régimen tributario chileno para las sociedades constituidas con capital extranjero, como Molinos Holding, fue establecido por la ley 19.840 que introdujo reformas al impuesto a la renta chileno. Dicho régimen tributario estableció que “para los efectos de esta ley, las citadas sociedades no se considerarán domiciliadas en Chile, por lo que tributarán en el país solo por las rentas de fuente chilena” (cfr. artículo 41º D, primer inciso, *in fine*, ley 19.840 de la República de Chile). Por obra de lo dispuesto por la legislación chilena, entonces, quedaban excluidos del impuesto a la renta de ese país los dividendos provenientes de inversiones en el exterior de Chile.

Sostiene entonces que

... al atribuir potestad tributaria exclusiva a Chile para gravar los dividendos distribuidos por Molinos Holding a Molinos, el artículo 11 del CDI inhibió la operatividad del artículo 146, inc. b, de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.), impidiendo que Argentina gravase tales dividendos.

Luego, se detiene a considerar la posición fiscal para concluir:

20) Que, en resumen, el compromiso asumido por los Estados parte en el CDI debe respetarse aun cuando la aplicación de sus disposiciones redunde en una ausencia

de imposición en ambas jurisdicciones e independientemente del juicio de desvalor que puedan merecer las planificaciones fiscales implementadas para alcanzar tal efecto. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades propias, debiendo limitarse a su aplicación tal como estos las concibieron (arg. Fallos: 277:25; 300:700; 340:644).

Ello es así pues no cabe a esta Corte apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este, pues de hacerlo olvidaría que la primera fuente de exégesis de una norma convencional es su letra y que cuando esta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella (arg. Fallos: 218:56; 299:167; 313:1007).

Invocar la aplicación del principio de la realidad económica establecido en el artículo 2° de la ley 11.683 para desconocer lo dispuesto en el artículo 11 del CDI implica un apartamiento palmario del texto de dicho convenio (artículo 31, CVDT). Supone, además, alterar unilateralmente lo que es un acto emanado de dos Estados soberanos (arg. Fallos: 35:207; 320:1257; 322:1558). De esta manera, se afecta el principio *pacta sunt servanda* y las referidas reglas de interpretación fijadas por la CVDT (artículos 26, 31 y 32 de la CVDT) (doctrina de Fallos: 322:1558; 323:3680 y 326:991), sin que se verifiquen las circunstancias excepcionales de conflicto irresoluble con los principios de derecho público establecidos en la Ley Suprema, únicas en las que los tratados deben ser soslayados para que pueda prevalecer la propia Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 305:2150; 316:1669; 317:1282; 322:1905; 340:47, entre otros).

#### 4. Análisis del fallo a la luz de las normas involucradas

Presentado el caso y lo resuelto por la Corte, debe comenzar por indicarse que del fallo no surge una doctrina jurisprudencial homogénea por la particularidad de encontrarnos ante tres votos diferentes (de un total de cuatro ministros), uno de ellos en disidencia. Sin embargo, resulta de mucho interés la interpretación diversa de los ministros de la misma Corte cuando se encuentran en pugna normas legales, constitucionales y convencionales.

En este sentido, el Dr. Rosenkrantz en su disidencia mantiene una postura rígida: la interpretación no puede apartarse de la letra del Tratado, pues ello sería desconocer un acto emanado por dos Estados soberanos, con independencia del juicio sobre su acierto o desacierto. Para ello, cita el principio de sujeción de los jueces a la ley siendo que la primera fuente de exégesis de una norma convencional es su letra.

No obstante, sobre el final de su voto, deja abierta la posibilidad de interpretar el convenio en contra de su letra, si se dieran “las circunstancias excepcionales de conflicto irresoluble con los principios de derecho público establecidos en la Ley Suprema, únicas en las que los tratados deben ser soslayados para que pueda prevalecer la propia Constitución Nacional”. No las enumera, ni las describe, aunque cita los fallos de donde surge la doctrina que enuncia.

Por el contrario, el Dr. Lorenzetti sostiene la posición opuesta: si la interpretación de la letra del convenio es contraria a los principios y valores de la Constitución Nacional, esa interpretación debe ser dejada de lado y cede ante la supremacía de la Constitución que surge de su art. 27.

En lo que parece una solución intermedia, el voto concurrente de los Dres. Maqueda y Rosatti intenta trazar una lectura sistémica de todas las normas involucradas, sin que prime una sobre otra. De esta manera, la ley, la CVDT (el tratado sobre tratados) y la CN deben leerse conjuntamente y, así, evitar una exégesis del art. 11 del CDI que permita el abuso de tratado: confluencia armónica del principio de razonabilidad y no abuso del derecho (art. 27 CN), la interpretación de buena fe y de acuerdo a los fines de los tratados (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y la pauta de la realidad económica prevista en el art. 2º de la ley 11.683.

De este modo, los Dres. Rosatti y Maqueda evitan descalificar al CDI como inconstitucional pero le restan valor normativo respecto a la Constitución Nacional, concluyendo del mismo modo que lo hace el Dr. Lorenzetti, descartando la aplicación de su art. 11 al caso concreto y confirmando el criterio del Fisco respecto a la obligación tributaria.

Como dicen María Pilar Navarro y Álvaro Magasich Airaola (2021): “Un observador cualquiera exigirá una explicación acerca de cómo, en este caso, con argumentos parecidos –interpretación finalista y buena fe–, se resuelve un caso de modo diametralmente opuesto en el voto de mayoría y en el voto de minoría”.

Pero explican a continuación:

... los jueces de mayoría poseen una mirada finalista o sustancial del derecho como medio de determinar lo justo o la reconstrucción de las reglas respecto a su coherencia entre los principios y los resultados que sus aplicaciones se deriven, en parecida lógica a la del Juez Foster en el caso de los exploradores de cavernas. Por lo que el resultado obtenido consistente en la no sujeción, era un supuesto no deseado e incongruente con el propósito del Convenio, que buscaba impedir la doble imposición, y con el principio de la buena fe, que niega el abuso del tratado. En consecuencia, los jueces resuelven reconstruyendo el sistema a través de una nueva regla, consistente en que las utilidades que provienen de Chile y que se originan fuera de dicho Estado, no están sujetas al artículo 11 del Convenio.

En cambio, el juez del voto de minoría tiene una postura formalista del derecho, en la que no le cabe al Tribunal ir más lejos que los textos normativos y las formas jurídicas implementadas.

En “Molinos”, la Corte resuelve hacer lugar a la posición de la DGI de apartarse de la letra del art. 11 del CDI por contrariar la hermenéutica armónica de los principios de supremacía constitucional (arts. 27 y 31 CN), el principio de realidad económica que surge de la ley argentina (art. 2° de la ley 11.683) y el principio supranacional de buena fe (establecido en el art. 31 de la CVDT para interpretar los tratados).

En esta senda, entiendo que el voto de los Dres. Rosatti y Maqueda es el más completo en el análisis del bloque de constitucionalidad, ya que no descarta la aplicación del tratado internacional por tener jerarquía inferior a la Constitución, como parece desprenderse del voto del Dr. Lorenzetti. Tampoco parece en una postura rígida o formalista como la del Dr. Rosenkrantz, que evade analizar la problemática en toda su dimensión.

El voto conjunto analiza el bloque constitucional y armoniza la ley argentina, la Carta Magna y el tratado internacional. Este último, con el aditamento de introducir a la CVDT como marco para la exégesis de los convenios internacionales. Analizada la CVDT, surge un principio rector que deben guardar las cláusulas convencionales: la buena fe.

Sin embargo, cuando se conoció el fallo la prensa nacional lo descalificó, principalmente por el voto conjunto de los

Dres. Maqueda y Rosatti. El voto que aparece como el más integral resultó cuestionado por la cita del precedente “Parke Davis”: “... en el ámbito judicial está considerado como uno de los más antiempresa de la historia del máximo tribunal” (“La Corte Suprema avaló el cobro del Impuesto a las Ganancias sobre los dividendos de Molinos Río de la Plata”, 02/09/2021).

La crítica quedó eclipsada por el precedente de la Corte de la época de Perón y su ministro de Economía Gelbard (1973). Ese debate, como puede visualizarse con facilidad, se quedó en la superficie, no observando que el precedente citado no fue el meollo del voto. El centro neurálgico fue la exégesis más amplia y completa que toma en cuenta todo el ordenamiento jurídico que rige en nuestro territorio nacional.

## 5. A modo de conclusión

Lo realmente relevante de la sentencia es esa visión tan diversa que convive en la actual Corte que se manifiesta en una visión –a veces– antagónica respecto a algo tan importante como el control de constitucionalidad y el principio de supremacía de la Constitución.

Más allá de las opiniones más o menos fundadas, genera inquietud que en fallos trascendentes se refleje el nivel de divergencia que existe, en temas medulares, entre los ministros de la reducida composición de la Corte actual.

Volviendo al caso, el fin público o servicio estatal que lleva adelante la agencia tributaria nacional hace necesario que el más Alto Tribunal realice una lectura no formalista. En este sentido, debe “... entenderse por fin público o por servicio estatal, no solo lo relativo al desenvolvimiento estricto de la Administración Pública, sino también todos aquellos fines o servicios conducentes a la prosperidad o bienestar general que el Estado toma a su cargo”.<sup>(1)</sup>

Resulta oportuno recordar que “... el reconocimiento de derechos va de la mano de otras acciones de los Estados con miras a lograr su real garantía” (Albornoz y Donzelli, 2024, pp. 40-41). En este punto, rememoremos: “... sin recursos no hay derechos, y así como los presupuestos son el mejor reflejo de las verdaderas prioridades de los Estados,

---

(1) Véase Dictamen PTN 94/06, 12/04/2006, Expte. 1-250092/06. Administración Federal de Ingresos Públicos (Dictámenes 257:44).

los sistemas tributarios reflejan a su vez la contribución de distintos actores para solventar estas prioridades".<sup>(2)</sup>

Luego, si puede definirse a la función recaudadora de la Administración como necesaria para proveer a los gastos e inversiones del Estado (educación, salud, cultura, seguridad, obra pública, salarios, etc.), la Corte no debería quedarse en el rigorismo de las formas (como lo hace el Dr. Rosenkrantz) para dejar al Estado desamparado frente a un claro caso de abuso de derecho que privaba al Estado de esos recursos, siendo que una exégesis sistémica de todo el bloque constitucional aportaba la solución proporcional para proteger los valores constitucionales.

En conclusión, la promoción del bienestar general que surge del preámbulo y el principio de progresividad consagrado en la reforma constitucional de 1994, en el art. 75, inc. 19, hacen equipo con el principio de razonabilidad del art. 28 CN, por los cuales no puede arribarse a conclusiones formalistas que desatiendan los fines normativos y constitucionales. Por ello, lo resuelto por la mayoría parece redundar en una decisión congruente con una interpretación sistémica de los principios constitucionales.

## 6. Referencias bibliográficas

**Albornoz, J. y Donzelli, B.** (2024). Comentario al Principio N° 10. *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero*, (10), pp. 39-67.

**Bianchi, A.** (1992). *Control de Constitucionalidad. Tomo I*. Depalma.

La Corte Suprema avaló el cobro del Impuesto a las Ganancias sobre los dividendos de Molinos Río de la Plata". (2 de septiembre de 2021). [infobae.com/politica/2021/09/02/la-corte-suprema-avalo-el-cobro-del-impuesto-a-las-ganancias-sobre-los-dividendos-de-molinos-rio-de-la-plata/](https://infobae.com/politica/2021/09/02/la-corte-suprema-avalo-el-cobro-del-impuesto-a-las-ganancias-sobre-los-dividendos-de-molinos-rio-de-la-plata/)

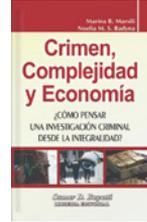
**Navarro Schiappacasse, M. y Magasich Airola, A.** (2021). Elusión fiscal internacional: un enfoque interpretativo al fallo "Molinos". *Taxlatam*. [taxlatam.com/noticias/elusion-fiscal-internacional-un-enfoque-interpretativo-al-fallo-molinos/](https://taxlatam.com/noticias/elusion-fiscal-internacional-un-enfoque-interpretativo-al-fallo-molinos/)

**Sagüés, N.** (2009). *Compendio de derecho procesal constitucional*. Astrea.

(2) Véase *Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal*", p. 4, disponible en: [derechosypoliticafiscal.org/images/ASSETS/Principios\\_de\\_Derechos\\_Humanos\\_en\\_la\\_Politica\\_Fiscal-ES-VF-1.pdf](https://derechosypoliticafiscal.org/images/ASSETS/Principios_de_Derechos_Humanos_en_la_Politica_Fiscal-ES-VF-1.pdf)

# **Reseñas bibliográficas**

Marina B. Marsili y Noelia M. S. Radyna  
***Crimen, Complejidad y Economía***  
***¿Cómo pensar una investigación criminal desde la integralidad?***  
Librería Editorial, 2020



## Notas y reflexiones

**Mario Alberto Laus**

Abogado. Agencia contra el Lavado de Activos de Origen Delictivo (Municipalidad de Rosario)  
Correo electrónico: [marioalbertolaus@gmail.com](mailto:marioalbertolaus@gmail.com)

**M. Candelaria Uría**

Economista. Agencia contra el Lavado de Activos de Origen Delictivo (Municipalidad de Rosario)  
Correo electrónico: [maria.uria@fcpolit.unr.edu.ar](mailto:maria.uria@fcpolit.unr.edu.ar)

### 1. Introducción

Desde el título mismo de la obra las autoras nos advierten que van a realizar una lectura de tres pasos en la que abordarán situaciones donde existe un delito grave que tiene un entramado complejo, limitándose a sus aspectos económicos. Expresan al respecto: “Vamos a investigar criminalmente desde una perspectiva integral”. Todo ello, que en sí mismo es muchísimo, surge como una necesidad reformista de “seguir pensando otras formas de hacer las cosas”, sin perder la perspectiva de las utopías, sostienen, ya desde el inicio, Marsili y Radyna.

El texto, escrito en la ciudad de Rosario y publicado a fines del año 2020, es el resultado de un proceso

social e institucional de transformaciones en el cual se produjeron cambios significativos en la provincia de Santa Fe, en general, y en Rosario, en particular. En efecto, sumida ya en una crisis profunda de incremento de la delincuencia a principios de siglo XXI, se dictaron por unanimidad nuevas leyes provinciales regulatorias de la Policía, el Servicio Penitenciario y el Código Procesal Penal. Se dio paso de esta forma a un acelerado proceso de construcción de unidades de detención provinciales y a una federal; posteriormente, se instauró el sistema procesal penal acusatorio en reemplazo del inquisitivo.

Desde su puesta en vigencia, el 10 de febrero de 2014, el Ministerio Público de la Acusación tomó las riendas de las investigaciones. Las víctimas,

anteriormente olvidadas, ocuparon el centro de la escena. Así, quedaba el camino despejado para investigar criminalmente delitos graves y complejos desde una perspectiva económica. Pero, ¿cómo se haría esto?

En primer lugar, se necesitaba algo que sobreabunda en las autoras: valentía, con mayúscula. Admiradoras del legado del legendario juez italiano Giovanni Salvatore Augusto Falcone, asesinado por la mafia el 18 de mayo de 1992, en Palermo, pusieron desde la función pública lo mejor de su coraje para adentrarse en una nueva realidad. Los delincuentes pasaron a ser ahora, en su mayoría, miembros de asociaciones ilícitas de diferente importancia, asesorados por cambistas, abogados, contadores, más un conjunto de profesionales y asociados. Así fue como las tasas de homicidio crecieron exponencialmente, llevando a la de la ciudad de Rosario a estar entre las dos más altas de Argentina, y cinco veces más elevada que la media nacional.

Lo segundo fue asumir la complejidad. Acostumbrados a los análisis lineales, los tribunales de instrucción carecían de la perspectiva interdisciplinaria y transdisciplinaria imprescindible para abordar investigaciones en las que lavar dinero proveniente de ilícitos se hacía, en la práctica, imposible de seguir y menos aún de condenar.

Las autoras, con formación en los ámbitos jurídico, económico y político, pudieron elevarse sobre el *status quo* existente para producir y desarrollar una nueva perspectiva de tipo integral, es decir, sin compartimentos apriorísticos, guiadas por el

pensamiento complejo del sociólogo y epistemólogo francés Edgar Morin, entre otros autores.

Finalmente, luego de un nutrido camino de experiencias profesionales y académicas, llegó este momento que nos ocupa, en el cual se plasmó la vocación generosa por compartir, ampliar y retronutrir en este imprescindible trabajo doctrinario que se asume tanto en la teoría de la problemática expuesta como en la práctica cotidiana, según se detallará a continuación.

## 2. La obra

El libro es la resultante de una combinación ideal: academia y experiencia práctica. Desde hace varios años la labor diaria de las autoras consiste en investigar organizaciones criminales complejas. A los conocimientos adquiridos a partir de los análisis de los casos concretos que han trabajado, suman un abordaje académico desde distintas disciplinas (economía, ciencia política, derecho). La solidez teórica de su formación, lejos de limitarlas o encuadrarlas en una única lógica de trabajo, respalda y potencia el trabajo cotidiano.

La recopilación de los diferentes abordajes implementados, en el afán de encontrar las mejores prácticas para abordar la complejidad de las organizaciones criminales que han analizado, se plasman en este libro que está estructurado de la siguiente manera.

El primer capítulo aborda el rol del Estado y el papel de la política pública en la materia, resaltando como idea innovadora el trabajo en red, uno de los aportes centrales del libro

a las investigaciones complejas. Al final de este capítulo presentan un conjunto de técnicas recomendadas para evitar maniobras de colocación de activos ilícitos donde enumeran –y explican– una serie de acciones a las que el sector público debe prestar atención al momento de diseñar estrategias para la prevención del lavado.

En el capítulo segundo se desarrollan los fundamentos teóricos desde la economía, la ciencia política y la criminología, para comprender a las organizaciones en red.

El tercer segmento plantea el abordaje de las investigaciones complejas desde una perspectiva económica integral, que comprenda la elaboración del perfil patrimonial de los sujetos, el ropaje jurídico de la empresa criminal, así como el análisis tributario, patrimonial, financiero y económico, que permita determinar la posible presencia de delitos de lavado de activos, para luego validar las hipótesis a partir de herramientas de análisis y comprobación. Sobre el final del capítulo sugieren acciones para procurar el recupero de activos.

En el último capítulo se exponen los desafíos que se presentan al momento de abordar una investigación criminal desde la complejidad.

Finalmente, se exponen dos apéndices que podrían ser capítulos en sí mismos. El primero presenta una guía para la identificación de alertas sospechosas, mientras que el segundo propone un debate obligado y necesario acerca de la competencia provincial en materia de lavado.

### 3. Reflexiones

El libro constituye, en palabras de las autoras, un aporte tanto para profesionales de diferentes áreas del conocimiento que busquen comprender el funcionamiento de estructuras delictivas complejas, así como también para aquellos que forman parte de estructuras de investigación criminal, dado que brinda herramientas de sistematización y abordajes novedosos de las tareas investigativas.

A continuación, presentamos algunos de los aportes que consideramos más relevantes.

#### *3.1. Las organizaciones mutan, la investigación también*

Las nuevas modalidades complejas de criminalidad imponen la necesidad de evolución y adaptación en las formas de investigación. Dado que en todo delito complejo coexisten otros casos asociados, una vez identificado un hecho detrás del cual actúan organizaciones criminales complejas se debe iniciar paralelamente una investigación basada en técnicas que permitan atacar todos los aspectos criminales asociados a las mismas. Por otra parte, las organizaciones ya no son concebidas a partir del paradigma clásico de estructura piramidal, sino que son vistas como redes.

El informe de Europol titulado “European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe’s economy and society by organised crime”, de diciembre de 2021, refiere a las redes criminales como las nuevas Hidra de Lerna, ya que al igual que la criatura

mitológica a la cual se enfrentó Hércules, las complejas estructuras de red generadas por las organizaciones criminales poseen características únicas y aún no completamente comprendidas, tales como fluidez, adaptabilidad y capacidad para reaccionar eficazmente ante las acciones policiales y de la Justicia.

### *3.2. Abordaje alineado con el nuevo sistema procesal penal*

Para combatir redes delictivas es crucial comprender completamente las arquitecturas y dinámicas centrales que las constituyen. Esto, a su vez, requiere una interpretación profunda de los mecanismos a través de los cuales surgen, funcionan y evolucionan estas estructuras complejas. Esta metodología innovadora e integral se encuentra alineada con los cambios implementados a partir de 2014 en el sistema procesal penal de la provincia de Santa Fe, el cual se caracteriza por su flexibilidad, simplificación y celeridad, en pos de una justicia penal ágil, transparente y abierta al escrutinio público.

Esto permitió comenzar a investigar de manera integral cómo funciona una estructura criminal y qué delitos comete durante un determinado período, a diferencia del anterior sistema de persecución penal donde se investigaban casos específicos, limitando la posibilidad de desarticulación de la organización criminal en sus diferentes aristas.

### *3.3. Investigaciones de manual innovador*

El libro constituye un primer “manual” sobre el tema. No es un abordaje netamente académico pero

tampoco es un *racconto* de investigaciones, sino de tareas que se desarrollan para la investigación de las organizaciones criminales complejas.

Tal como se deriva del contenido y la forma en que está estructurado el texto, este presenta una guía ordenada para la ejecución de investigaciones de delitos complejos, encarados desde los aspectos económicos. En este sentido, pueden destacarse tres aportes particularmente valiosos:

- 1) La guía para identificar alertas sospechosas planteada en el apéndice 1 del texto sirve como puntapié inicial de cualquier análisis. Luego de enumerar una serie de inconsistencias y acciones inusuales generales, plantean una serie de indicadores agrupados según diferentes criterios: asociados al comportamiento de los sujetos analizados; vinculados a transacciones financieras poco usuales; relacionados con gestiones llevadas a cabo por ciertos grupos de profesionales; actividades propias de compras públicas; y vinculados con el comportamiento de empleados
- 2) Un abordaje económico integral no solo desde lo patrimonial o desde aspectos tributarios. Proponen herramientas de elaboración de perfiles individuales a partir del análisis económico que contempla, asimismo, aspectos tributarios, patrimoniales y financieros, así como también de la propia empresa criminal, para lo cual incorporan cuestiones específicas sobre la elección del ropaje jurídico que permitiría propiciar un aprovechamiento fraudulento de la forma societaria adoptada.

3) Finalmente, uno de los aportes centrales del texto tiene que ver con la propuesta metodológica que constituye el análisis reticular para el abordaje de las organizaciones criminales actuales. Esta herramienta resume, gráficamente, el conjunto complejo de relaciones entre una gran cantidad de puntos de datos (personas, sociedades, números de teléfono, domicilios, vehículos o cualquier otra información). De esta manera, ayuda a comprender la complejidad al relacionar las partes de la organización, la manera en la que interactúan y la división y especificidad de tareas de cada uno de sus miembros, lo cual contribuye tanto en la etapa de relevamiento de datos como al momento de la judicialización de la investigación.

#### 3.4. No todo es color de rosas

El libro puntualiza las herramientas y estrategias que deberían desarrollarse en las tareas cotidianas para la investigación de las organizaciones criminales complejas. En el último capítulo, las autoras presentan un atisbo de realidad que suele pasarse por alto: los límites o desafíos que enfrenta el sector público al momento de implementar abordajes innovadores al no contar con las estructuras y recursos para hacerlo, o bien con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las nuevas realidades.

#### 4. Consideraciones finales

Numerosos hechos anteriores y posteriores a la publicación de *Crimen, Complejidad y Economía* reivindicaron su urgente necesidad, tanto conceptual como práctica.

Una de las causas que estremecieron a la sociedad santafesina fue la

llamada “Megacausa”, en la que se produjeron defraudaciones y estafas inmobiliarias de las que participaron corredores inmobiliarios, escribanos, abogados y beneficiarios. Otro hito importantísimo fue la causa del narcotraficante Esteban Alvarado, cuyas esquirlas se siguen proyectando aún hoy al exterior del sistema carcelario en el que se encuentran los condenados. No podemos ignorar tampoco los episodios de los que fueron víctimas jueces y miembros de equipos de investigación de fiscalías, tal como lo relatan Germán de los Santos y Hernán Lascano en su libro *La historia de la mafia narco que se adueñó de la ciudad de Rosario* (2023). Estos son solo algunos de los numerosos hechos entre los que se fraguó este libro.

Ahora bien, con posterioridad a su publicación, la realidad circundante se ensangrentó y ennegreció de manera creciente. Así lo advirtió oportunamente la Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos de la República Argentina, aprobada mediante el decreto 653/2022, en la cual se señala:

...i) una gran cantidad de organizaciones criminales con asiento en la Ciudad de Rosario; ii) una actividad criminal y niveles de violencia por encima de la media nacional; iii) que constituye, además, uno de los principales puntos de destino nacionales del tráfico de droga; y iv) en materia de narcocriminalidad, el rol destacado de los transportes fluviales (a través del Río Paraná, Hidrovía Paraná-Paraguay) o aéreos (vuelos irregulares) tanto para explicar el ingreso al país de la sustancia, como su desplazamiento por el territorio nacional y, eventualmente,

su posterior exportación ilícita; tal como establecen los fundamentos de la Resolución 31/2023 de UIF.

La gravedad de la situación provocó numerosas reacciones desde la academia y la gestión pública, por ejemplo, la creación de una Diplomatura de Pregrado en Análisis Económico Forense, organizada por el Centro de Estudios Interdisciplinarios de la Universidad Nacional de Rosario. Posteriormente, por ordenanza 10.370/2022 de la Municipalidad de Rosario, se creó la primera Agencia contra el Lavado de Activos de Origen Delictivo de Sudamérica, en la cual la Dra. Marsili participó activamente. Vino, más tarde, la creación de la Región Centro por parte de la Unidad de Información Financiera (UIF) y la instalación de su sede central en Rosario. En el año 2023 comenzó el dictado de la Diplomatura de Pregrado en Prevención de Lavado de Activos, dictada por la UIF y la Universidad Nacional de Rosario, a través de su Facultad de Derecho.

Tal como se comprueba a diario, la delincuencia económica se convirtió en un fenómeno internacional con epicentros muy diversos, de acuerdo a los mayores intereses comprometidos y los avances de la digitalización y la globalización. La problemática llegó hace décadas y no termina de crecer, lo que produce un futuro sombrío, como remarca Ariel Larroude en su libro *Rosario, un sueño de paz* (2023).

En el otro extremo de las cadenas criminales aparecen los beneficiarios finales secretos de sumas multimillonarias ilícitas. Es, entre esas raíces

asesinas y ese follaje de hipocresía de cuello blanco, que el trabajo de Marsili y Radyna nos aporta herramientas imprescindibles, las que será necesario mantener afiladas permanentemente en la perspectiva de un eficaz trabajo judicial mancomunado e integral, en un mundo cada vez más complejo.

## 5. Referencias bibliográficas

**De los Santos, G. y Lascano, H.** (2021). *Los monos: Historia de la familia narco que transformó a Rosario en un infierno*. Sudamericana.

----- (2023). *Rosario. La historia detrás de la mafia narco que se adueñó de la ciudad*. Sudamericana.

**Europol.** (2021). European Union Serious and Organised Crime Threat Assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime. [europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-socta-2021#downloads](https://www.europol.europa.eu/publication-events/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-socta-2021#downloads)

**Larroude, A.** (2023). *Rosario, un sueño de paz. Informes sobre la trama narco que azota Santa Fe y a toda la Argentina*. Ediar.

**Marsili, M.** (2023). Criminalidad organizada y lavado de activos. El caso de las usurpaciones y la concentración de la tierra. *Cuadernos del Ciesal*, 2(22), pp. 1-14. [cuadernosdelciesal.unr.edu.ar/index.php/inicio/article/view/95/155](https://cuadernosdelciesal.unr.edu.ar/index.php/inicio/article/view/95/155)

**Marsili, M. y Radyna, N.** (2020). *Crimen, Complejidad y Economía*. Buyatti.