

“Potestades Administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo”

ESCUELA DEL CUERPO
DE ABOGADOS Y ABOGADAS DEL ESTADO



ecae Escuela del Cuerpo de
Abogados y Abogadas del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

“Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo”

Coordinación General
Gabriela Stortoni - Patricio Sammartino

AUTORIDADES

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dr. Alberto A. Fernández

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Martín Ignacio Soria

PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN

Dr. Carlos Alberto Zannini

SUBPROCURADORES DEL TESORO DE LA NACIÓN

Dr. Horacio Diez

Dr. Sebastián Soler

DIRECTOR DE LA ECAE

Dr. Guido Leonardo Croxatto

SUBDIRECTOR DE LA ECAE

Dr. Pablo Octavio Cabral



ESCUELA DEL CUERPO
DE ABOGADOS Y ABOGADAS DEL ESTADO

**“Potestades administrativas
y Garantías en el Estado
Constitucional contemporáneo”**

ecae

Escuela del Cuerpo de
Abogados y Abogadas del Estado

Indice

Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal	11
<i>Laura Monti</i>	
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	25
<i>Por Santiago Lauhirat</i>	
Control de constitucionalidad y Acto Administrativo.....	49
<i>Patricio M. E. Sammartino</i>	
La potestad revocatoria y el artículo 27 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo	155
<i>Martín Sánchez</i>	
Principios generales del Procedimiento Administrativo en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	169
<i>Gustavo E. Silva Tamayo</i>	
Contratos Públicos y Derechos Humanos. Notas Introductorias.....	189
<i>Gabriela A. Stortoni</i>	
“Contratos públicos: problemas y perspectivas”	207
<i>Susana Elena Vega</i>	
El Impacto de los programas de Integridad en los Procedimientos de Selección.....	221
<i>Hugo Torres</i>	

Titulo libro:
"Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo".

- 1a edición especial -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Procuración del Tesoro de la Nación, 2022.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga. DNDA en trámite.
ISBN 978-987-48073-0-4

CDD 342.04

ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DEL
ESTADO DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

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

Colaboración en la edición Dres.: Carlos Nilsen Enmmarq,
Lucas Lafosse y David Kronzonas.
Diagramación: Paula Sánchez

Queda hecho el depósito que exige la Ley 11.723



El Poder de policia Provincial vinculado a la Salud Pública	239
<i>Alejandro J. Uslenghi</i>	
Desafíos en materia de Responsabilidad del Estado	249
<i>Ana Salvatelli</i>	
Prevención del daño y Responsabilidad Patrimonial del Estado	267
<i>Lucas Lafosse</i>	
Comentarios acerca del agente público en el estado constitucional de derecho	321
<i>Miriam M. Ivanega</i>	
Cuestiones de integridad.....	345
<i>Miriam M. Ivanega</i>	
Ciencias del comportamiento y regulación Administrativa.....	359
<i>Ivan Budassi</i>	
la potestad disciplinaria como herramienta de la buena Administracion	375
<i>José Roberto Sappa</i>	
La potestad disciplinaria de la Administración Pública en el Estado Constitucional de derecho.....	401
<i>Leandro Salgan Ruiz</i>	
Transparencia y tecnología.....	425
<i>Daniela B. Valentini</i>	
El control judicial y las nuevas tendencias procesales	441
<i>Luis Eduardo Rey Vázquez</i>	
Régimen de percepción de honorarios de abogados/as del Estado. Una mirada comparada.....	455
<i>Luis Eduardo Rey Vázquez</i>	

La transformación tecnológica estructural del poder judicial de la provincia de Bs.As. durante la pandemia como garantía a la tutela judicial efectiva.....	481
<i>Marcelo José Schreginger</i>	
“La paradoja democrática: la tensión entre los principios de igualdad y libertad”	495
<i>David Kronzonas</i>	
La fragilidad de los principios	507
<i>Claudio Martyniuk</i>	
Las funciones estatales y el principio de división de Poderes..	517
(Su Resignificación En El Estado Social Y Constitucional De Derecho).....	517
<i>Gustavo E. Silva Tamayo</i>	
Las medidas de acción positiva en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional Argentina	545
<i>Pablo Octavio Cabral</i>	
Derecho Constitucional, control del poder y garantía de los derechos.....	601
<i>Diego A. Dolabjian</i>	
El control judicial de las medidas de emergencia	645
<i>Juan Santiago Ylarri</i>	
Los Decretos de necesidad y urgencia emitidos durante la pandemia. Análisis del período del 12 marzo de 2020 al 1 mayo de 2022.....	675
<i>Carlos A. Nielsen Enemark</i>	

Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal

Laura Monti

Varios requisitos se enumeran para la habilitación de la instancia contencioso administrativa: la legitimación para iniciar el proceso, el cumplimiento del principio del “solve et repete”, el agotamiento de la vía administrativa previa y el respeto de los plazos judiciales de caducidad para interponer demanda o recurso contra el Estado.

Nos centraremos aquí en los dos últimos, prerrogativas procesales del Estado. Estos son los que generan mayor cantidad de planteos judiciales; y respecto de cuya vigencia, en ocasiones se afirma que conspiran contra el derecho a la tutela judicial efectiva, posición que no comparto.

Respecto del agotamiento de la vía administrativa, su relevancia se advierte en que con el procedimiento administrativo impugnatorio o reclamatorio lo que se pretende, además de la debida tutela de los intereses particulares¹, es procurar la legítimi-

¹ Este trabajo consiste en la actualización de uno publicado en Estudios de derecho público, 1ª edición, Bs. As. 2013, Asociación de docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, coord.. Regueira, Enrique A. La Corte ha puesto de manifiesto la relevancia, en este aspecto, de la tutela administrativa efectiva, recogida en tratados internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. a y b, y 14 inc.

dad de la actuación estatal, además integrada por la legalidad y la razonabilidad², a lo que se puede acceder cuando se otorga a la Administración la posibilidad de enmendar sus propios errores (por ejemplo, en el procedimiento impugnatorio de los actos), o de acceder a peticiones del particular en su sede (por ejemplo, en ciertos casos de reclamaciones regladas); evitando así, ser sometida a juicio, con los inconvenientes y costos que ello genera para ambas partes. Se ha dicho que el agotamiento de la instancia administrativa persigue también, garantizar una mayor protección al administrado, pues no sólo se le proporciona un instrumento sencillo y económico para satisfacer sus pretensiones, sino que se le permite conocer íntegramente la posición de defensa de la Administración antes de decidir sobre la oportunidad de acudir a la vía judicial, de modo de disminuir el riesgo de una acción rechazada por los tribunales³.

1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Así lo hizo en la causa "Astorga Bracht", al señalar que el art. 18 de la Constitución Nacional y esas normas internacionales resguardan el aludido derecho, que supone la posibilidad de ocurrir ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una decisión fundada. Causa "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER-dto. 310/98 s/ amparo Ley N°16.986", sentencia del 14 de octubre de 2004, Fallos: 327:4185.

2 Como lo ha dicho el Alto Tribunal en la causa "Solá", al destacar que las decisiones administrativas no pueden quedar exentas de cumplir con los recaudos de legitimidad, constituida por la legalidad y la razonabilidad ("Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo s/ empleo público", sentencia del 25 de noviembre de 1997, Fallos: 320:2509).

3 Juan Peman Gavin, "Vía administrativa previa y derecho a la tutela judicial-A propósito de sentencia de la Corte Constitucional italiana de 11 de enero de 1991", n° 15, en Revista de Administración Pública N° 127, págs. 145 y ss., Madrid, enero-abril de 1992, Centro de Estudios Constitucionales), cita de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, "Rilkah SRL c/DNV-Resol. 777/01-Ley 25.344 s/contrato de obra pública", sentencia del 25 de agosto de 2005. El rol de colaborador que el particular desempeña en el procedimiento administrativo demuestra aquí su especial trascendencia, al propender, con su

Por otra parte, como es por todos consabido, la importancia del agotamiento aun en el caso en que el particular no obtenga éxito en su impugnación o en su reclamación, se advierte con claridad en el hecho de que, al regir el principio de congruencia entre lo solicitado en sede administrativa y en sede judicial (conf. art. 30 del decreto-ley 19.549/72, LNPA) la Administración -al haber tramitado el procedimiento administrativo previo-, conoce con claridad a qué se enfrentará en el proceso. Ello conducirá a establecer posibles responsabilidades derivadas de deficientes o ilegítimas decisiones adoptadas por sus órganos⁴.

Recordemos que, en el orden nacional, las vías de agotamiento de la instancia administrativa son: la impugnatoria y la reclamatoria. La primera, se lleva a cabo mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la ley LNPA y su reglamentación, aprobada por el decreto 1759/72 (T.O. 1991, RLNPA), y el reclamo impropio contra actos de alcance general previsto en la ley citada. Cabe señalar que, de estos medios, solo son de preceptiva interposición el recurso jerárquico y el jerárquico interno,

actuación, a que el Estado actúe conforme al ordenamiento jurídico, y se eviten perjuicios a la comunidad derivados de su eventual actuación ilegítima o de la judicialización de asuntos que podrían ser resueltos en sede administrativa.

4 Consideraciones especiales sobre la relevancia del agotamiento de la vía administrativa efectuó la Corte federal en el caso "EDEMISA", en el que recordó también la vigencia del requisito, al sostener que el procedimiento administrativo no constituía un ritualismo inútil si, en el juicio en el que el Estado había opuesto la falta de agotamiento de aquél, la posición asumida en el proceso no evidenciaba la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa, ya que ni de la contestación de demanda, ni de las pruebas acompañadas, surgía que el organismo estatal hubiera rechazado la pretensión en cuanto al fondo de la cuestión planteada, ni negado la existencia de la deuda que le reclamaba la actora, tampoco la del convenio que le dio origen y, además, de las actuaciones administrativas se desprendía que la demandada no negaba el crédito a favor de su contraparte, sino que la falta de pago se debía a razones presupuestarias. La posición asumida por el Estado Nacional en el juicio, sostuvo entonces la Corte, no evidenciaba la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa, por lo tanto, no permitía concluir que el agotamiento de ella constituyera un ritualismo inútil, CSJN, "E.D.E.M.S.A. c/E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/cobro de pesos", sentencia del 4 de agosto de 2009, Fallos: 332:1629.

como así también, el reclamo impropio dirigido a la impugnación directa de los actos de alcance general⁵. Contra el acto expreso que decida este último no es necesario agotar la vía administrativa, de acuerdo con lo establecido en el art. 73 de la RLNPA. Lo expuesto demuestra que no son tan abundantes los supuestos en los que es imperativo el agotamiento de la vía impugnatoria.

En cuanto a la vía reclamatoria (arts. 30 a 32 de la LNPA), resulta obligatorio -en principio-, respetarla cuando se enfrentan hechos y omisiones estatales. Si bien, las excepciones a la obligatoriedad de interponer reclamo administrativo previo fueron reducidas con la reforma que, en el año 2000, introdujo la Ley N°25.344 a la LNPA, la jurisprudencia ha reiterado la vigencia de una de las más usuales, la que considera -en ciertos supuestos- el recorrer la vía administrativa como un ritualismo inútil.

La excepción aludida es extensible -según opino-, también a la vía impugnatoria, puesto que, de configurarse aquélla, el procedimiento administrativo pierde su razón de ser en cuanto a la protección de los derechos de los particulares y del interés público comprometido en la vigencia de la legitimidad en la actuación estatal.

Al igual que sucede en el caso del acto expreso que decide en la vía del reclamo impropio contra actos de alcance general, tampoco es necesario agotar la vía administrativa contra el acto administrativo expreso que resuelva negativamente el reclamo administrativo previo, según así lo dispone el art. 31 de la LNPA.

De lo expuesto, surge que la obligatoriedad de recorrer la vía administrativa no será exigible en todos los casos de impugnación o reclamación contra actos, hechos y omisiones estatales, sino que resultará limitada, a lo que se agrega -en caso de duda acerca de si se ha agotado o no esa instancia-, que la jurisprudencia es proclive -por aplicación del principio "in dubio pro actione"-, a considerar habilitada la vía judicial.

5 Según algunos antecedentes jurisprudenciales, la obligatoriedad de recorrer esta vía no rige, como principio, cuando lo que se impugna son reglamentos de necesidad y urgencia (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 268:358 y CNCAF, sala IV; "Fernández, Horacio E.", sentencia del 9 de febrero de 2000 y "Luaces, Roberto", sentencia del 4 de mayo de 2000).

En el ámbito del recurso extraordinario y en la misma orientación, es también frecuente que se revoquen por arbitrariedad, fallos en los que se exige el agotamiento de la vía administrativa cuando ella no es obligatoria, lo cual se advierte de la lectura de la jurisprudencia de la Corte en numerosas sentencias, algunas de vieja data como la dictada en la causa "Sacoar"⁶.

En efecto, variados son los pronunciamientos judiciales en los que se consideraron las garantías del particular con el fin de dejar sin efecto sentencias que habían obligado a los interesados a recorrer la vía administrativa, sin norma expresa que así lo impusiera. Así sucedió en la causa "Empresa La Estrella"⁷, en la que la Corte federal sostuvo que, al mediar denegación tácita del pedido del interesado por no pronunciarse el órgano administrativo en tiempo oportuno, resultaba injustificada la exigencia de un nuevo reclamo ante el mismo órgano ya que la denegación debía entenderse proveniente del jefe de la administración provincial, que había tenido la posibilidad de revisar el caso y de efectuar el control aludido. Al no hacerlo y al no incorporar nuevos argumentos en contra del interesado, exigirle al actor que reiterara su planteo conduciría a transformar el recaudo del agotamiento de la vía administrativa en un innecesario ritualismo, una traba no impuesta claramente por la ley local, por lo que la decisión que lo había obligado a así actuar incurría en un injustificado rigor formal y asumiría gravedad, porque la omisión de ese nuevo rito llevaría a la imposibilidad de volver a plantear el caso ante la justicia y, con ello, a la pérdida del derecho material discutido. Es interesante también, en este sentido, la decisión del Alto Tribunal en la causa "Lof", en la que se dejó sin efecto la sentencia que había declarado que la instancia judicial no estaba habilitada por entender que la actora no había agotado la vía administrativa, si era incontrastable que aquélla había cumplido dicho re-

6 CSJN, "SACOAR y C. c/Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso-administrativa", sentencia del 13 de octubre de 1988, Fallos: 311:2082; en el mismo sentido "Zamarreño, María Antonia c/Municipalidad de Ensenada", sentencia del 6 de diciembre de 2005 (Fallos: 328:4277).

7 CSJN, "Empresa "La Estrella" S.R.L. c/Provincia del Chaco s/demanda contencioso - administrativa.", sentencia del 10 de mayo de 1988, Fallos: 311:689.

quisito, pues no sólo había deducido recurso jerárquico sino que, además, la autoridad administrativa lo había resuelto en contra de sus pretensiones y precisamente por ello, la demandante había interpuesto la acción judicial. Ello era así, dijo el tribunal, en especial si se desconocía el principio “in dubio pro actione”, rector en materia contencioso administrativa⁸. Similar orientación tuvieron otras sentencias en las que se consideró arbitrarias decisiones de tribunales provinciales que habían exigido la interposición de un recurso de reconsideración contra un decreto del Poder ejecutivo local por aplicación de una ley establecida para un supuesto distinto⁹; al igual que otra decisión que hizo lugar a la excepción de caducidad de instancia sin considerar que los actores habían iniciado un reclamo administrativo previo en los términos de la ley local y, tras el silencio de las autoridades provinciales, presentado pronto despacho antes de interponer la demanda en sede judicial para obtener el cobro de diferencias salariales¹⁰.

En cuanto a la segunda prerrogativa procesal estudiada, esto es, los plazos de caducidad para interponer demanda o recurso contra el Estado, la Corte federal ha considerado constitucionalmente válidos los establecidos en el art. 25 de la LNPA en la causa “Gypobras”¹¹, en la que ha señalado que esos plazos constituyen una prerrogativa procesal propia de la Administración Pública, consecuencia del denominado régimen exorbitante de derecho privado que impera en la relación “ius administrativa”, y que la existencia de términos para demandar a la Administración se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos. Mediante su establecimiento, dijo, se trata de evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimien-

to de la actividad de la Administración pues, de lo contrario, se afectaría el principio constitucional de la seguridad jurídica que constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y cuya tutela innegable compete a los jueces. Recordó su jurisprudencia en cuanto a que son válidas constitucionalmente las normas provinciales que establecen un término para la iniciación de demandas contenciosoadministrativas, en cuanto se limiten a la reglamentación del ejercicio de las acciones acordadas en los ordenamientos locales y no restrinjan derechos acordados por leyes de la Nación; y señaló que la limitación temporal al ejercicio de la acción procesal administrativa prevista en el art. 25 de la LNPA no es susceptible de impugnación constitucional, ya que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio, en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana a esa. Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, a partir del fallo dictado por su Sala III, en la causa “Giménez Voga”¹², decide que todo acto administrativo, cualquiera sea el vicio que porte -aun cuando este determine su nulidad absoluta-, debe ser cuestionado en los plazos de caducidad previstos en la LNPA.

La aplicación de estos plazos de caducidad solo rige cuando existe un acto expreso del Estado, dictado en la vía impugnatoria o en la reclamatoria. Así lo ha dejado claro la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Biosystems”¹³.

8 CSJN, “Lof, Casiano c/Provincia de Río Negro”, sentencia del 15 de julio de 2008, Fallos: 331:1660.

9 CSJN, “Ramírez Alfredo c/Provincia de Formosa”, sentencia del 3/3/20, Fallos: 343:156.

10 CSJN, “Cormenzana, Alfredo Eduardo y otros c/Estado provincial”, sentencia del 14/6/16, Fallos: 339:814.

11 “Gypobras S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/contrato de obra pública”, sentencia del 5 de abril de 1995, Fallos: 318:441.

12 “Giménez Voga”, sentencia del 1° de septiembre de 1981.

13 Causa “Biosystems S.A. c/EN-M° Salud-Hospital Posadas s/contrato administrativo”, sentencia del 11 de febrero de 2014. Con esta interpretación también se deja sin efecto la doctrina anterior del Tribunal en cuanto a que el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de esa ley no se aplicaba a las acciones judiciales deducibles frente a las denegaciones administrativas expresas de reclamos (Fallos: 312:1017, cons. 6° y 326:4711). Lo sostenido por la Corte en “Biosystems” sigue la línea de lo expresado por María Jeanneret de Pérez Cortés a poco de sancionada la norma, en el año 2001 y por Pablo Perrino. En sentido similar se expresó Marcer (Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Habilitación de la instancia judicial en el ámbito nacional. Presupuestos para su admisibilidad. Modificaciones resultantes de la ley N°25.344”, exposición en la Mesa Redonda “Novedades en la jurisprudencia de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal”, que se desarrolló el 25 de septiembre de 2001 en la sala 8 del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

Dicho lo expuesto, nos preguntamos si la obligatoriedad de cumplir con el paso por el procedimiento administrativo con anterioridad a enjuiciar al Estado y el respeto de los plazos de caducidad para hacerlo son compatibles o no con el derecho a la tutela judicial efectiva, derivado del art. 18 de la Constitución Nacional, de su Preámbulo, en cuanto establece la necesidad de afianzar la Justicia, y establecido con esa denominación en tratados que cuentan con jerarquía constitucional, como el Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Entiendo que la respuesta al interrogante planteado debiera ser negativa, ya que los Estados que suscribieron los instrumentos internacionales citados pueden reglamentar razonablemente el derecho a acceder a esa tutela judicial y a la regulación legal de los recaudos de habilitación de la instancia para someter a juicio al Estado. Ello no niega el derecho a esa tutela, sino que solo la sujeta a ciertos recaudos que, de acuerdo a lo expuesto, no aparecieran como irrazonables.

A ello se agrega que, aun en los casos en que las normas internas imponen esos requisitos, las excepciones que surgen de las normas y las creadas jurisprudencialmente a la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa son numerosas. Se destaca igualmente que los plazos de caducidad se aplicarán solo en los casos en que exista acto expreso del Estado y que el sistema resultará aún más razonable por la interpretación jurisprudencial, administrativa y judicial, que se hace de este.

Por ello, frente al argumento de que estos requisitos solo osten-

y "El reclamo administrativo previo a dos años de su reforma", RAP, N° 296, p. 13; Perrino, Pablo, "Reclamo administrativo previo. La tutela judicial efectiva y acceso a la jurisdicción", en Cassagne, Juan Carlos, "Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez", Ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2004, tomo 1, p. 857; Marcer, Ernesto, "Demandas contra el Estado", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 168). Ver nueva opinión de Perrino conjuntamente con Ignacio de la Riva en "las vías previas administrativas para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en Pozo Gowland, Halperin, Aguilar Valdez, Juan Lima y Canosa (directores), "Procedimiento administrativo", Buenos Aires, La Ley, 2014, tomo II, p. 450.

tan base legal y podrían afectar las disposiciones constitucionales citadas o los tratados que cuentan con jerarquía constitucional, deberá recordarse que el art. 14 de la Ley Fundamental establece que nuestros derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio; por otra parte, al tratarse esos recaudos de un presupuesto procesal, se unen a los previstos para la interposición de cualquier demanda civil -no así en materia penal- en leyes como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Para los casos en que exista urgencia en someter al Estado a juicio y obtener una decisión judicial en un proceso sumarísimo, los particulares contamos con la vía del amparo, que debe garantizar un recurso sencillo y rápido para la defensa de los derechos y, si bien su interposición se encuentra sujeta a plazos, la interpretación jurisprudencial en cuanto a su cómputo, en general, es siempre en favor del amparista¹⁴.

Lo que se plantea en el ámbito de esta acción es si, previamente a su interposición, es necesario agotar la vía administrativa, tal como sigue expresamente exigido en el art. 2° del Decreto-ley nacional de amparo N°16.986, que continúa vigente aun después de la incorporación de la institución en el art. 43 de la Constitución Nacional. El requisito podría ser considerado como derogado implícitamente por la citada disposición constitucional.

Sin embargo, aun después de sancionada la reforma de 1994, el Alto Tribunal, en la causa "Neuquén para el Mundo", reiteró su doctrina en el sentido de que para que sea admitida la vía del amparo, resulta necesario que se haya agotado la vía administrativa correspondiente, tendiente a permitir que el organismo interviniente enmiende el acto que se considera lesivo de los derechos constitucionales; solo después, y de así resultar procedente, quedará habilitada la vía del amparo¹⁵.

14 Sobre los aspectos constitucionales del amparo ver Sammartino, Patricio, "Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente", Editorial LexisNexis Abeledo Perrot, 2003.

15 CSJN, "Neuquén para el Mundo c/Neuquén, Provincia del y otros s/ amparo", sentencia del 3 de noviembre de 1998.

Empero, y en orden a dilucidar si es exigible -a la luz de su jurisprudencia-, recorrer la vía administrativa antes de iniciar la acción de amparo -con posterioridad a esa sentencia-; el mismo tribunal efectuó una distinción interesante. En efecto, en una causa en la que no estaban en juego derechos cuyo otorgamiento o restitución debiera ser realizada con premura, sostuvo que si bien es cierto que, a partir del reconocimiento constitucional del amparo, se ha interpretado que el cumplimiento del agotamiento previo de la instancia administrativa no constituye obstáculo para su admisibilidad formal, tal criterio no puede utilizarse de manera irrestricta en todos aquellos supuestos en que se cuestionan decisiones que no emanen de su máxima autoridad; pues ello implicaría soslayar la vía específicamente prevista por el legislador como la más idónea para su tratamiento y resolución, máxime cuando no existe una situación de urgencia que torne necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor dice conculcados y al haber seguido él mismo la vía del recurso jerárquico ante el órgano administrativo pertinente¹⁶.

En cambio, en otro juicio en el que se intentaba, mediante el amparo, proteger derechos típicamente tutelados por esa acción, la Corte sostuvo que ella es particularmente pertinente: en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física; y que, frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual, esa acción no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole¹⁷.

De ello se deriva que, en los supuestos en los que está en juego la defensa urgente de derechos: como la vida y la salud, el Alto Tribunal considera como no exigible la vía administrativa previa a la interposición del amparo.

16 “Granillo Fernández, Héctor Manuel c/Universidad Nacional de La Plata s/amparo”, sentencia del 10 de abril de 2007 (Fallos: 330:1407).

17 “María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, sentencia del 30 de octubre de 2007 (Fallos: 330:4647).

Otro caso en el que es posible obtener la salvaguarda urgente del derecho sin necesidad de agotar la vía administrativa es cuando se plantean medidas cautelares autónomas de suspensión de actos administrativos, de actos generales o de hechos u omisiones estatales lesivos, supuestos en los que, si está aún en trámite el procedimiento administrativo, no está agotada la instancia en esa sede. Cabe recordar, al efecto, que en los casos en que esta situación se suscite y se haya acordado una medida cautelar contra el Estado que haya sido trabada, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha decidido que no es irrazonable concluir que si en el momento de solicitar una medida cautelar autónoma en sede judicial, se interpusiera un recurso jerárquico en sede administrativa, el plazo de 10 días a que se refiere el art. 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para interponer la demanda por el fondo a fin de que no caduque la medida cautelar, comenzará a correr o se reanudará a partir del momento en el que, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones de la LNPA, quede expedita la vía judicial. Ese plazo, se sostuvo, debe considerarse suspendido a partir de la promoción de las actuaciones que harían viable una posterior acción judicial; y reanudado en el momento en el que esa segunda vía quede expedita en alguno de los modos previstos en las normas que rigen el procedimiento administrativo¹⁸.

Además, la sola posibilidad de interponer medidas cautelares autónomas frente a actos, hechos u omisiones estatales en la medida en que tramita el procedimiento administrativo de impugnación o reclamación, a fin de que se los suspenda o que la Administración actúe, al menos provisionalmente, en resguardo del derecho del peticionante, constituye una herramienta más de garantía para el particular que se ve obligado a recorrer la vía administrativa previa a la judicial.

Cabe recordar, en lo referente a medidas cautelares, que, de acuerdo con la interpretación otorgada por algunos tribunales

18 CNCAF, sala IV, “Hisisa Arg. S.A.I.C.I.F. c B.C.R.A. s/juicio de conoc.”, sentencia del 24 de agosto de 1994. Esta doctrina fue plasmada en la reciente ley N°26.854, arts. 5°, último párrafo, y 8°, punto 1, último párrafo.

al art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aplicado analógicamente para la concesión de cautelares de suspensión de efectos de actos estatales; y a raíz de lo establecido, para las cautelares autónomas, en la reciente ley de medidas cautelares contra el Estado -Ley N°26.854- para solicitar la aludida suspensión se requiere el pedido previo de esa medida en sede administrativa¹⁹ lo cual, si bien no implica, por cierto, agotar la vía administrativa en los términos de la LNPA y su reglamentación, impone al particular una carga procedimental.

Empero, podría argumentarse, según el caso, que, aun habiendo solicitado la suspensión en sede administrativa, no es posible aguardar a que transcurra el plazo para considerarla denegada por silencio, ante la posibilidad de la pérdida definitiva del derecho en cuestión; o que ese pedido, en atención a las circunstancias, constituye un ritualismo inútil.

En cuanto al cumplimiento del plazo de caducidad, eventualmente podrían dictarse leyes a fin de que este no se aplique a los casos en los que estén en juego derechos fundamentales e irrenunciables como los que protegen la vida y la salud.

En conclusión: La supuesta contraposición entre las condiciones de habilitación de la instancia administrativa y la tutela judicial efectiva se la pretende justificar, a veces, en que aquéllas son excesivas prerrogativas del Estado pero, como se ve, no solo se hallan razonablemente reglamentadas sino que además, en el caso de la primera, está contrapesada por garantías para el particular, como la interpretación jurisprudencial amplia en cuanto a excepciones, la posibilidad de solicitar la suspensión de actos en sede administrativa y judicial y de interponer demandas de amparo para los casos de protección de derechos personales fundamenta-

les y en los que se acredite una real urgencia para su otorgamiento o restitución. En cuanto a los plazos de caducidad, lo mismo puede afirmarse en cuanto a la posibilidad de su extensión cuando la Administración notifica incorrectamente los actos administrativos al particular (arts. 40 y 44 de la reglamentación de la LNPA), a su no aplicación en los casos de silencio de aquélla, y la eventual regulación de excepciones a su cumplimiento, por ejemplo, cuando se encuentren en juego determinados derechos. Por eso, a mi juicio, la aludida contradicción resultará más aparente que real y, en consecuencia, no habilita a inaplicar las leyes y reglamentaciones, salvo que se las declare, fundadamente inconstitucionales para algún caso en concreto.

19 La LNPA, en el art. 13, dispone que el pedido de suspensión judicial de un reglamento, o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa sólo será admisible si el particular demuestra que: ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de ésta fue adversa a su petición; o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que ésta hubiera sido respondida.

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

Por Santiago Lauhirat

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo radica en, primeramente, ensayar un fundamento epistémico respecto del agotamiento de la vía administrativa en tanto prerrogativa procesal de la Administración Pública y requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa; para luego, verificar cuáles son las principales tendencias actuales sobre este tema en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Fuero Contencioso Administrativo Federal.

II. El fundamento epistémico del agotamiento de la vía administrativo: una aproximación

Es sabido que para iniciar un proceso administrativo contra una conducta o decisión de la Administración que provoca un agravio se debe, en líneas generales y con carácter previo, plantear la cuestión en sede administrativa por la vía de los recursos o reclamos administrativos, según el caso, a fin de alcanzar la decisión de la máxima autoridad jerárquica con competencia

para resolver estos remedios obligatorios según la legislación aplicable¹. Este trámite recibe el nombre de “agotamiento de la vía administrativa”, que funciona, desde el punto de vista procesal, como una de las condiciones de admisibilidad de la acción contencioso administrativa; revisables oficiosamente por el Poder Judicial de la Nación en la etapa liminar del proceso judicial².

Si se observan los fundamentos que típicamente se ofrecieron para justificar el agotamiento de la vía administrativa se encontraran de la más variada circunstancia y condición.

En la doctrina autoral, para citar solamente algunos ejemplos, se ha señalado que el fundamento del agotamiento de la vía administrativa previa guarda relación con la concepción revisora de los tribunales judiciales en cuanto requiere, generalmente, la existencia de un acto de alcance particular o general de la Administración³. Asimismo, se ha postulado que el referido agotamiento “(...) es una consecuencia de la organización jerárquica de la Administración y tiene por objeto lograr una decisión del órgano superior (...) para que, luego de ejercer el control de legalidad y de oportunidad correspondiente, dicte un acto definitivo respecto de la petición que se le formula, o bien para que tenga la oportunidad de hacerlo”⁴. Por otro lado, se ha dicho que el referido recaudo responde a razones de interés público en tanto prerrogativas definidoras del régimen exorbitante característico del derecho público administrativo y

también, garantía formal de la distribución justa de las cargas públicas; la cual, se podría ver afectada como consecuencia de un enjuiciamiento y condena estatal indebidos⁵. Por añadidura, se ha calificado a este trámite previo como “(...) instigador del control jerárquico y promotor del autocontrol de legalidad de los actos o conductas” para la corrección de los propios actos del poder administrador a fin de evitar que aquella provenga “ad extra” de otro poder del Estado⁶.

En el plano jurisprudencial, la Corte Federal ha relacionado la exigencia del agotamiento de la vía administrativa con la necesidad de producir una etapa conciliadora anterior al pleito y permite a la Administración obtener la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado por los órganos inferiores⁷. Adicionalmente, el Máximo Tribunal ha referido que el agotamiento de la vía tiene por objeto “(...) sustraer a los entes estatales de la instancia judicial en una medida compatible con la integridad de los derechos, evitando juicios innecesarios, y constituye una facultad que puede ser renunciada y de la que se puede prescindir en supuestos justificados como, por ejemplo, cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento”⁸.

Más allá de todos estos valiosos y certeros fundamentos tendientes a justificar el agotamiento de la vía administrativa, puede ofrecerse un fundamento epistémico que podría sumarse a los arriba mencionados.

Por “epistémico” se refiere a una pregunta acerca de qué

1 Morán, Marcos, *Habilitación de la acción judicial: Principios generales*, en Fernández Sergio (dir.), Alonso Regueira, Enrique (coord.), *Derecho Procesal Administrativo*, Ciudad Argentina-Hispania Libros, Buenos Aires, Madrid, México, 2016, p. 117

2 Canda, Fabián O., *La habilitación de la instancia contencioso administrativa*, en Tawil, Guido Santiago (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 360.

3 Hutchinson, Tomás, *Derecho procesal administrativo*, Tomo II, Rubin-za- Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 303.

4 Luqui, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa. Juicios contencioso administrativos*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 93.

5 Comadira, Julio Rodolfo, Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 426 y 428.

6 García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 402 y 404

7 CSJN, “The First National Bank of Boston c/ Fisco Nacional- Dirección General Impositiva s/ DGI”, 11/10/2001, Fallos 324:3335.

8 CSJN, “E.D.E.M.S.A. c/ E.N.A. Y M.E.O.S.P.N. s/ cobro de pesos”, 04/08/2009, Fallos 332:1629.

normas e instituciones jurídicas, incluidas las asignaciones de competencia decisoria entre las instituciones, son mejores o peores en la correcta toma de decisiones. Así, se dice que una institución tiene competencia epistémica en el sentido de precisión o capacidad para alcanzar la decisión correcta⁹. Desde este punto de vista podría intuirse entonces que en asuntos relativos al derecho administrativo, la Administración -dadas sus capacidades institucionales y su estructura jerárquica-, goza de una superioridad epistémica con relación, por lo menos, al Poder Judicial¹⁰.

Sentado ello: ¿Cómo se inserta la cuestión del agotamiento de la vía administrativa con la competencia epistémica de la Administración Pública?

El agotamiento de la vía administrativa funcionaría como un arreglo institucional tendiente a que la Administración pueda, previo a verse sometida a la fiscalización judicial, dar cuenta de su experticia sobre todo en asuntos altamente complejos y técnicos que trasuntan el ejercicio de la discrecionalidad administrativa definida normativamente.

De esta forma, el agotamiento de la vía administrativa contribuiría al reconocimiento de la autonomía (administrativa) en el sentido de que es la Administración y no los tribunales judiciales la que debería tener la responsabilidad primaria por las políticas en ella definidas y también, determinadas por el Congreso Nacional cuya implementación le concedió. Por tanto, los tribunales judiciales no deberían socavar la competencia admi-

nistrativa interviniendo en las decisiones que corresponderían ser apropiadamente canalizadas a través de un procedimiento administrativo. Máxime cuando, de tomarse en serio, podrían reducirse las controversias judiciales contra el Estado al mínimo; idea que se refuerza en los casos en que el órgano o ente administrativos gozan de atribuciones discrecionales.

Retomando lo anterior, el agotamiento de la vía administrativa permite a la Administración decidir dentro de la esfera de su competencia especializada y aplicar su experticia y conocimiento; y eventualmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el fuero especializado podrán enmendar sus errores. Esto último es importante de cara a la construcción de la confianza ciudadana en el procedimiento administrativo en un contexto de Estados reguladores fuertes. De hecho, con relación al agotamiento de la vía administrativa y la experticia, es menester resaltar la causa “Pogonza”¹¹ donde la Corte Federal sostuvo la constitucionalidad de la instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente ante comisiones médicas creadas por la Ley N°27.348 en temas de accidentes y enfermedades de trabajo, entre otras cosas, más allá de la aplicación de los criterios jurisprudenciales de “Fernández Arias”¹² y “Ángel Estrada”¹³, con base en que razonablemente el legislador instituyó un mecanismo ágil organizado bajo parámetros estandarizados donde interviene una entidad administrativa con suficiente capacidad técnica para la determinación de los requisitos de acceso a las prestaciones.

Ahora bien, el agotamiento de la vía administrativa también podría promover a la economía judicial al crear una instancia en dónde la resolución de las controversias sea dejada a la Ad-

9 Vermeule, Adrian, *Law and the Limits of Reason*, Oxford University Press, 2009.

10 Para un estudio acabado de las ventajas epistémicas de la Administración Pública respecto de los restantes poderes del Estado, puede consultarse, Sunstein, Cass R., “The Most Knowledgeable Branch”, 164 U. Pa. L. Rev. 1607 (2016), disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss7/13, y Vermeule, Adrian, *The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge* (2013). *Oxford Handbook of the United States Constitution*, 2013, Harvard Public Law Working Paper No. 13-28, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2329818>

11 CSJN, “Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART SA s/ accidente-ley especial”, 02/09/21, Fallos 344:2307

12 CSJN, “Fernández Arias, Elena, y otros: c/ Poggio, José suc.”, 1960, Fallos 247:646.

13 CSJN, Ángel Estrada y Cia. S.A. c/ Resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N°750-002119/96) s/ recurso extraordinario, 05/04/2005, Fallos 328:651.

ministración y no a los tribunales judiciales. De allí que, si el ciudadano obtiene una respuesta satisfactoria en el procedimiento administrativo, el asunto se terminaría allí. Pero aun si no obtiene una respuesta satisfactoria, el tribunal judicial se beneficiaría a partir del conocimiento especializado puesto por la Administración y también por la construcción del expediente administrativo sobre todo de cara a las determinaciones fácticas que la Administración podría llegar a realizar a partir de su experticia y experiencia. De manera sencilla: el agotamiento de la vía administrativa, sobre todo en la vía reclamatoria, sirve para la construcción del expediente que luego será la clave fundamental en el proceso judicial.

Esta justificación epistémica del agotamiento, naturalmente, no está libre de consecuencias. En efecto, podría llevar a pensar una solución distinta a la clausura del proceso judicial cuando efectivamente se detecte la falta de agotamiento de la vía administrativa. Quizás con la suspensión del proceso y un reenvío de la cuestión a sede administrativa sería suficiente.

También, implicaría una manera distinta de pensar las excepciones al agotamiento de la vía. Con relación a ello, y a partir de un juicio eminentemente práctico y con especial atención a la naturaleza de la pretensión incoada y a las características particulares del procedimiento administrativo de que se trate¹⁴, el Poder Judicial deberá balancear o equilibrar el interés del particular en mantener un acceso rápido y oportuno a la jurisdicción con el interés institucional que favorece al agotamiento de la vía administrativa. Por tanto, si los intereses del particular sobrepasan el interés público comprometido con la eficiencia, la experticia y la autonomía

14 Sobre un análisis pormenorizado del derecho procesal público a la luz de los principios y valores que inspiran el Estado Constitucional Social de Derecho que reconoce la existencia de tutelas procesales diferenciadas en función de la naturaleza de los derechos en juego, debe consultarse, Sammartino, Patricio M., Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho. Apuntes iniciales, en AA.VV, Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa federal. Congreso Federal sobre Reformas Legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2015, p. 123 y ss.

administrativa, el agotamiento de la vía no deberá exigirse.

Así, a modo de heurística conceptual, desde este fundamento epistémico, podría pensarse como dispensas al agotamiento –que, de hecho, algunas de estas ya forman parte de la práctica judicial- y que a continuación se detallan:

a) los casos donde la intervención administrativa resulte inadecuada debido a la existencia de reparos en cuanto a que la Administración pueda otorgar una respuesta adecuada de cara a la pretensión articulada. Por ejemplo, cuestiones donde la Administración carezca de competencia institucional para resolver un tipo de asunto particular como la constitucionalidad de una norma o la fijación de una indemnización.

b) Otra dispensa podría configurarse, aunque sería de difícil prueba, en los casos de donde se demuestre que el órgano o ente administrativo se encuentra sesgado, o no es lo suficientemente imparcial, o no obra con la suficiente buena fe, incurriendo en conductas meramente dilatorias del trámite administrativo.

En estos casos, las dispensas se justificarían en la medida en que la especial experticia que permitiría encauzar el agotamiento de la vía administrativa no sería de ningún tipo de ayuda en la cuestión a decidir.

III. Tendencias actuales en materia de agotamiento de la vía administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Fuero Contencioso Administrativo Federal

Dicho lo anterior, interesa ahora ver cuáles son las tendencias actuales en materia de agotamiento de la vía administrativa a partir del tratamiento jurisprudencial realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Fuero en lo Contencioso Administrativo Federal, obviamente sin ánimo de dar por terminada la cuestión. En términos generales, y como debe ser a la luz de la normativa aplicable, la cuestión del agotamiento de la vía administrativa es tratada a partir de su condición de presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-admi-

nistrativa sin avizorarse vestigios vinculados con el abordaje epistémico aquí propuesto.

III. 1) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En primer lugar y con carácter general, siguiendo el actual esquema legal-jurisprudencial fijado por los casos “Gorordo”¹⁵, “Ramírez”¹⁶ y también el art. 31 de la LPA¹⁷ el Máximo Tribunal reafirma, respecto del agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad previsto en el art. 25 de LPA, su carácter de requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa; y, por tanto, la potestad de los tribunales de pronunciarse sobre su cumplimiento de oficio. Ahora bien, la Corte Federal considera que dicha revisión oficiosa no puede tener lugar en cualquier momento procesal, sino que debe realizarse “in limine litis”. De allí que, “(...) una vez consumada la intervención en el pleito del Estado Nacional, la potestad del juez de volver a expedirse sobre la habilitación de la instancia queda limitada a lo que pueda llegar a plantear la demandada, por aplicación del principio de congruencia”¹⁸. En tales condiciones, si un tribunal de alzada introdujera oficiosamente la cuestión de la admisibilidad de la acción contencioso administrativa cuando ya había sido resuelta por el juzgado de prime-

ra instancia sin que el Estado nacional haya invocado algo al respecto cuando se le confirió traslado de la demanda, aquél alteraría indebidamente el equilibrio procesal de las partes en el proceso judicial.

En otro orden de cosas, en la causa “Ramírez, Alfredo”, la Corte Federal reputó arbitraria una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Formosa que había declarado inadmisibile la acción de nulidad de una medida disciplinaria expulsiva adoptada por el decreto local N°126/15 con fundamento en la falta de agotamiento de la vía administrativa a la luz de la normativa procedimental local. En este sentido, el tribunal local entendió que, según la ley de procedimiento administrativo local (decreto-ley N°971), la parte actora debía articular un recurso de reconsideración respecto de un acto individual dictado originariamente y de oficio por el Poder Ejecutivo provincial. Ahora bien, el Máximo Tribunal federal consideró insostenible dicho criterio, ya que, el decreto impugnado fue dictado luego de la tramitación de un sumario administrativo que culminó con el dictado de un acto donde se solicitó, como conclusión, la destitución en grado de cesantía del agente. En función de ello, no se trataba del cuestionamiento de un acto dictado “originariamente y de oficio” por el Poder Ejecutivo provincial, de allí que, exigirle la interposición de un recurso administrativo no previsto para esos casos en la legislación procedimental provincial, constituía excesivo rigor formal atentatorio de la garantía de defensa en juicio.¹⁹

En la causa “Cormenzana”, la Corte Suprema consideró arbitraria la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy que, en el marco de un reclamo de pago de diferencias salariales en favor de unos agentes del Poder Judicial provincial- declaró la caducidad de la acción con fundamento en que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo local – sobre cuya base se liquida el salario de los actores- no habían sido impugnados oportunamente y, por tanto, devinieron firmes. Para

15 CSJN, “Gorordo Allaria de Krajl Haydee María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y otro s/ empleo público”, 04/02/1999, Fallos: 322:73.

16 CSJN, “Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional- Secretaría Presidencia de la Nación s/ empleo público”, 28/04/2009, Fallos 332:875.

17 El art. 31 de la LPA, en lo que aquí interesa, establece: “(...) Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente”.

18 CSJN, “Equity Group Consultores SRL c/ EN-PJN- Consejo de la Magistratura s/ diligencia preliminar”, 29/8/2019.

19 CSJN, “Ramírez, Alfredo c/ Provincia de Formosa s/ ordinario”, con remisión a los fundamentos y conclusiones de la Procuradora Fiscal de la Nación Laura Monti, 3/3/2020, Fallos 343:156

así decidir, el Máximo Tribunal tuvo en cuenta, en primer lugar, que antes de iniciar la demanda judicial, los actores habían interpuesto un reclamo administrativo previo en los términos de la legislación procedimental local; y luego, un pronto despacho ante el silencio administrativo. Consecuentemente, "(...) el criterio interpretativo sustentado en la sentencia, que requiere la previa declaración de nulidad de los actos de alcance general como condición para el reconocimiento del derecho a que sus remuneraciones sean liquidadas con ajuste a las normas constitucionales aplicables, revela claramente un exceso ritual (...)", contraria al principio "in dubio pro actione", el cual requiere "(...) que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino por medio de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada"²⁰.

En la causa, "Transportes Uspallata SRL", la Corte Federal también descalificó una sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza por arbitraria que declaró la caducidad de la acción de nulidad contra un decreto provincial, ya que, desde la notificación de dicho acto hasta la interposición de la demanda judicial había transcurrido el plazo de caducidad fijado en la legislación provincial, independientemente la articulación de un recurso de revocatoria por considerarla una innecesaria prolongación de la vía administrativa. Efectuada esta reseña, el Máximo Tribunal entendió que la parte actora estaba habilitada para interponer el recurso de revocatoria antes de acudir a la sede judicial en tanto no había sido debidamente notificada del acto en cuestión; por tanto, la conclusión arribada por el tribunal provincial en punto a la innecesariedad del referido recurso y la exigencia de iniciar la acción judicial dentro del plazo fijado por la legislación local supuso un excesivo rigor formal contrario al principio "in dubio pro actione". En palabras de la Corte, el tribunal local "(...)

²⁰ CSJN, "Cormenzana, Alfredo Eduardo y otros c/ Estado provincial s/ cobro de salarios", con remisión a los fundamentos y conclusiones de la Procuradora Fiscal de la Nación Laura Monti, 14/06/2016, Fallos 339:814

efectuó una interpretación del art. 178 de la ley local N°390921 que restringe claramente el acceso a la jurisdicción y no se compece con su texto expreso, el cual se limita a establecer que si el recurso es deducido por quien resulta afectado a raíz de un procedimiento en el que no intervino o contra una declaración dictada de oficio, el interesado puede ofrecer prueba; y añade que, en estos supuestos, si la declaración impugnada emana del gobernador la decisión que recaiga en el recurso de revocatoria es definitiva y causa estado. De ello, no es posible deducir que en la hipótesis contraria -con participación del interesado en el expediente administrativo- se encuentre cercenado el derecho a interponer el recurso previsto por los arts. 177 y 178, pues dicha postura no permite la revisión del acto por parte de la máxima autoridad, ni favorece la continuidad de la acción"²².

Más cerca en el tiempo, en la causa "Ballesteros, Gabriela Verónica", la Cámara de Apelaciones del Trabajo declaró la "falta de aptitud jurisdiccional" con fundamento en que no se encontraba cumplida la instancia administrativa previa y obligatoria ante las comisiones médicas previstas en la Ley N°27.348. Por su parte, la Corte Federal descalificó dicho pronunciamiento con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, tomando como base que la propia Administración había decidido que el nuevo procedimiento previsto en la ley arriba mencionada sería aplicable a las actuaciones administrativas iniciadas a partir del 1° de marzo de 2017 y reconocido que la culminación de los trámites iniciados ante el SECCLO con anterioridad a esa fecha -

²¹ El art. 178 de la ley de procedimiento administrativo de la provincia de Mendoza establece: "Cuando el recurso [de revocatoria] se deduzca por quien resulte afectado a raíz de un procedimiento en que no intervino o contra una declaración dictada directamente de oficio, podrá ofrecerse prueba de acuerdo con las previsiones de esta ley. En estos supuestos, si la declaración impugnada emanara del gobernador de la provincia o, en su caso, de la autoridad superior del organismo o entidad de que se trate, la decisión que recaiga en el recurso de revocatoria será definitiva y causará estado".

²² CSJN, "Transportes Uspallata S.R.L c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción procesal administrativa", con remisión a los fundamentos y conclusiones de la Procuradora Fiscal de la Nación Laura Monti, 18/10/16, Fallos 339:1483.

como era la situación del caso-, agotaban la vía administrativa. En consecuencia, "(...) la sentencia en crisis, que insta a la demandante a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas, sin ponderar que ya había agotado el procedimiento ante el SECCLO y tenía expedita la vía judicial (...)" incurrió en un excesivo rigor formal contrario a la tutela judicial efectiva y, en función de ello, sumado a la naturaleza de los derechos en juego y el tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda, la Corte Suprema declaró habilitada la instancia judicial en ejercicio de sus atribuciones establecidas en el art. 16, segunda parte, de la Ley N°4823

III.2) La jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo Federal

a) Reclamo administrativo previo

Dentro de las tendencias actuales, en materia de reclamo administrativo previo, se advierte una marcada aplicación del principio del ritualismo inútil por las distintas Salas de las Cámaras del Fuero.

Primeramente, puede observarse que la cuestión de la necesidad de interponer o no un reclamo administrativo previo ante una pretensión de reconocimiento de derechos se asocia con la naturaleza del derecho en juego. Así, en casos donde lo que está en juego son derechos de naturaleza alimentaria -por su carácter irrenunciable-, se privilegia una interpretación que garantice el acceso a la jurisdicción, máxime considerando que lo que se resuelve en el marco de la habilitación judicial tiene que ver con el acceso a la justicia y no con el resultado del pleito²⁴. En tales condiciones, a partir de la naturaleza del derecho en juego, la aplicación del principio "pro actione" y

haciendo una interpretación restrictiva de los institutos aniquiladores de derecho, las distintas Salas del Fuero han tenido por acreditado el requisito del agotamiento aun sin su efectiva interposición en sede administrativa; o bien sin haberse configurado debidamente el silencio administrativo en los términos del art. 31 LPA. Como ejemplo de esto último puede citarse el caso "Santiago Angélica"²⁵ y "López Capaul"²⁶, donde la Sala IV y II de la Cámara del Fuero, respectivamente, consideraron que existía un ritualismo inútil, ya que carecía de sentido retrotraer la cuestión a la etapa administrativa para exigir un pronto despacho.

En esta línea, en los casos donde se reclaman indemnizaciones derivadas de los ceses de relaciones laborales, correctamente, han sido encuadrados a partir de la vía reclamatoria dado que no existe cuestionamiento a acto alguno sino meramente el reconocimiento de una reparación como consecuencia de las cancelaciones de las designaciones. En estos casos, las distintas Salas han aplicado el criterio del ritualismo inútil para desestimar los planteos de falta de habilitación de la instancia judicial a partir de la conducta adoptada por las accionadas en los intercambios epistolares e incluso considerando la posición asumida en la contestación de demanda. Sobre este punto, las Salas tienen en cuenta la oposición al progreso de la acción formulada por las accionadas

²⁵ Específicamente, la Sala IV afirmó que sostener la improcedencia de la acción "(...) por resultar prematura, conduciría a un exceso de rigor formal, con afectación del derecho a un oportuno acceso a la revisión judicial de la actividad administrativa que se debe reconocer a toda parte". CNACAF, Sala IV, "Santiago, Angélica c/ EN- M° Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación s/ empleo público", 29/6/2021.

²⁶ Sobre el particular la Sala II consideró que, si bien la actora remitió una carta documento sin haber, luego, requerido el "pronto despacho", "(...) el holgado tiempo transcurrido desde el envío de aquella carta documento, y la actitud asumida por la parte demandada en el procedimiento administrativo y en su contestación de la demanda judicial llevan a concluir en que el reenvío de estos autos a sede administrativa comportaría un ritualismo inútil, carente de eficacia práctica alguna". CNACAF, Sala II, "López Capaul, Carlos Alberto c/ Unidad de Información Financiera s/ empleo público", 10/3/2020.

²³ CSJN, "Ballesteros, Gabriela Verónica c/ Experta ART S.A. s/ accidente- ley especial", con remisión a los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal de la Nación Víctor Abramovich, 3/6/2021, Fallos 344:1283.

²⁴ CNACAF, Sala II, "Rodríguez Ribera Joaquín Arnoldo c/ Hospital Garrahan- Disp. 1/04- Resol. 794/06 s/ empleo público", 4/12/18.

en las contestaciones de demanda como un elemento para configurar el ritualismo inútil al entender que cualquier reenvío de la cuestión a sede administrativa carecería de eficacia práctica y solo constituiría un dispendio administrativo y jurisdiccional, ya que el Estado solicitó la desestimación de la pretensión en dicho acto procesal²⁷.

Esta tendencia de derivar el ritualismo inútil de la oposición formulada en el marco de la contestación de demanda, debería ser hiper excepcionalísima, ya que una interpretación muy amplia daría lugar al desconocimiento de toda la legislación sobre acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa, bastando que el Estado Nacional cumpla con el imperativo procesal de contestar demanda, para desnaturalizar cualquier pronunciamiento respecto cumplimiento o no de las especiales condiciones de admisibilidad, por ley exigidas²⁸.

No obstante este estado de la situación descripto, pueden observarse casos en donde estos criterios son dejado de lado. Por ejemplo, en la causa “Milano” donde se reclamaba la correcta liquidación de las diferencias adeudadas correspondiente al adicional que establece la Ley N°24.018, la Sala II, por mayoría, decidió no habilitar la instancia judicial con fundamento en que: a) con relación al ritualismo, más allá de lo establecido en el plenario “Córdoba”, no puede perderse de vista que su supresión implicó cuanto menos la voluntad legislativa de restringir y confinar en su debido cauce el principio de ritualismo, que no puede ser aplicado en supuestos en los cuales no ha mediado clara e indubitadamente la voluntad expresamente emitida por la Administración, ni tampoco existen elementos que permitan inferir la existencia de esa voluntad; b) el ritualis-

27 CNACAF, Sala I, “Agnolin, Gustavo César c/ EN- M° Hacienda y FP- INDEC s/ empleo público”, 23/5/17; Sala II, “Del Río, Carlos Antonio c/EN- Ministerio Trabajo E y SS s/ empleo público”, 19/9/2020; Sala IV, “Vázquez Topssian, Lucas Ezequiel c/ Estado Nacional- Secretaría Legal y Técnica Presidencia de la Nación s/ despido”, 12/10/2021.

28 Sobre esta crítica acerca del modo de configurar el ritualismo inútil puede consultarse el voto de las juezas Do Pico y Heiland en CNACAF, Sala I, “Gurevich, Agustina Inés c/ Estado Nacional- Ministerio de Cultura s/ empleo público”, 7/11/19.

mo no puede ser aplicado cuando existen actuaciones administrativas en pleno trámite y se han emitido actos preparatorios que constituyen condicionantes de la validez del acto administrativo; c) independientemente de la naturaleza de la pretensión y del principio “pro actione”, el actor tiene a su alcance la posibilidad de interponer pronto despacho y configurar así, la negativa por vía de silencio a los fines de agotar la vía administrativa²⁹.

En otro caso sobre reclamación administrativa, se planteó la siguiente cuestión: el art. 32 inc. b) de la LPA establece una excepción a la interposición del reclamo administrativo previo cuando se reclaman daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado. Como es sabido, dicha excepción no hace a la improcedencia del referido reclamo sino solamente fija su innecesaridad³⁰. Ahora bien, en la causa “Radio Cuyo SA”, la Sala V entendió que, si la actora optó voluntariamente por interponer el reclamo administrativo previo a fin de interrumpir el plazo de prescripción, aunque sea innecesario, el reclamo quedó sujeto al régimen del art. 31 de la LPA, por tanto, debe verificarse el agotamiento y el cumplimiento del plazo de caducidad³¹.

Por último, sobre la vía de reclamo, en el caso “Chacón Oribe”, la Sala V, aplicando también el ritualismo inútil, flexibilizó la exigencia del recaudo de congruencia exigido por el art. 30

29 CNACAF, Sala II, “Milano, Rodolfo Mario c/ EN- Consejo de la Magistratura s/ empleo público”, 8/6/17. En esta causa, la jueza Caputi disintió respecto del criterio de la mayoría a partir de la consideración de que la habilitación de la instancia hace al acceso a la justicia y no al resultado del pleito, el principio “pro actione”, el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el resguardo de la efectiva intervención judicial.

30 De la Riva, Ignacio, La innecesaridad del reclamo administrativo previo en la acción de daños y perjuicios contra el Estado argentino, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Derecho procesal administrativo, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1203 y ss.

31 CNACAF, Sala V, “Radio Cuyo SA c/ EN- M° Interior OP y V s/ daños y perjuicios”, 5/12/2019.

de LPA en materia de reclamación administrativa previa. En este sentido, el Estado Nacional se quejaba por la falta de congruencia entre el reclamo administrativo previo y la demanda presentada, ya que, en sede administrativa, se peticionó por la aplicación de un decreto y en la demanda, se sugirió la aplicación de otro. Sin perjuicio ello, la mentada Sala consideró que, ambos decretos se referían a un mismo tema que era adicional por título, y la postura de la demandada era la misma en ambas situaciones: el no reconocimiento del título presentado. De allí que, exigirle a la actora volver a la instancia administrativa resultaba un dispendio procedimental contrario al acceso a la justicia³².

b) Impugnación de actos administrativos y actos de alcance general

Primeramente, la jurisprudencia del Fuero reconoció que las mismas finalidades del reclamo administrativo previo -producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la Administración la posibilidad de revisar el caso y salvar errores y promover el control de legalidad y conveniencia- cabe asignárselas a la vía de impugnación prevista en el art. 23 y 24 de la LPA³³.

En cuanto a la impugnación de reglamentos (actos de alcance general normativos), en la causa “Marini”, la Sala IV clarifica, con base en la posición de Comadira³⁴, que el consentimiento de los actos de aplicación de un reglamento no impide la impugnación directa del reglamento en cualquier momento. Asimismo, aplicó el instituto del ritualismo inútil para tener por agotada la vía administrativa con fundamento en que, en pleitos análogos donde se había cuestionado la legitimidad del reglamento en cuestión la Administración había rechazado los

planteos formulados³⁵.

Respecto de la impugnación de actos administrativos, una cuestión interesante se planteó en la causa “Hidalgo” ante un acto administrativo dictado de “oficio” por el Poder Ejecutivo de la Nación, La Sala IV desechó el planteo de la representación estatal respecto de la obligatoriedad de interponer un recurso de reconsideración contra el referido acto dado que, en la inteligencia del decreto reglamentario de la LPA N° 1759/72, el recurso de reconsideración aparece siempre como un recurso facultativo. De allí que, al emanar de un órgano estatal con competencia resolutoria final el acto agota en sí mismo la vía y causa estado³⁶.

Íntimamente vinculado con la cuestión de la impugnación de actos administrativos se encuentra el instituto de la denuncia de ilegitimidad. Las distintas Salas del Fuero acusan recibo de la doctrina sentada por la Corte Suprema en “Gorordo”³⁷. Ahora bien, esta doctrina judicial es aplicada cuando de la compulsa de las actuaciones administrativas no se advierten fallas o defectos en la tramitación del procedimiento administrativo. En este sentido, cualquier afectación en el derecho de defensa del particular en el procedimiento administrativo tornaría inaplicable las consecuencias jurídicas de “Gorordo”. Así, en

35 CNACAF, Sala IV, “Marini, Jorge Alberto y otro c/ EN-AFIP s/ Dirección General Impositiva”, 30/3/17.

36 En términos de la referida Sala, el recurso de reconsideración “(...) aparece como facultativo en el art. 84 de la reglamentación de la ley de procedimiento administrativo, directiva que se reitera en el artículo 89. En el mismo sentido, en el art. 100, de esa normativa se contempla como facultativos los recursos de reconsideración y revisión contra las decisiones definitivas o con fuerza de tales que dictaren el Poder Ejecutivo Nacional, los ministros o los secretarios de la Presidencia de la Nación”. CNACAF, Sala IV, “Hidalgo Thaiss del Corazón de Jesús c/ EN - Presidencia de la Nación - Secretaría Legal y Técnica s/ empleo público”, 18/12/18.

37 CSJN, “Gorordo Allaria de Krajl Haydee María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y otro s/ empleo público”, 04/02/1999, Fallos: 322:73. Asimismo, ver CNACAF, en pleno, “Fernández, Viviana Beatriz c/ EN- M° Salud y Acción Social y Sec. De la Función Pública s/ empleo público”, 23/8/10.

32 CNACAF, Sala V, “Chacón Oribe, Ernesto Ezequiel c/ EN- Ministerio de Cultura de la Nación s/ empleo público”, 21/5/19.

33 CNACAF, Sala IV, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c/ EN- M° Hacienda y FP-AFIP-DGA s/ Dirección General de Aduanas”, 11/4/2019.

34 Comadira, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo, “Curso de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Tomo II, p. 1413

la causa “Pereira Añazco”, la Sala V consideró mal encuadrado como denuncia de ilegitimidad el recurso interpuesto contra el acto de expulsión de un migrante en el entendimiento de que en ningún momento en el procedimiento administrativo (ni en el acto de expulsión, ni en la notificación) se le hizo saber a la actora que le asistía el derecho a recibir asistencia letrada de manera gratuita³⁸. En la causa “Zhong, Jisong”, la Sala II consideró mal tramitada la denuncia de ilegitimidad, ya que no se había tenido en cuenta la ampliación de los plazos para recurrir en sede administrativa provocada por la notificación defectuosa de la medida expulsiva³⁹. Este criterio puede observarse también en el voto en disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton en la causa “Peralta Valiente”, en cuanto a que “la violación de las normas que regulan el debido proceso torna inaplicable el precedente ‘Gorordo’, pues la doctrina de esta causa presupone un procedimiento llevado a cabo con arreglo al artículo 18 de la Constitución Nacional”⁴⁰.

Seguidamente, en la causa “Albrecht”, la Sala III respondió la siguiente pregunta de cara al agotamiento de la vía administrativa: ¿Qué sucede cuando se califica como denuncia de ilegitimidad a un recurso facultativo como puede ser el recurso

38 CNACAF, Sala V, “Pereira Añazco, Irene c/ EN-M° Interior-DNM s/ recurso directo DNM”, 11/09/2018. En contra de este criterio, CNACAF, Sala II, “Naveros Silva, Jenny Maribel c/ EN-M° Interior OP y V- DNM s/ recurso directo DNM”, 29/8/19, donde se explicita que “... la facilitación de la asistencia jurídica gratuita en sede administrativa requiere de una petición del interesado”.

39 CNACAF, Sala II, “Zhong, Jisong c/ EN-DNM s/ recurso directo DNM”, 30/12/2019. Para abundar, el referido tribunal aplicó el principio de formalismo moderado, rector en los procedimientos administrativos, sosteniendo que “(...) la actora no encaminó su pretensión por la vía adecuada, lo cierto es que, en definitiva, dejó planteada de manera clara la voluntad de impugnar la decisión en crisis, por manera que resulta aplicable el mentado ‘principio de informalismo a favor del administrado’ que exige superar aquellos formalismos para ajustarse simplemente a lo solicitado por los particulares, en tanto una solución contraria puede derivar en la privación del acceso a los derechos que por ley les corresponde”.

40 CSJN, “Peralta Valiente, Mario Raúl c/ EN – Ministerio del Interior-DNM s/ recurso directo DNM”, Fallos 341:1570, 06/11/2018, voto en disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton.

de reconsideración interpuesto contra el acto que efectivamente agotó la vía administrativa? En esos casos, ¿correspondería clausurar la vía judicial? Allí el referido tribunal consideró que hay que estar al acto que produjo el agotamiento por lo que, a los fines de la habilitación de la instancia judicial, resulta irrelevante lo decidido a partir de un recurso de reconsideración (de carácter facultativo) que ha sido calificado como denuncia de ilegitimidad⁴¹.

c) Pretensiones de inconstitucionalidad de un acto estatal

Otro de los temas presentes en la cotidianeidad del Fuero Contencioso Administrativo Federal guarda relación con la vinculación del agotamiento de la vía administrativa y las pretensiones de inconstitucionalidad contra actos estatales. En estos casos, siguiendo inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema y del mentado Fuero, las distintas Salas desestiman los planteos de falta de habilitación de la instancia judicial dado que la vía administrativa no es idónea para plantear la inconstitucionalidad de una ley o un decreto, por lo tanto, el requisito previo de agotamiento supondría un excesivo rigor formal contrario a las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia, ya que, en esos casos, el agotamiento de la vía no tendría un propósito práctico salvo la postergación de la intervención del Poder Judicial⁴². Quizás una de las novedades en este punto se encuentra en qué planteos accesorios a la pretensión de inconstitucionalidad, como puede ser, por ejemplo, una pretensión de repetición en asuntos tributarios, si está subordinado a la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad, no se le exigirá a la parte actora el agotamiento

41 CNACAF, Sala III, “Albrecht, Paulina Gabriela c/ EN-Auditoría General de la Nación- y otro s/ empleo público”, 24/11/16.

42 CNACAF, Sala III, “Isacovich, Daniel Osvaldo y otro c/ EN-Ministerio Hacienda y FP y otros s/ proceso de conocimiento”, 03/03/2021; Sala IV, “Alba Compañía Argentina de Seguros SA c/ EN- Ministerio Hacienda y FP-AFIP-DGA s/ Dirección General de Aduanas”, 11/4/2019.

de la vía, por resultar un ritualismo inútil⁴³.

d) Procesos especiales: acciones declarativas de certeza, amparo y medidas cautelares

En lo concerniente a las acciones declarativas de certeza incoadas en los términos del art. 322 del CPCCN, una vez descartada la naturaleza reclamatoria o impugnatoria de la pretensión, el criterio jurisprudencial radica en que la exigencia de transitar la vía administrativa implicaría desconocer la necesidad de tutela judicial inmediata que asuntos relativos a la obtención de certeza respecto de ciertas relaciones jurídicas tiende a dilucidar el estado de incertidumbre entre la parte actora que cuestiona la conducta del Estado Nacional y este último. En función de ello, sumado al principio “pro actione” tendiente a alcanzar una tutela judicial efectiva, se ha considerado que en dichos procesos no es exigible el requisito del agotamiento de la vía administrativa, sin perjuicio del cumplimiento de los recaudos propios de admisibilidad formal en los términos del código de rito⁴⁴.

43 CNACAF, Sala IV, “Golden Peanut and Tree Nuts SA c/ EN-AFIP-DGA s/ Dirección General de Aduanas”: 8/7/21; Sala II, “Teruel María Cristina c/EN-AFIP y otros s/proceso de conocimiento”, 29/6/2020; Sala III, “Ramírez, Daniel Anibal c/ EN-AFIP s/proceso de conocimiento”, 16/9/2020. En estos últimos pronunciamientos se sostuvo, con relación a las pretensiones de repetición: “(...) resulta un ritualismo inútil exigir al beneficiario del haber de jubilación que siga de manera ineludible, y en extremo rigurosa en el orden formal, el procedimiento reglado por el art. 81 de la Ley N°11.683, como lo pretende la demandada, sobre todo si se considera que la cuestión no puede ser dirimida en sede administrativa ya que es el Poder Judicial el único habilitado para pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas (...) debe agregarse que el criterio aquí sentado, respecto al ritualismo inútil que implicaría exigir que el actor acuda previamente al procedimiento de repetición establecido en la ley de procedimientos tributarios, en los casos en los que el acceso a la jurisdicción involucra, previa declaración de inconstitucionalidad, pedidos de restitución de las sumas retenidas en concepto de impuesto a las ganancias sobre haberes jubilatorios, no puede ser desligado de la naturaleza del reclamo, ni del tratamiento que debe dársele a los derechos de tan especial carácter como los aquí involucrado”.

44 CNACAF, Sala IV, “Molnar, Pablo Federico c/ EN- M° Seguridad y otro s/ empleo público”, 12/10/17.

Con relación al proceso de amparo, en general, los planteos de falta de agotamiento de la vía administrativa son desestimados en función de que el texto constitucional –art. 43 de la Constitución Nacional- ha previsto la interposición de la acción expedita y rápida del amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, excluyendo expresamente la opción de la vía administrativa como impedimento de la admisibilidad formal de aquélla⁴⁵. Con todo, en la causa “Mutual Gas”, la Sala IV entendió que la articulación de un recurso administrativo pendiente de resolución demostraba que no se había rebatido la presunción de idoneidad de la vía ordinaria. Es más, a fin de rechazar el amparo, se dejó en claro que la parte actora no había logrado acreditar el carácter irreversible de los daños que le ocasionaría el efectivo agotamiento de la vía administrativa en trámite, en cuyo ámbito había omitido configurar el silencio denegatorio en los términos del art. 10 LPA⁴⁶.

Respecto de las materia de cautelares contra el Estado Nacional y, específicamente, con relación al agotamiento de la vía administrativa exigido por el art. 13 de la ley N°26.854 en los supuestos de suspensión de los efectos de actos estatales, en la causa “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y otros”, se postuló que el requisito previo de solicitud de la suspensión de los efectos en sede administrativa regía para el caso solamente de las medidas cautelares autónomas, es decir, mientras se encuentra pendiente el agotamiento de la vía⁴⁷. Asimismo, respecto de este recaudo de admisibilidad de la medida cautelar suspensiva de los efectos de un acto estatal, en la causa “Motores SA”, se ha aplicado el ritualismo inútil si

45 CNACAF, Sala III, “Clement, María Josefina c/ EN-AFIP s/ amparo ley 16.986”, 24/6/2020.

46 CNACAF, Sala IV, “Mutual Gas c/ ANSES s/ amparos y sumarisimos”, 26/12/2019.

47 CNACAF, Sala IV, “Asociación de magistrados y funcionarios de la Justicia Nacional y otros c/ EN- Procuración General de la Nación s/ amparo ley 16.986”, 30/01/15.

del informe del art. 4 de la ley en este párrafo mencionada, no surgían indicios que hagan suponer que la intervención previa en sede administrativa hubiera podido evitar la prosecución del proceso, por haberse opuesto enfáticamente al progreso de la acción⁴⁸.

IV. A modo de cierre

Del tratamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Fuero Contencioso Administrativo Federal se advierte una marcada tendencia a garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos a partir de la aplicación de criterios tuitivos de los derechos constitucionales de cara a la exigencia del agotamiento de la vía administrativa en tanto recaudo de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa. Sin desconocer la importancia de este avance a la luz de los principios y valores que inspira el Estado Constitucional Social de Derecho, puede también argumentarse un entendimiento del instituto del agotamiento de la vía administrativa que busque aprovechar las ventajas epistémicas de la Administración respecto de los restantes poderes del Estado de forma tal de alcanzar decisiones más racionales y, por ende, justas, evitando una sobre judicialización de los asuntos públicos a cuyo cargo se encuentra el Estado, en tanto principal gestor de “las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”⁴⁹.

48 CNACAF, Sala II, “Motores SA c/ EN- M° Desarrollo Producción- Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Exterior y otro s/ medida cautelar”, 27/11/2020. En este sentido, la Sala entendió que “(...) la posición asumida por el Estado Nacional evidencia la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa y, por lo tanto, permite concluir que el agotamiento de aquella vía constituiría un ritualismo inútil”.

49 Esta expresión se encuentra positivizada en el art. 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver todos, Corte IDH. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6

Control de constitucionalidad y Acto Administrativo

Patricio M. E. Sammartino¹

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

Control de constitucionalidad y acto administrativo. Diferencias estructurales y funcionales

Acto administrativo, acto jurídico y sentencia judicial

Las bases del acto administrativo en el régimen legal-jurisprudencial.

SEGUNDA PARTE

4. La Constitución Nacional convencionalizada y su impacto sobre el acto jurídico

5. Proyecciones de la reforma constitucional de 1994 sobre las reglas de control constitucional

5.1.- Las reglas “clásicas” de control de constitucionalidad

5.2. Las reglas “actuales” de control de constitucionalidad

TERCERA PARTE

6. El problema capital del acto administrativo en el derecho administrativo del Estado constitucional contemporáneo

¹ Texto actualizado de la ponencia realizada en el ciclo “La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública” organizado por el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA).

7.- *Los hontanares jurídicos que atraviesan el régimen jurídico del acto administrativo y su consecuencia: la crisis estructural de juridicidad*

8. *Las matrices y modelos de derecho administrativo argentino de los últimos cincuenta años. Breve noticia.*

CUARTA PARTE

9. *Las reglas actuales de control de constitucionalidad y su proyección sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo*

10. *Inconstitucionalidad, presunción de inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) y acto administrativo: cuestiones a considerar.*

11.- *La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional.*

11.1. *La doctrina de la PTN.*

11.2. *La jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

11.3.- *La posición de la doctrina científica*

11.4.- *Nuestra opinión*

12. *Control de oficio y acto administrativo*

13. CONCLUSIONES.

Introducción

Control de constitucionalidad y acto administrativo son institutos que transitan por sendas paralelas. Entre uno y otro no existen, de manera visible, puntos de encuentro y conexión.

Aun así, la necesidad de proyectar la fuerza vinculante² de la Constitución Nacional convencionalizada³ sobre el derecho administrativo, nos exhorta a explorar sus posibles relaciones.

En este trabajo nos proponemos examinar si algunas reglas actuales de control constitucional se proyectan, de manera directa, sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

² Cabe recordar, con Bidart Campos (Casos de derechos humanos, Buenos Aires, 1997, p. 91; El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, 1995), que la Constitución tiene fuerza normativa "para todos los poderes públicos".

³ Sagüés, Néstor P., "De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada"", JA 2013-IV, N° Esp. fascículo n. 2, Pág. 53.

PRIMERA PARTE

Control de constitucionalidad y acto administrativo. Diferencias estructurales y funcionales

El control de constitucionalidad y el acto administrativo exhiben diferencias tan profundas como evidentes.

(i) Así, en lo que atañe a la ubicación dentro de las ramas del saber jurídico, advertimos que el control de constitucionalidad es, para un sector de la doctrina, objeto de estudio del *derecho procesal constitucional*; para otro, del derecho constitucional procesal. Existe coincidencia, sin embargo, en cuanto a que es una materia propia de la justicia constitucional.

El acto administrativo en sentido técnico, en cambio, es objeto de conocimiento del derecho administrativo.

(ii) El control de constitucionalidad y el acto administrativo son productos de funciones estatales distintas.

El primero, es una tarea que incumbe a la función judicial; el segundo, es una actividad formal de la función administrativa.

Cabe recordar que, en tanto garantía de la libertad, el art. 109 de la Constitución Nacional⁴ prohíbe al Poder Ejecutivo -y, por ende, a todo órgano que despliegue la función administrativa- el ejercicio de facultades judiciales.

Aun así, el derecho público nacional exhibe algunas singularidades⁵.

⁴ Como señala el Prof. Cassagne "la fuente directa del art. 109 de la CN fue el art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 el cual, a su vez, reprodujo casi textualmente los arts. 242 y 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 (Cassagne, Juan Carlos, "La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional", diario La Ley de 15.6.22).

⁵ Una situación particular se presenta con los denominados tribunales administrativos llamados a dirimir conflictos entre particulares. Desde "Fernández Arias" (Fallos 247:646 -de 1960-) hasta "Pogonza" (Fallos 344:2307 -2021-) la jurisprudencia le reconoce validez constitucional a la atribución de competencias jurisdiccionales estos órganos administrativos siempre que

(iii) En lo que atañe a su inserción dentro del derecho, cabe recordar que el control de constitucionalidad es uno de los institutos que anuda el derecho constitucional argentino con el norteamericano⁶.

En cambio, el acto administrativo -pieza capital del derecho administrativo-, conecta el derecho público argentino con el derecho europeo continental. A su través se comenzó a construir históricamente el derecho administrativo⁷. Su origen -y finalidad- es bien diferente al del control de constitucionalidad⁸.

ellos hayan sido creados por ley; que su independencia e imparcialidad estén aseguradas; sea razonable el objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos y exista control judicial suficiente de sus decisiones, esto es, un control judicial amplio en virtud del cual los litigantes tengan el derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios toda vez que los tribunales administrativos no pueden contar con la potestad de dictar resoluciones finales. Por otro lado, la PTN, en Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019, sostuvo que la abstención de aplicar una ley inconstitucional es una atribución "que el Poder Ejecutivo y/o los órganos que lo secundan en su labor administrativa pueden ejercer en observancia del mantenimiento de la juridicidad". Con anterioridad, en Dictámenes 84:102 el órgano asesor había opinado, con respaldo en el art. 31 de la CN, que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para abstenerse aplicar una ley que juzga inconstitucional.

6 Las semejanzas más importantes que exhiben las constituciones de Estados Unidos y Argentina, explica Bianchi (La separación de Poderes, Buenos Aires, 2019, pp. 266 y ss), son: el régimen federal, la separación formal entre los tres poderes, la organización del Congreso en sistema bicameral y la supremacía de la constitución (el artículo sexto de la Constitución norteamericana está reproducido en el artículo 31 de nuestra Constitución). Finalmente, dentro de las coincidencias, se subraya la relativa a la rama del poder judicial. En tal sentido el autor citado enfatiza el paralelismo que existe entre el sistema de control de constitucionalidad adoptado por la Corte federal - a partir del caso "Sojo" (Fallos 32:120) y el consagrado en Estados Unidos desde el célebre precedente "Marbury vs Madison".

7 Santamaría Pastor, Juan A., Principios de Derecho Administrativo, Tomo II, segunda edición, 2009, Iustel, Madrid, p. 103.

8 Así, extramuros de la soberanía de los reyes y bajo la soberanía de la ley como expresión incontrovertida de la voluntad general, el acto de administración se presenta en los albores de la revolución francesa como instrumento técnico de deslinde de competencias entre los tribunales judiciales ordi-

El desarrollo estructural y funcional del acto administrativo, primero en el derecho continental europeo y más tarde en nuestro país y en el resto de Latinoamérica, se sustenta en la fuerte influencia de dos institutos que guardan poco contacto entre sí: la sentencia judicial y el acto o negocio jurídico de derecho privado. Las sentencias dictadas por la CSJN en "Carman de Cantón" (1936) y "Ganadera Los Lagos" (1941) exhiben rastros de uno y otro instituto. Los resabios de esos paralelismos se mantienen y reflejan aun en el régimen legal-jurisprudencial del acto.

En definitiva: el sistema de control de constitucionalidad mediante el cual los jueces ejercen lo que se ha denominado la potestad contra legislativa, en la Argentina, es tributario del modelo estadounidense (denominado puro u originario⁹). Por su parte, el acto administrativo, su génesis y desarrollo, es una respuesta que refleja la desconfianza y prevención del derecho francés emanado de la Revolución frente a los jueces del "Antiguo Régimen".

(iv) El control constitucional y el acto administrativo exhiben claras diferencias estructurales y funcionales.

narios y la Administración. Anida en esta concepción procesalista del acto un evidente sustento político. Entonces el acto administrativo (denominado inicialmente acto de administración) aglutinaba un elenco heterogéneo de actuaciones formales y no formales. Además de actos singulares, quedaban comprendidas las disposiciones reglamentarias y operaciones materiales. Frente a la desconfianza a los jueces de derecho común - cuyas ideas conservadoras resultaban hostiles a las ideas e intereses revolucionarios- el acto administrativo, en su etapa germinal, tuvo como función primordial establecer qué actuaciones de la Administración quedaban detraídas del control de los jueces aunque, sin embargo, resultaban sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual se encontraba vinculada orgánicamente al poder ejecutivo y no al judicial (Morand Deviller, Jacqueline, Derecho administrativo, 14^o edición traducida, 2017, Universidad Externado, Bogotá, p. 26). Recuérdese que una ley de 1795 prohibió a los tribunales judiciales franceses conocer los actos de la administración de cualquier clase. Algunos años antes, la Ley de 16-24 de agosto de 1790, había establecido que los jueces no podían interferir o alterar la actuación de los cuerpos administrativos. En la misma línea, la Constitución de 1791 dispuso que los jueces no podían inmiscuirse ni interferir o encargarse de funciones administrativas. Cabe recordar que, en Francia, hasta 1872, la justicia fue retenida por la administración. A partir de ese año aquella fue delegada al juez administrativo.

9 Fallos: 333:1023 ("Thomas", de 15.6.2010).

(iv') El control de constitucionalidad se presenta como un examen de compatibilidad, de conformidad, entre normas y actos estatales infra constitucionales y la Constitución. La finalidad de este control, y de la decisión judicial que lo concretiza, es *asegurar la supremacía de la Constitución*, la prelación jerárquica de la Ley Fundamental.

Tempranamente la CSJN sostuvo que está en la esencia del orden constitucional que los tribunales tengan "no solo la facultad, sino la obligación de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución nacional". En ese sentido destacó que siendo la Constitución "la ley suprema (...) no puede reputarse válido y subsistente ningún acto que le sea contrario"¹⁰.

Al respecto, Vanossi¹¹, destaca que el control de constitucionalidad implica una *vigilancia sobre la superioridad de la propia Constitución Nacional*.

La consecuencia práctica de la decisión judicial que declara la inconstitucionalidad es la concreta *inaplicación de la norma* que colisiona o se oponga a la Norma Fundamental. Sin embargo, en los casos en los que se declara la inconstitucionalidad de la omisión formal por inobservancia de un mandato normativo claro, expreso y determinado, los efectos de tal declaración se efectivizan no ya a través de una abstención sino mediante un mandato de hacer. En algunas ocasiones este mandato es de tipo formal, v.gr., ordenar la emisión del acto estatal correspondiente (v.gr., sanción de una ley o el dictado de una disposición reglamentaria omitida¹²); en otros, en cambio, se ordena la efectiva realización de una prestación material¹³.

Naturalmente, los efectos de la declaración de inconstitucio-

10 Fallos 10:427 ("Caffarena", 1871)

11 Vanossi, Jorge R., Estado de derecho, Astrea, Buenos Aires, 4ª edición, 2008.

12 Fallos: 344:3011 (Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986", de 21/10/2021);

13 Fallos: 337:1564 (Villarreal Mario Jesús c/ PEN-PLN y Máxima AFIP s/ amparo" 30/12/2014).

nalidad (de una norma o de una omisión) opera dentro del caso.

La causa (art. 116, CN), el caso (art. 2º, Ley N°27) o la controversia es el presupuesto de intervención del poder judicial (art. 116 CN). En tal sentido el art. 2º de la Ley N°27 establece que la justicia nacional "solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte".

A la vez, para que exista una causa o un caso que deba ser resuelto por los tribunales nacionales debe estar presente una precondición: la legitimación. La Corte federal reiteradamente puntualiza que la existencia de "caso" presupone la de "parte", esto es, la de quién reclama o se defiende y, por ende, la de quién se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. Es imprescindible que quién reclama *tenga un interés suficientemente directo, concreto y personal* -diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos- en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma "suficientemente directa" o "sustancial"¹⁴

La CSJN -y los tribunales anteriores- no cuenta con jurisdicción para dictar fallos en abstracto -sin la presencia de un caso o controversia- y con efecto abrogatorio de las leyes¹⁵.

Por cierto, el control de constitucionalidad es una garantía que asegura los derechos constitucionales frente a los poderes. Es una garantía que resulta consustancial al Estado constitucional vigente en la república.

Hace varias décadas un destacado juez, el profesor Luis M. Boffi Boggero señalaba, antes del quiebre institucional de 1966, que el control de constitucionalidad, cuando se realiza en el marco de los juicios de amparo, está llamado a asegurar los derechos humanos.

Como lo veremos más adelante, el *control de constitucionalidad* se sustenta en reglas jurisprudenciales que determinan el alcance

14 Fallos 345:1531 y sus citas ("Cámara Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento c/ EN - AFIP", de 21.12.22).

15 Fallos 344:441 ("Comunidad Mapuche Catalán c/ Provincia del Neuquén" de 08.4.2021, entre otros).

de esta potestad como también los límites y sus salvedades. En relación con este último aspecto la jurisprudencia del alto Tribunal excluye del control constitucional a la revisión o juzgamiento del acierto o *conveniencia* de los medios empleados por el legislador, *salvo iniquidad manifiesta*¹⁶.

(iv´) El acto administrativo, en cambio, tiene como finalidad ordenar, limitar y, sobre todo, encauzar formalmente los poderes de la Administración -en puridad, de los órganos que tiene atribuida la función administrativa- en el marco vinculante del principio de legitimidad o juridicidad.

El acto administrativo, en tanto encauza las prerrogativas administrativas dentro del principio de legitimidad constituye un límite al ejercicio de las potestades administrativas y, correlativamente, una primaria garantía de libertad y previsibilidad jurídica.

(v) El control de constitucionalidad es uno de los fines supremos del poder judicial.

(v´) Una consolidada jurisprudencia señala que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones del Poder Judicial. Solo se la debe ejercer cuando la contrariedad con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable¹⁷.

En efecto: la doctrina jurisprudencial enfatiza que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de última ratio que, de ser posible, debe evitarse mediante una interpretación del texto legal en juego de manera compatible con la Ley Fundamental, pues, como enfatiza la jurisprudencia, siempre se debe estar a favor de la validez de las normas¹⁸. Los pronunciamientos del alto Tribunal puntualizan que no debe llegarse a una declaración de

inconstitucionalidad sino, cuando ello es de estricta necesidad¹⁹. En tal sentido se sostiene que solo cabe acudir a la declaración de inconstitucionalidad “cuando no existe otro modo de salvaguardar a algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía”²⁰.

La función primordial del control de constitucionalidad, como se indicó, es la de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31, de la CN) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos 327:3117, entre otros).

(v´) El acto administrativo, en cambio, es uno de los modos formales a través del cual se encauza y exterioriza la actividad de los órganos y entes que despliegan la función administrativa.

En ese orden, uno de los principios basilares del derecho de la función administrativa contemporáneo establece que los órganos y entes que desarrollan esa función están impedidos de realizar actuaciones materiales que hagan nacer situaciones jurídicas pasivas, o limiten situaciones jurídicas activas, sin un acto administrativo previo que le sirva de título o razón jurídica suficiente. Dicho de otro modo: el acto administrativo -esto es, la actividad formalizada de la Administración - debe preceder a toda conducta material que conlleve una interferencia o intervención sobre la esfera de indemnidad de los particulares²¹.

(vi) El control de constitucionalidad consiste en el ejercicio de una potestad -para algunos, implícita; para otros, expresa, de acuerdo con el art. 43, in fine, CN - conferida al poder judicial,

16 Fallos 345:1394 (“Vespasiani c/ AFIP s/Amparo”, de 22.12.2022). En esa inteligencia, la doctrina jurisprudencial labrada bajo el imperio del Estado de derecho, enfatiza que valoración de la política económica adoptada por las autoridades competentes excede el ámbito propio del Poder Judicial (Fallos 311:2453, “Cerámica San Lorenzo”, 01/12/1988).

17 Fallos 340:1185.

18 Fallos 340:1185; 335:2333 y sus citas.

19 Fallos 335:2333.

20 Fallos: 343:264, “C., J.C. c/ EN-Mº de Defensa” de 30.4.2020 y sus citas, Fallos 312:2315 y 316:779, entre otros.

21 Este principio general de derecho administrativo está plasmado en el art. 97.1 de la Ley 39/15 de España: Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico

mediante la cual, *se examina la compatibilidad con la Constitución de la tarea realizada u omitida por otros poderes del Estado.*

El acto administrativo, en cambio, es el producto de potestades administrativas (otorgadas por el art. 99, incisos 1º, 2, 4, 7, 6, 19 y concordantes de la CN) que se expresa mediante una prerrogativa exorbitante de derecho común mediante el cual se modifica directamente, sin intermediaciones de otros poderes, el estatus jurídico del particular (ora, creando una situación favorable, ora, creando una situación desfavorable o gravamen).

La medida y alcance de esta potestad está reglamentada, de manera general, en el Título III de la LNPA, artículos 7 a 22.

En este sentido debemos enfatizar que el acto administrativo se exterioriza mediante una declaración de los órganos (y entes) que despliegan la función administrativa. Tiene vedado incursionar en el ámbito propio de los poderes legislativo y judicial. Naturalmente, la injerencia del acto administrativo sobre la tarea propia que le incumbe a otras funciones estatales, nos coloca frente a una antijuridicidad grave determinante de una nulidad absoluta e insanable. Los conocidos precedentes “Ganadera Los Lagos”²² o “Antinori”²³ entre muchísimos casos, son una muestra de esta situación.

(vii) El control de constitucionalidad tiende a dar significado a las reglas, principios y valores constitucionales, siempre que exista un caso²⁴.

Mediante el acto administrativo, en cambio, la función administrativa está llamada a servir, de manera de manera concreta e inmediata, a los intereses generales en el marco vinculante del principio de legitimidad (constituida por la legalidad y razonabilidad, conforme lo subraya a CSJN en “Solá”²⁵).

22 Fallos 190:142.

23 Fallos 321:2288.

24 Fallos 333:1023 (Thomas).

25 Fallos 320:2509

(viii) En suma: de acuerdo con los aspectos precedentemente relacionados, arribamos a una conclusión inicial, aunque provisoria: no existen puntos de contacto visibles que permitan empalmar, conectar o enlazar el control constitucional con el acto administrativo.

Por ende, ab initio, siendo institutos tan disímiles, es dable sostener que el régimen jurisprudencial que gobierna el control de constitucionalidad no proyecta consecuencias jurídicas sobre el esquema sistemático de ordenación que rige el acto administrativo.

Sin embargo, esta conclusión, como la validez de las premisas que la sustentan, deben ser reexaminadas.

2. Acto administrativo, acto jurídico y sentencia judicial

El acto administrativo, por su singularidad, no se subsume en otros institutos jurídicos de derecho público o privado. Aun así, no podemos ignorar que tanto el negocio o acto jurídico, de derecho privado, como la sentencia judicial contribuyeron, significativamente, a la configuración de las distintas parcelas que vertebran su estructura.

2.1.

En el derecho argentino, la influencia del régimen jurídico del *acto jurídico* -consagrado en el Código Civil- sobre el acto administrativo, es indudable.

Basta recordar que la doctrina labrada por la CSJN en “Ganadera Los Lagos”²⁶ en 1941, treinta años antes de que se dictara el Dto.-Ley N°19.549/72, tuvo decisiva gravitación en la conformación, por vía analógica, de los elementos esenciales del acto administrativo, sus vicios, el sistema de invalidez y los efectos de las nulidades²⁷.

26 Fallos 190:142.

27 Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E., “Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, diario

2.2.

Ciertamente, la *sentencia judicial* -fuente pública de obligaciones, como también lo es el acto administrativo- también tuvo peso en la configuración de segmentos principales de la teoría del acto.

Con inocultable convicción Otto Mayer²⁸ destacaba que el acto administrativo se presenta como el *correlativo necesario de la sentencia judicial*. En tal sentido afirmaba que el acto administrativo es el *equivalente de la sentencia judicial*.

El pensamiento y las apreciaciones de O. Mayer sobre el acto administrativo tuvieron resabios en sentencias emblemáticas para el derecho administrativo argentino.

En tal sentido la sentencia de la Corte federal en “Ganadera Los Lagos”²⁹ sostiene que el acto administrativo es un acto de autoridad emanado del Poder Ejecutivo que, en relación con la persona, posee la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley -salvo la diferencia esencial de faltarle generalidad- y “opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales”.

El paralelismo entre la sentencia judicial y el acto administrativo se refleja de manera incontestable en el también célebre precedente “Carmen de Cantón”³⁰. Este pronunciamiento capital del derecho administrativo nacional otorga carta de naturaleza a la denominada *cosa juzgada administrativa*.

Como bien sabemos la cosa juzgada administrativa (denominada estabilidad del acto administrativo en posteriores pronunciamientos judiciales y dictámenes de la PTN) opera como límite al ejercicio de la potestad anulatoria de los actos administrativos favorables que han creado, declarado o reconocido derechos subjetivos.

ED, serie especial derecho administrativo, de 21.5.2014.

28 Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, parte general, Depalma, Buenos Aires, 1949, p.75.

29 Fallos 190:142.

30 Fallos 175:368 (1936).

En puridad, la denominada cosa juzgada administrativa es, coetáneamente, garantía de inalterabilidad del acto administrativo en función del mantenimiento de la situación activa nacida, declarada o reconocida por el mismo acto y, simultáneamente, limitación al ejercicio de la potestad extintiva fundada en razones de ilegitimidad³¹.

También la equivalencia funcional entre la sentencia y el acto administrativo se manifiesta en uno de los caracteres del acto, la fuerza ejecutoria. En el derecho argentino, J.F. Linares ponderó especialmente esa correlación.

2.3.

En definitiva, durante la etapa germinal del acto administrativo, de impronta jurisprudencial, el régimen jurídico del acto jurídico y el de la sentencia judicial contribuyeron, por vía analógica, a la conformación de las parcelas que vertebran la estructura del acto administrativo. Esa influencia perdura y resulta visible en el régimen legal-jurisprudencial vigente.

3. Las bases del acto administrativo en el régimen legal-jurisprudencial

Tomando en cuenta las vertientes que influyeron en la configuración estructural y funcional del acto administrativo (la político-procesal del derecho francés, la sentencia judicial y el acto negocio jurídico del derecho privado) enunciaremos las bases o criterios rectores que gobiernan el acto administrativo en el régimen legal-jurisprudencial.

3.1.

De inicio debemos considerar que la Administración está im-

31 Sammartino, Patricio M.E., “La estabilidad del acto administrativo”, *Revista Derecho Administrativo*, RDA 2019-125, 07/10/2019, 883.

pedida de realizar actuaciones materiales que produzcan un gravamen sobre el particular (ya sea que se hagan nacer situaciones pasivas, o se disminuyan situaciones activas) sin un acto administrativo previo que le sirva de título o razón jurídica suficiente. Como se indicó, el acto administrativo siempre debe preceder a toda conducta material que conlleve una interferencia o intervención sobre la esfera de indemnidad de los particulares.

3.2.

El concepto técnico de acto administrativo se abastece de una pieza primordial, la declaración.

Ciertamente, para alcanzar la condición de acto administrativo, la declaración debe exhibir las siguientes cualidades esenciales:

(i) debe ser emitida por autoridades públicas (o entes) que desarrollan la función administrativa. Cabe recordar que la función administrativa tiene por fin servir, de manera inmediata, a los intereses generales en el marco vinculante del bloque de legitimidad. A la vez, ella es la raíz de todo acto administrativo.

(ii) La susodicha declaración debe producir efectos jurídicos directos³².

(iv) Tales efectos deben tener alcance particular, singular o individual³³; de consiguiente, son ajenas al concepto técnico predominante de acto administrativo las disposiciones reglamentarias (en sus diferentes variables) y los actos generales no normativos.

(v) La declaración debe producir efectos jurídicos concretos: el acto administrativo, en sentido técnico, no tienen carácter normativo, ni ordinamental, ni abstracto; el cumplimiento o agotamiento de su objeto, produce la extinción del acto.

³² El dictamen jurídico, los informes previos o la declaración de levisidad, en tanto no producen efectos jurídicos directos, no son actos administrativos.

³³ En Fallos 296:672 ("Metalmecánica", 1976), la CSJN, influida por el pensamiento de Marienhoff, admite la existencia de actos administrativos de estructura bilateral.

(vi) El acto administrativo produce consecuencias jurídicas externas, se manifiestan hacia el exterior de la Administración; el acto administrativo impacta sobre terceros ajenos a la administración. En tal sentido no podemos dejar de señalar que los efectos externos tienen lugar una vez que se cumpla el requisito de eficacia previsto en el art. 11 LNPA, la notificación.

En definitiva, acto administrativo es toda declaración emitida por órganos o entes en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos, singulares, concretos y externos.

3.3.

Subrayamos que el acto administrativo produce *efectos jurídicos directos*. Ello significa que las consecuencias jurídicas programadas en el objeto del acto administrativo se producen inmediatamente, sin intermediación de otro acto estatal (sea del mismo órgano, o de otro de la misma, o distinta función: el acto administrativo, para producir efectos jurídicos no requiere de la homologación del poder judicial). La declaración para asumir la condición de acto administrativo debe *por sí misma*, modificar la situación jurídica de terceros, ya sea creando una situación pasiva o generando una situación activa, o favorable. En virtud del diferente régimen jurídico que gobierna sus efectos, la diada actos administrativos favorables (o de beneficio) y desfavorables (o de gravamen) es la clasificación más importante de los actos administrativos.

3.4.

El acto administrativo se vertebra sobre un elenco de piezas indispensables, que la ley vigente en el ámbito nacional denomina -indistintamente-, requisitos esenciales (art. 7º), o elementos esenciales (art.15).

Los requisitos o elementos esenciales exigidos por la ley responden a las siguientes preguntas: *quién* (competencia); por qué (causa o antecedentes, de hecho y de derecho); *qué* (objeto); *cómo* (procedimientos esenciales y sustanciales previos y concomitantes a

la emisión del acto, como la motivación); *para qué* (finalidad). Los elementos esenciales son piezas indispensables por cuanto su presencia, ausencia o defectuosa configuración, acarrea consecuencias jurídicas relevantes con relación a la validez y eficacia del acto.

3.5.

La LNPA y la jurisprudencia labrada en torno a ella considera que el acto administrativo que *cumple condiciones esenciales de validez* es un acto administrativo regular. Si el acto regular hubiere dado nacimiento a derechos subjetivos y está notificado goza -como principio-, de *estabilidad*. Ello significa que es inalterable (y, por ende, irrevocable) en sede administrativa. Bajo el régimen jurisprudencial anterior a la LNPA, se decía que, estos actos hacían *cosa juzgada administrativa*. La estabilidad, cabe recordar, es una cualidad de algunos actos administrativos favorables. Ella, por un lado, opera como límite a la potestad anulatoria; por otro, actúa como garantía a favor del particular puesto que está llamada a proteger la situación jurídica activa creada por el propio acto administrativo, tornándola intangible en sede administrativa. Si bien esta propiedad del acto es un *principio* que solo informa a ciertos actos regulares (los que han generado derechos subjetivos y están notificados) el régimen legal-jurisprudencial expandió excepcionalmente su alcance a un elenco específico de actos irregulares: los que estuvieren firmes y consentidos; y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Ello siempre que el particular desconozca el vicio que lo aqueja³⁴.

3.6.

Si el acto administrativo carece o le *falta* alguna de las piezas indispensables, o si se presenta su equivalente funcional, un *vicio grave* en alguno de los requisitos esenciales que vertebran su estructura, el principio de legitimidad obliga a remover el acto gravemente antijurídico (acto administrativo irregular) mediante la declaración de nulidad. Por cierto, el problema capital, en esta

materia, no reside en el deber de remoción o expulsión del acto administrativo irregular; las perplejidades están alojadas en discernir qué órgano resulta competente para decidir la nulidad y materializar la subsecuente ineficacia.

En este punto cabe recordar las diferencias entre ilegitimidad, invalidez, nulidad e ineficacia. Con frecuencia, estas locuciones son utilizadas de manera indistinta, aun cuando tienen significados diferentes.

La ilegitimidad o antijuridicidad refiere a la discordancia del acto administrativo con las normas (principios y reglas) que condicionan su emisión. La invalidez, en cambio, es la declaración *formal* de ilegitimidad por parte de la autoridad competente, administrativa o judicial. La nulidad es la *secuela sancionatoria* de la declaración de invalidez, consistente en la remoción, el retiro o expulsión del acto del mundo jurídico. Finalmente, la ineficacia concierne a la *cesación definitiva* de los efectos jurídicos del acto.

3.7.

En el régimen legal-jurisprudencial el acto administrativo irregular tiene un elenco de características: debe ser anulado, como principio general, por la propia administración. No es susceptible de ser saneado, en atención al carácter originario del vicio, los efectos de la anulación son retroactivos, esto es, "*ex tunc*": la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de la emisión del acto anulado. El afectado tiene la carga de impugnar tal acto dentro del plazo breve de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA. La Administración, en cambio, no está sujeta a plazo alguno. La jurisprudencia y la doctrina -tributaria de la jurisprudencia labrada en "Ganadera Los Lagos"³⁵ - sostienen que el art. 1047 del CC (similar, aunque no idéntico, al art. 387, CCC) no es aplicable al acto administrativo. De consiguiente, el acto administrativo no puede ser anulado de oficio por el juez.

34 Fallos 321:169 ("Almagro").

35 Fallos 190:142.

3.8.

Los actos tienen diferentes cualidades, propiedades, caracteres. El art. 12 de la ley vigente establece que el acto está dotado de presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria (en el derecho público provincial, algunas leyes de procedimientos administrativos le añaden la ejecutividad, la estabilidad y la impugnabilidad).

3.8.1.

La presunción de legitimidad del acto administrativo, tal como está regulada, indica que, *"a priori"* y salvo prueba en contrario, se debe considerar como cierto o real que todo acto administrativo ha sido dictado de acuerdo a las normas jurídicas que condicionan su legitimidad. De consiguiente, la presunción de legitimidad del acto administrativo consiste en la suposición, *"juris tantum"*, de que el acto administrativo fue dictado por la autoridad competente; se sustenta en un evento de la realidad verificable y en el derecho aplicable (causa); el contenido u objeto es cierto, lícito y posible; se ha respetado el debido procedimiento previo; está debida y suficientemente fundamentado; y, naturalmente, que el acto cumple con los fines queridos por la norma que le confiere competencia al órgano emisor y, de ese modo, satisface los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo en el que se inserta. En virtud de esta suposición atañe al particular la carga de alegar y probar el defecto de ese acto administrativo. En tal sentido, la jurisprudencia, desde tiempos pretéritos, sostiene que los actos administrativos *"tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada"* (Fallos 192:142).

3.8.2.

El régimen legal-jurisprudencial vigente establece, como regla general, que el acto administrativo goza de fuerza ejecutoria (ejecutoriedad). De consiguiente, la interposición de recursos

administrativos o demandas judiciales, como regla general, no suspenden los efectos del acto administrativo. La ley, sin embargo, establece salvedades a la *"fuerza ejecutoria"* -esto es, a la facultad de la Administración de *"poner en práctica"* el acto administrativo *"por sus propios medios"*- cuando la susodicha materialización requiera la incursión forzosa sobre la libertad, o propiedad de la persona. En tales supuestos, la Administración -como principio-, deberá solicitar el auxilio de la justicia. Ciertamente, la ejecución administrativa no podrá ser anterior a la notificación del acto administrativo, pues de ser así, se incurriría en un supuesto de vías de hecho administrativas, contempladas en el art. 9º, inciso b, de la LNPA.

3.9.

Este esquema básico de ordenación se completa con las previsiones normativas del Título IV de la LNPA relativa a la revisión judicial del acto administrativo. La Ley subordina la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa anulatoria a dos cargas procesales: el agotamiento previo de la vía administrativa; y a la interposición de la pretensión impugnatoria del acto dentro de un plazo breve, denominado plazo de caducidad.

3.10.

Como conclusión preliminar se debe señalar que, el régimen jurídico del acto administrativo, por un lado, está llamado a encauzar, dentro de la legitimidad -o juridicidad- el ejercicio de la potestad atribuida a la Administración consistente en modificar unilateralmente, sin la intermediación de otro poder, la situación jurídica de terceros. De este modo el susodicho régimen aparece destinado a ordenar y limitar el ejercicio de las prerrogativas, lo cual genera una básica certidumbre jurídica en torno a quién, por qué, cómo y para qué habrá de actuar la Administración.

SEGUNDA PARTE

4. El impacto de la Constitución Nacional convencionalizada sobre el acto jurídico

Inicialmente debemos señalar que cuando nos referimos a la Constitución Nacional *convencionalizada* -sintagma introducido por Néstor P. Sagüés hace más de una década-, se está subrayando la idea de una Constitución depurada y a la vez reciclada conforme el derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la CADH, y de la jurisprudencia de la Corte IDH. Así lo destaca el propio N. Sagüés en de sus trabajos³⁶. Este autor puntualiza que la Constitución convencionalizada es una Constitución conformada, adaptada, completada e integrada y a la vez combinada, en su contenido material, con los instrumentos de protección de derechos humanos y la jurisprudencia interamericana.

Ahora bien: los institutos que influyeron en la configuración y el desarrollo del acto administrativo, esto es, el negocio o acto jurídico privado; y la sentencia - dentro de las cual se encuentra aquella que actúa la más delicada atribución del poder judicial, el control de constitucionalidad- sufrieron modulaciones relevantes durante los últimos lustros como consecuencia de la nueva matriz incorporada en la reforma constitucional de 1994.

En efecto.

Coetáneamente con la puesta en vigor del Título III de la Ley N°19549, el *acto jurídico* -cuyo régimen le era aplicado analógicamente antes de la LNPA y también con posterioridad en cuestiones no reguladas expresamente en ese cuerpo legal³⁷ - estuvo

36 Sagüés, Néstor P., "De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada"", JA 2013-IV, N° Esp. fascículo n. 2, Pág. 53.

37 Al respecto la CSJN ha señalado que "las disposiciones del Código Civil, entre ellas las relativas a las nulidades de los actos jurídicos, son aplicables en la esfera del derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último (Fallos: 190:142, 304:919 y 310:1578). Pero la indagación acerca de la perti-

regido por el Código Civil de 1871, de características básicamente individualistas, ligeramente atemperadas por la reforma introducida por el Decreto-Ley N° 17.711/68.

Sin embargo, hace apenas unos años, en 2014, el Congreso de la Nación sancionó la ley N°26.994. Esta ley aprobó el Código Civil y Comercial (CCC) que comenzó a regir en 2015.

Los fundamentos del anteproyecto de CCC subrayan que este cuerpo normativo (i) se integra al bloque cultural Latinoamericano; (ii) procura la *constitucionalización* del derecho privado; (iii) toma en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad; (iv) es el código de la igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio; (v) es el código de los derechos individuales y colectivos.

Es evidente que a partir del nuevo Código Civil y Comercial los tradicionales institutos del derecho privado se revitalizaron por los valores y principios de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

De modo prístino, la constitucionalización (y convencionalización) del derecho privado atraviesa el acto jurídico. Así mientras el art. 1°, del CCC, establece que los casos regidos por el Código "deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte". El artículo 2° prescribe que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos (...)".

En este sentido, los artículos 51, 52, 279³⁸ del CCC, realzan el

nencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso; por lo que, antes de establecer si el Estado Nacional puede invocar en su favor el notorio desequilibrio de las prestaciones en los términos del art. 954 del Código Civil, corresponde examinar la validez del convenio de prórroga y del acto revocatorio subsiguiente a la luz del régimen de nulidades previsto en la Ley N°19.549" ("S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado", cons. 5°, de 17 de febrero de 1998).

38 El art. 279 CCC regula el objeto del acto jurídico, sustituyendo así al

sentido prescriptivo del *derecho a la dignidad humana*, como valor rector y supremo del derecho. Ello revela un cambio profundo, sustancial, de paradigma en relación con el Código Civil de Vélez.

5. Proyecciones de la reforma constitucional de 1994 sobre las reglas de control constitucional³⁹

5.1. Las reglas “clásicas” del control de constitucionalidad

En paralelo al régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo -labrado en torno a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, de 1972- las sentencias judiciales que realizaban el control de constitucionalidad - la atribución más delicada de las que pueda encomendarse a un tribunal de justicia ⁴⁰- se afincaban en aquello que la doctrina ha denominado las reglas clásicas o tradicionales del control de constitucionalidad.

De consiguiente, en paralelo al esquema legal-jurisprudencial del acto administrativo regulado en la Ley N°19549/72, el control constitucional estaba sometido a un elenco de pautas jurisprudenciales que se fueron construyendo durante décadas y se consolidaron durante la segunda mitad del siglo pasado. Ellas pervivieron, casi invariables, hasta el primer lustro del siglo veintiuno, en el que los principios y valores de la reforma constitucional comienzan a irradiar, de manera sustancial, a esa delicada misión de la judicatura.

A partir de ese momento, en el contexto de la crisis de 2001 y de sus múltiples secuelas, la reforma constitucional de 1994 comienza a alumbrar firmes y sustanciales cambios de perspectiva, sobre todo en lo que atañe al respeto y protección de los derechos

célebre art. 953 del Código de Vélez-

³⁹ Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E., *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, Tomo I, Buenos Aires, 2012, pp. 428/517.

⁴⁰ Fallos 340:1185, entre muchos otros.

fundamentales de la persona humana.

Las reglas *clásicas* o tradicionales predicen que el control constitucional exhibe las siguientes características⁴¹:

- Es *difuso o desconcentrado*, en línea con el modelo norteamericano. Cualquier juez está facultado para la declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla.
- Asume como presupuesto la preexistencia de una causa o caso contencioso, una controversia o conflicto entre derechos o intereses.
- Es un remedio de *última ratio* que, de ser posible, debe evitarse mediante una interpretación del texto legal que resulte compatible con la Ley Fundamental. De consiguiente la declaración de inconstitucionalidad opera cuando ello es de estricta necesidad.
- Al momento de su realización se debe estar, en principio, a favor de la validez de las normas. Por tanto, solo cabe acudir a la declaración de inconstitucionalidad cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución⁴².
- Requiere la presencia de un gravamen actual, originado en una previsión normativa.
- Es un control *parcial*, puesto que únicamente opera sobre normas jurídicas.
- Se realiza sobre normas que gozan de presunción de constitucionalidad.
- En tanto se opera sobre normas dotadas de presunción de validez, el vicio y agravio *constitucional* debe ser alegado y probado por la parte que lo invoca, esto es, por la parte interesada;

⁴¹ Sammartino, Patricio M.E. *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, tomo I, Buenos Aires, 2012, p.427 y ss.

⁴² Este criterio pervive en la actualidad (Conf. Fallos 343:264)..

- Por ende, no procede el *control de oficio*; es un control esencialmente reparatorio, correctivo; la declaración de inconstitucionalidad se traduce en la inaplicación de la norma para el caso (tal declaración no deroga ni tampoco restablece la vigencia de un precepto ya derogado por la norma tachada de inconstitucional).
- Los efectos de la decisión -inaplicación de la norma declarada inconstitucional- se proyectan inter partes.
- Ciertamente, en tanto no medie declaración de inconstitucionalidad, la norma resulta obligatoria.
- Se reconoce un nutrido catálogo de asuntos detraídos de revisión judicial, ora bajo los límites que imponen las llamadas cuestiones políticas no justiciables, ora a partir de una importante deferencia hacia el ejercicio de potestades discrecionales.

Cabe insistir que estas reglas de control de constitucionalidad rigen coetáneamente con el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, y sobre todo en los últimos cuatro lustros, las reglas clásicas de control constitucional sufrieron importantes modulaciones, dando nuevos contenidos y fronteras a la garantía fundamental a la tutela judicial efectiva.

5.2. Las reglas “actuales” de control de constitucionalidad

Una mirada global, macroscópica, permite sostener que el control de constitucionalidad, en la actualidad, reposa en torno a las siguientes reglas:

5.2.1.

En primer lugar, el caso, en tanto presupuesto de intervención del poder judicial (art. 116 CN)⁴³ presenta, en su configuración

43 Fallos 328:3586 (2005), entre muchos otros. En este precedente se su-

actual, una textura abierta que guarda correlato con el deber de respeto y protección que exigen los nuevos derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad. En función de éstos se establecen nuevas legitimaciones⁴⁴ -activas, y también pasivas- y también nuevos cauces procesales, como los dispositivos de prevención (v.gr., la acción declarativa de inconstitucionalidad tanto individual como colectiva, la cual se suma así al amparo preventivo -art. 43 CN-, a la acción preventiva de daños (art. 1171, CCC) y a ciertos procesos anticipatorios en los que se dispensa la denominada cautela material). La textura abierta del caso adquiere su

braya que “las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de “un caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente, para la preservación del principio de la división de poderes” (énfasis agregado). Asimismo, cabe recordar que en Fallos 336:2356 (“Roquel”, 2013), el Tribunal, respaldado en anteriores pronunciamientos, sostuvo que la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (artículo 2° de la ley 27). De allí que el de “ciudadano” es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial” o “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” que permita tener por configurado un “caso contencioso”. Para que exista caso, sostiene la CSJN en “Supercanal” (Fallos 342:853, de 2019), es imprescindible que quien reclama tenga un interés suficientemente directo, concreto y personal -diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos- en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma “suficientemente directa” o “sustancial” (cons. 5°). Ciertamente, si la Corte -o cualquier otro tribunal nacional- interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación se transgrediría el severo límite al Poder Judicial que surge del artículo 116 de la Constitución y que es propio del esquema de división de poderes (Fallos 344:575, “Grindetti” -2021-voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

44 Con posterioridad a la reforma constitucional la doctrina del Tribunal enfatiza que la Constitución Nacional reconoce “legitimación anómala o extraordinaria” para intervenir en el proceso en defensa de derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a los fines indicados en la norma. Sin embargo, no habilita la actuación de las autoridades locales – provinciales o municipales – para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza (conf. Fallos 344:575, “Grindetti” de 2021).

máxima expresión en los procesos estructurales⁴⁵, denominados técnicamente litigios de reforma estructural, en los que, según la feliz expresión de la Corte constitucional colombiana, se procura la remoción o el cambio de un estado de cosas inconstitucional, sobre todo en materia de derechos sociales y ambientales.

5.2.2.

Según los criterios actuales, el control constitucional no opera únicamente sobre normas. Se extiende a las omisiones materiales y formales⁴⁶. Las omisiones inconstitucionales, ha dicho la CSJN en “P, S. M”⁴⁷, debilitan la fuerza normativa de la Constitución.

De consiguiente, la indiscutible tendencia del derecho judicial nos hace inferir que, a diferencia de las reglas clásicas, el control de constitucionalidad, en la actualidad, opera tanto sobre normas y omisiones.

5.2.3.

El presupuesto clásico que habilita el control constitucional exige, invariablemente, la presencia de un *gravamen constitucional actual*.

Sin embargo, en los últimos lustros, el alto Tribunal igualmente se ha pronunciado aun cuando la controversia *sobrevino abstracta*. La realización de control constitucional sin que se constate la existencia de agravio actual está sujeta a dos condiciones: un indudable *interés institucional y la posibilidad de repetición*. La decisión adoptada en el caso “GCBA c/ Estado Nacional”⁴⁸ -en el cual se dictó sentencia estimatoria de la pretensión declarativa de

45 Fallos 328:1146; 329:2316.

46 Fallos 337:1564 (“Villarreal”, de 2014); 344:3011 (“Etcheverry”, de 2021).

47 Fallos 342:2389 (2019).

48 Fallos 344:809 (2021).

inconstitucionalidad con posterioridad a que expirara el plazo de vigencia del DNU que limitaba la presencialidad en las escuelas durante la pandemia- ratifica la doctrina asumida en “Bussi”⁴⁹ y aplicada a tiempo después en “Patti”⁵⁰.

5.2.4.

Los criterios actuales el control constitucional revelan que éste no solo es reparador o correctivo. En algunos supuestos adquiere modalidad preventiva. Naturalmente, el carácter preventivo del control concierne a actos o hechos; no opera en cambio con relación a normas.

5.2.5.

Según las reglas clásicas, el control constitucional se realiza sobre normas jurídicas que se presumen constitucionales.

Sin embargo, durante los últimos cuatro lustros se puede comprobar una consolidada tendencia jurisprudencial que modula las reglas del escrutinio constitucional según se considere que la norma objeto de control goza de presunción de constitucionalidad o en cambio sea portadora de presunción de inconstitucionalidad (por incurrir en un trato discriminatoria por motivos de nacionalidad, raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento etc.). Los precedentes “Hooft” (2004), “Gottschau” (2006); “Mantecón Valdés” (2008), “Reyes Aguilera” (2009), “Pérez Ortega” (2013), “Zartarian” (2014), “Castillo” (2017), “Salas” (2015), “Vázquez” (2020), entre otros, determinan que frente a normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad -por estar basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” -, el control constitucional está sometido a un “exigente criterio de ponderación” (“Pérez Ortega”), esto es, a un “escrutinio riguroso” (“Zartarian”). En tales supuestos, sostiene la doc-

49 Fallos 330:3160 (2007).

50 Fallos 331:549 (2008).

trina jurisprudencial, se invierte la carga de la prueba y el control resulta más estricto, riguroso, puesto que en estos casos está en juego la dignidad esencial de la persona humana.

La CSJN subraya que el fundamento que sustenta a la doctrina de las categorías sospechosas reside en la necesidad de revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico por razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras⁵¹.

Según lo establece la doctrina jurisprudencial labrada por la Corte federal, en los supuestos de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad se *invierte la carga de la prueba*. En ese entendimiento, a los fines de destruir la susodicha presunción, atañe a *la parte demandada* la carga procesal de justificar: (i) que la norma -sometida a control- pretende satisfacer *finés trascendentes, sustanciales -no meramente convenientes-* en tanto hacen al ejercicio de *funciones básicas del Estado*; (ii) que el medio utilizado efectivamente promueve esos fines trascendentes o sustanciales; (iii) a la vez, se debe acreditar que el *medio* empleado resulta *absolutamente necesario* para alcanzar el propósito enunciado, en el entendimiento de que no existan otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

5.6.

Tanto las reglas clásicas de control constitucional como las actuales establecen como recaudo esencial previo el respeto a la garantía de defensa (artículos 18 y 75 inciso 22 -conf. art. 8º CADH-, de la CN). Al respecto Daniel Soria subraya, con razón, que es necesario garantizar la audiencia a las partes, en resguardo del debido proceso y la bilateralidad en el debate de la cuestión constitucional (art. 18, CN)⁵².

51 Conf. Fallos 340:1795 ("Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta", considerando 19, voto de la mayoría, de 12.12.2017).

52 Soria, Daniel, "Descalificación de normas legislativas dispuesta por la Corte Suprema en vía no judicial", diario La Ley, 13 diciembre de 2022,

5.2.7.

A diferencia de lo que ocurre con las reglas clásicas, la orientación jurisprudencial actual permite inferir que el control de constitucionalidad se realiza tanto *a pedido de parte como de oficio*, cuidando respetar el principio de congruencia en relación con los hechos y planteos al trabarse la litis. Como sabemos, a partir de "Mill de Pereyra"⁵³ la CSJN abandona la doctrina de "Ganadera Los Lagos"⁵⁴ y, fundada en el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la CN), abre un sendero que se completa con fallos ratificatorios de esa tendencia, v.gr., "Banco Comercial de Finanzas"⁵⁵, "Lapadú"⁵⁶, "Rodríguez Pereyra"⁵⁷, "Mansilla"⁵⁸

pp.1/2.

53 Fallos 324:3219 (2001).

54 Fallos 142:190 (1941).

55 Fallos: 327:3117 (2004).

56 Fallos: 327:5723 (2004). La sentencia puntualiza que "si bien es cierto que los jueces tienen la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (...) también lo es que este Tribunal ha destacado enfáticamente que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y, en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad" (considerando 2º, énfasis agregado).

57 Fallos 335:2333

58 Fallos 337:179. En este pronunciamiento el alto Tribunal subraya que, con arreglo a la garantía de defensa, el control constitucional de oficio no puede transgredir el principio de congruencia o correspondencia. En este marco se descalificó la sentencia de la instancia anterior -que había declarado de oficio la inconstitucionalidad de una norma legal que imponía tope a la remuneración por despido establecido en el art. 245 LCT- por cuanto en "el pronunciamiento impugnado (...) la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado". Evocando el considerando 13 de "Rodríguez Pereyra" (voto de la mayoría) se sostuvo que "el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control".

y, en fecha más reciente, “B., J. M.”⁵⁹.

5.2.8.

Por cierto, con miras a dotar de adecuada protección a los derechos humanos, la CSJN asume expresamente que los jueces tienen la atribución de realizar el control difuso de convencionalidad entre las normas jurídicas internas, que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe recordar que, en su raíz, el control de convencionalidad es una técnica que está llamada a aplicar el derecho internacional. En el derecho internacional de los derechos humanos el control judicial de convencionalidad procura que las disposiciones de la CADH no vean mermadas su eficacia por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin⁶⁰.

La doctrina labrada por la Corte federal en “Mazzeo” (2007) sigue los lineamientos de la célebre sentencia de la CorteIDH dictada en “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006). Cabe recordar que el párrafo 124 de este pronunciamiento señala que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, enfatiza el tribunal interamericano, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Años más tarde, la CSJN da un paso más.

59 Fallos 343:345. El juez Rosatti, en su voto, puntualizó que el núcleo neurálgico de la doctrina que se desprende de “Rodríguez Pereyra” sobre control de constitucionalidad se reside en que es “i) un deber ineludible de los tribunales de justicia que debe realizarse en el marco de una causa concreta; ii) debe efectuarse aun de oficio sin que sea exigible una expresa petición de parte interesada; y iii) que solo resulta procedente en la medida en que quede palmariamente demostrado en el pleito que el gravamen invocado puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera”.

60 Fallos 330:3248, “Mazzeo”, 2007.

Con sustento en la jurisprudencia interamericana sostiene que todos los jueces están habilitados para realizar de oficio el control de convencionalidad⁶¹. Con arreglo a esta jurisprudencia es dable inferir que mediante el control judicial de convencionalidad se examina *la compatibilidad de las normas y prácticas internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Sin embargo, el control de convencionalidad no solo opera en relación con la CADH. Se extiende a la jurisprudencia de la CorteIDH y a los demás tratados de protección de derechos humanos en los que el Estado es parte⁶².

La CorteIDH señala que la CADH no impone ningún modelo específico para realizar un control de convencionalidad⁶³.

En la etapa germinal del instituto el tribunal interamericano sostenía que el control de convencionalidad es una atribución que debe ser ejercida solo por los jueces, aun de oficio. Más tarde, como se verá, la CorteIDH consideró y considera en la actualidad que esa función la debe desarrollar toda autoridad pública.

La consolidada doctrina de la CorteIDH señala que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer “*ex officio*” un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁶⁴.

El control judicial de convencionalidad se realiza mediante dos técnicas básicas: por vía de una *interpretación conforme* a la CADH o, cuando esta posibilidad queda descartada, corresponde actuar a través de la *supresión y consecuente inaplicación* de normas que se

61 Fallos 335:2333, “Rodríguez Pereyra”, 2012

62 CorteIDH, Caso “Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala” sentencia de 20.11.12

63 CorteIDH, Caso “Liakat Ali Alibux Vs. Suriname” de 30.1. 2014.

64 CorteIDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso” de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; Caso “Radilla Pacheco Vs. México” de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México” de 26 de noviembre de 2010, entre otros.

oponen a la CADH.

Por cierto, existen diferencias entre el control constitucional y el de convencionalidad.

Mientras el control de constitucionalidad, como hemos visto, se presenta como un *examen de compatibilidad*, de conformidad, entre normas y actos estatales infra constitucionales y la Constitución, con miras a garantizar la supremacía de la Constitución, su prelación jerárquica, el control de convencionalidad, como bien puntualiza P. Gutiérrez Colantuono⁶⁵, detecta la inconsistencia de la normativa interna con el “corpus iuris” interamericano de los derechos humanos.

A diferencia del control constitucional, el control de convencionalidad consiste examinar y descalificar las normas internas que se opongan a la CADH y al resto de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Este dispositivo de protección está llamado a salvaguardar la supremacía de las normas convencionales frente a normas locales de menor rango⁶⁶.

Por cierto, a partir de “Gelman” (2011) el control de convencionalidad amplía su horizonte de proyección.

En ese pronunciamiento el tribunal interamericano sostiene que el control de convencionalidad es función y tarea de toda autoridad pública y no solo de los jueces (párrafo 239). Ya antes, en el párrafo 193, el tribunal interamericano había subrayado que el susodicho control corresponde a todos los órganos del Estado, incluido los jueces.

En sentencias posteriores la CorteIDH refuerza este criterio.

Así en “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, de 28 de agosto de 2014, párr. 497, sostiene que “*todas las autoridades y órganos de un Estado*

⁶⁵ Gutiérrez Colantuono, Pablo, Control de convencionalidad en la Administración Pública, Astrea, Buenos Aires, 2022, p. 144 y ss.

⁶⁶ Fallos 335:2333, considerandos 11 y 12, in fine.

Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad””.

En Gelman, de 2013, CorteIDH sostuvo que “todas las autoridades estatales”, están en la “obligación” de ejercer “ex officio” un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea se deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (“Gelman”, 2013, párr. 66).

La tendencia jurisprudencial del tribunal interamericano - en cuanto afirma que el control de convencionalidad es una obligación que compromete a toda autoridad pública del Estado parte y no solo del poder judicial- se ha profundizado a lo largo de la última década (conf. “García Ibarra” -2015-, “Petro Urrego” -2020-, “Urrutia Laubreaux” -2020-, OC/28-21, entre otros).

Cabe subrayar que, a diferencia de “Mazzeo” y “Rodríguez Pezra” -en los que la CSJN hace suya la doctrina de “Almonacid Arellano” y “Caso Trabajadores Cesados del Congreso” con relación a la obligación de los jueces de ejercer de oficio el control de convencionalidad- hasta el presente la Corte federal argentina no ha receptado doctrina de la CorteIDH consagrada a partir de “Gelman” mediante la cual se habilita el control de convencionalidad a todas las autoridades y órganos del Estado y no solo al poder judicial. Sin embargo, la PTN registra asesoramientos en los cuales se sugiere inaplicar normas legales que no guardan congruencia con los instrumentos de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional⁶⁷

5.2.9.

En cuanto a las consecuencias del control constitucional es dable señalar que la declaración de inconstitucionalidad im-

⁶⁷ Ver: PTN Dictámenes 309:253, de 28.6.2019.

porta el desconocimiento de los efectos la norma para el caso⁶⁸. Concretamente, la consecuencia del control de constitucionalidad se limita a la *inaplicación de la norma declarada inconstitucional dentro del caso*.

En tal sentido el alto Tribunal puntualiza que declaración de inconstitucionalidad importa “*el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema*”⁶⁹

Sin embargo, el reconocimiento de nuevos derechos y de lo que se ha denominado legitimaciones atípicas, o extraordinarias permite verificar que los efectos de la sentencia estimatoria de pretensiones relativas a los derechos de incidencia colectiva -acciones colectivas- se expanden “*extra partes*”.

5.10. Una mención especial merece la sentencia, relativamente reciente, que dispuso la reviviscencia de una ley⁷⁰.

Esta aislada y, a la vez, discutible consecuencia que el alto Tribunal federal le asignó al control constitucional - por el cual, le devolvió la vida a una ley derogada por el Congreso-, tropieza de manera insoslayable con dos principios basilares del Estado constitucional vigente en la república: la separación de poderes y el principio democrático. En efecto. El voto de la mayoría no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de una ley (en la especie, la N°26.080), y desconocer, para el caso, los efectos de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema (en este supuesto, el Poder Legislativo). El alto Tribunal ordenó, además, restituir la vigencia de una ley derogada por Congreso dieciséis años antes. En tal sentido, no resulta irrazonable sostener que, por conducto de este singular pronunciamiento, el alto Tribunal - extramuros de las potestades que corresponden a su propia función

68 Fallos 344:3458 (“Chukwudi, Anthoni”, 2021); 343:140 (“Bernardes”, 2020); 335:2333(2012), considerando 14, entre muchos otros.

69 Idem nota anterior.

70 Fallos 344:3636 (2021).

(judicial)- ejerció una competencia constitucional reservada al poder legislativo (conf. artículos 1º, 75 y 114, Constitución Nacional).

5.2.10.

Finalmente, es dable comprobar que, sin desconocer que resulta necesario preservar al Poder judicial de la sobre judicialización de los procesos de gobierno⁷¹, en los últimos lustros se produjo una saludable reducción del elenco de cuestiones políticas no justiciables⁷².

TERCERA PARTE

6. El problema capital del acto administrativo en el derecho administrativo del Estado constitucional contemporáneo

6.1.

Llegados a este punto nos preguntamos si las reglas actuales de control de constitucionalidad, materializadas en las sentencias dictadas por la CSJN con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, orientan, guían o, de alguna manera, impactan sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Por cierto, si limitáramos nuestro horizonte de proyección a las

71 Fallos 330:3109 (2005); 328:3573 (2005), entre otros.

72 V.gr. Fallos 321:3487 (“Nobleza Piccardo”; Fallos 345:1269 (“Juez, L. s/ amparo” de 2022, Fallos 338:284 (“Aparicio”, de 2015). En este pronunciamiento se examinó la validez del decreto que nombró conjuces de la CSJN. En su pronunciamiento el alto Tribunal entendió que correspondía declarar la nulidad de la designación de conjuces efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por cuanto el referido acuerdo, si bien tuvo voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, como exige el art. 99, inc. 4º, primer párrafo, de la Constitución Nacional).

diferencias estructurales y funcionales que existen entre el acto administrativo y el control de constitucionalidad, no cabe duda que se debería rechazar toda posible conexión entre ambos institutos. Con prescindencia de las vertientes que influyeron en la construcción de la teoría del acto administrativo, esta primera respuesta -refractaria a toda posible vinculación - sostendría que el acto administrativo y la sentencia que realiza el control de constitucionalidad son sendas paralelas, universos diferentes, que conciernen a funciones estatales distintas; y que, por tal razón, no se cruzan ni guardan relación alguna. El catálogo de contrastes enunciados al comienzo de este trabajo brinda fundamento suficiente para desestimar cualquier tipo de interacción entre el acto administrativo y el control de constitucionalidad.

6.2.

Sin embargo, desde otro miraje, la respuesta puede variar de manera sustancial.

En efecto: si aceptamos que la Constitución Nacional, convencionalizada en la reforma de 1994, es norma jurídica suprema, dotada de fuerza normativa⁷³; si asumimos que los derechos fundamentales que conforman el bloque de constitucionalidad no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad⁷⁴; si admitimos que el respeto y la protección de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana -valor supremo y rector del Estado constitucional y convencional de derecho contemporáneo⁷⁵- es un deber jurídico fundamental que concierne a todas las autoridades públicas, cualquiera sea la función que ellas desarrollen⁷⁶; si suscribimos que las decisiones recogidas en la Constitución (convencionalizada) deben tener reflejo en la Administración y el Derecho Administra-

73 Fallos 344:3011; 342:509, entre otros

74 Fallos 335:452; 327:3677, considerando 8°.

75 Fallos 340:1236; 330:1989; 333:405, entre otros.

76 Conf. art. 75 inciso 22, CN.

tivo⁷⁷; si reconocemos que las bases del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos son también las bases del derecho administrativo argentino "actual"; si, en definitiva, consideramos que el derecho administrativo en el Estado constitucional contemporáneo vive un proceso de transformación que lo vuelve derecho constitucional y convencional en continuo y concreto desarrollo, bien podemos concluir que las reglas actuales de control de constitucionalidad -consustanciales al Estado constitucional vigente en la república- son variables que orientan, pero, a la vez, vinculan y condicionan, de manera general, el derecho que rige a la función administrativa (derecho administrativo) y, de manera particular, al régimen legal-jurisprudencial del acto y el procedimiento administrativo.

Concretamente: así como la sentencia judicial, y el proceso que la antecede, influyó y se proyectó, con modulaciones, sobre el acto administrativo (v.gr., tal lo ocurrido con la denominada "cosa juzgada" administrativa; la fuerza ejecutoria del acto -ejecutoriedad-; la garantía del debido proceso legal), no cabe duda alguna que tanto la declaración de inconstitucionalidad como las reglas jurisprudenciales que gobiernan el control constitucional, están llamadas a orientar, guiar y condicionar, con mudable intensidad, la conformación de los requisitos esenciales del acto administrativo, la configuración de los vicios y sus diferentes grados de importancia, el régimen de nulidades y también los caracteres. Concretamente lo que estamos señalando es que algunas reglas actuales de control constitucional constituyen estándares jurídicos obligatorios de interpretación del Título III de Ley de facto 19.549 (LNPA).

Por cierto, aun cuando no es el objeto de este trabajo, tampoco se nos escapa que las causales que determinan la arbitrariedad de la sentencia (como ocurre, v.gr., con el apartamiento inequívoco de la solución normativa; la ausencia de derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comproba-

77 Conf. Maurer, H., "Derecho Administrativo", Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 59. El autor, comienza el capítulo sobre las bases históricas del derecho administrativo con una expresiva y sugerente frase: "La Administración y el Derecho administrativo se encuentran condicionados por la Constitución de su tiempo" (p. 59).

das en el expediente; los graves defectos o la absoluta carencia de fundamentación; la prescindencia injustificada de aplicar un precedente de la CSJN en materia federal sin brindar ninguna razón válida para sustentar tal proceder, entre otros) resulta una guía adecuada que contribuye y potencia la configuración de los vicios del acto administrativo. Cabe recordar que, en el ámbito judicial, la doctrina de la arbitrariedad está llamada a resguardar el derecho de defensa y el debido proceso.

6.3.

Sin embargo, la proyección dogmática y práctica de las reglas actuales de control de constitucionalidad tendientes a la protección de derechos y garantías fundamentales aún no se refleja en el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Esta constatación empírica agrava el problema capital que atraviesa el acto administrativo desde la reforma constitucional hasta nuestros días: cómo traducir las exigencias axiológicas que imponen los derechos y garantías fundamentales -reconocidos en el bloque de constitucionalidad- en reglas específicas del acto administrativo.

Explorar, examinar y reconfigurar el acto administrativo desde los criterios rectores que sustentan el control de constitucionalidad -y convencionalidad- es una tarea consustancial a la juridicidad que ingresa desde la Constitución convencionalizada.

La tarea de constitucionalización y convencionalización del régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo está demorada, aquietada, casi anclada, por la falta de respuestas idóneas a una cuestión previa y principalísima: la simultánea coexistencia -en el mismo ámbito nacional de aplicación- de matrices y modelos diferentes, incluso antagónicos, de derecho administrativo.

7. Los hontanares jurídicos que atraviesan el régimen jurídico del acto administrativo y su consecuencia: la crisis estructural de juridicidad

7.1. Las fuentes que abastecen el régimen jurídico del acto administrativo

Una observación atenta de las fuentes que gobiernan el régimen jurídico del acto administrativo en el ámbito nacional permite verificar que éste, en la actualidad, se sustenta en las previsiones legales orgánicamente estatuidas en el Título III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (“Ley” de facto N°19.549, de 1972⁷⁸); en la jurisprudencia labrada en torno a ellas durante las últimas cinco décadas⁷⁹; en las disposiciones legales particulares que, por fuera de la susodicha “Ley” de Procedimientos Administrativos, condicionan, en materias específicas, su legitimidad⁸⁰; en los principios generales del derecho⁸¹ que reconoce la Consti-

78 Este cuerpo normativo regula sistemáticamente las parcelas estructurales básicas del acto administrativo: requisitos de legitimidad (artículos 7° y 8°) y eficacia (art. 11); caracteres (artículo 12); nulidades (artículos 14 y 15); y modos formales de extinción (artículos 17, 18 y 21).

79 (i) Cabe subrayar que, en algunos casos, los precedentes judiciales colman lagunas legales tal como ocurre, v.gr., en “Almagro” (Fallos 321:169); o “Rincón de los Artistas” (Fallos: 326:3700), en relación con la traslación de las excepciones a la estabilidad del acto administrativo regular al irregular.

(ii) En otros pronunciamientos judiciales se realizan interpretaciones mutativas, ora por adición o sustracción (v.gr., “Duperial” -Fallos 301:953-; “Rodríguez Blanco de Serrao” -Fallos 304: 904, cons. 5°-; y en igual sentido, “Furlotti” -314:322, cons.10).

(iii) A la vez, algunas sentencias remiten a criterios hermenéuticos anteriores a la LNPA, que no resultan enteramente compatibles con las previsiones legales vigentes (v.gr. Fallos: 338:212, consid. 7°- “Kek”-; 327:5356, consid. 3° -“Pradera del Sol”-; 316:3157, consid. 8°- entre otros).

(iv) Algunos fallos alumbran el régimen legal del acto administrativo a través de la aplicación de principios constitucionales y convencionales relativos a la no discriminación (Fallos: 331:1715-“Mantecón Valdés”-; 329:2986 -“Gottschau”-, entre otros); al procedimiento previo (v.gr., Fallos 340:1193, “Mamani”; Fallos 326:3258 -“Comunidad Indígena Hoktek T’oi Pueblo Wichi”-) y al debido proceso legal (Fallos 335:1126 -“Losicer”-; Fallos 336:2184 -“Bonder Aron”-, entre otros).

(v) Cabe subrayar que la doctrina jurisprudencial labrada por la CSJN en torno al Título III, de la LNPA, amalgama sentencias dictadas tanto en períodos de quiebre institucional como durante el imperio del Estado de derecho. Sin embargo, no se nos escapa que, reiteradamente el Tribunal sustenta sus sentencias de derecho público en decisiones emitidas en épocas de interrupción del sistema democrático, por jueces nombrados por las autoridades de facto sin cumplir el procedimiento de designación previsto en la Constitución.

80 V.gr., artículos 6°, de la Ley 25.164 -Ley Marco para la Regulación del Empleo Público-; 17, de la Ley 25.188, de Ética Pública; artículos 14 y 15, de la Ley 24.241; art. 9, inciso p, Ley 27328 -PPP-, entre otros.

81 En los últimos lustros el alto Tribunal acudió al principio de confianza

tución; en las condiciones específicas de validez establecidas por algunas sentencias estimatorias de pretensiones declarativas de inconstitucionalidad dictadas por la CSJN⁸²; en la jurisprudencia de la CorteIDH, como intérprete último de la CADH⁸³; en la doctrina administrativa labrada por la Procuración del Tesoro de la Nación, de observancia obligatoria para los servicios jurídicos que

legítima para amparar situaciones jurídicas activas por existir, en el caso, “legítimas expectativas” merecedoras de protección (Fallos 333:311 -“Ramos”- y 327:5356 -“Kek”, 2015-). También Gustavo Zagrebelsky postula que la noción genérica de “norma” comprende a las reglas y a los principios. Puntualiza que es importante diferenciar unos de otros. Señala que las normas legislativas son prevalentemente reglas; las constitucionales, en cambio, son prevalentemente principios. Sin embargo, inmediatamente afirma que las Constituciones, además de principios, también contienen reglas. Enfatiza que el “derecho por reglas” del Estado de derecho decimonónico es bien distinto del “derecho por principios” del Estado constitucional contemporáneo (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, sexta edición, ed. Trotta, Madrid, 2005, pp. 109 y siguientes).

En la misma línea, P. Comanducci sostiene que principios y reglas de conducta son clases diferentes de normas (Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Rev. Doxa* N° 21, pp.89 y ss.).

Desde otra atalaya R. Vigo sostiene, en cambio, que el género reglas jurídicas está compuesto por los principios -fuertes y débiles- y las normas (ver: Vigo, Rodolfo L., *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, 1° ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p.134).

82 Tal lo sucedido en “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - Ley 26.080 - Dto. 816/99 y otros s/ Proceso de conocimiento” (Fallos 344:3636, de 16 de diciembre de 2021). En este pronunciamiento el alto Tribunal dispuso que el Congreso debía dictar una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación en un plazo de 120 días. Transcurrido ese plazo días sin que se haya cumplido con la integración establecida en la sentencia “los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos”. De este modo, por vía jurisprudencial se consagró una causal particular de nulidad.

83 La CSJN ha sostenido que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (Fallos 330:3248 -“Mazzeo”, cons. 20-; Fallos: 335:2333 (“Rodríguez Pereyra”, cons. 11).

integran el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado⁸⁴; en las elaboraciones de la doctrina científica cuyas posiciones adquieren carácter pre-jurisprudencial.

7.2.

Una observación atenta de los hontanares que sustentan el acto administrativo permite comprobar que este es el producto de la coexistencia de modelos de derecho administrativo que responden a opciones valorativas diferentes.

Así, en relación con un mismo objeto de estudio –el acto administrativo- cohabitan, con variable intensidad, tres modelos básicos de derecho administrativo que, a la vez, entroncan y guardan relación con matrices constitucionales distintas, incluso antagónicas.

Así, por un lado, el acto administrativo está sometido al esquema de ordenación elaborado normativa, jurisprudencial y doctrinalmente bajo la impronta imperante en los períodos de quiebre institucional (en relación con el régimen legal jurisprudencial del acto administrativo, este es el modelo predominante). A la vez, algunas partes del susodicho esquema de ordenación se encuentran sujetas al régimen administrativo labrado en y desde las perspectivas del Estado formal y democrático de derecho. Finalmente, aunque en menor medida, algunos segmentos de las parcelas que vertebran el acto administrativo están regidas por principios del derecho administrativo que resultan consustanciales al Estado constitucional y convencional vigente en la república desde la reforma constitucional de 1994.

Por cierto, no se nos escapa que la situación descrita -coexistencia de modelos de derecho administrativo en donde prevalece el esquema de ordenación establecido extramuros de los principios

84 Tal es lo que sucede con la pluralidad de criterios o modos que utiliza el Órgano Asesor para evaluar si el interesado tuvo conocimiento del vicio que afecta al acto administrativo estable -artículos 17, segunda parte y 18, párrafo segundo, LNPA. En el mismo sentido el organismo asesor abastece de variados criterios a la hora de discernir las condiciones de suspensión de los efectos de actos administrativos estables, v.gr., Dictámenes 259:011, 307:167, entre otros)

del Estado constitucional - acarrea una incontestable *crisis estructural de juridicidad*. Ello es así por cuanto, bajo el imperio de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994, el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo se mantiene gobernado, de manera predominante, por fuentes normativas y doctrina jurisprudencial y administrativa labradas por fuera de las dimensiones formal y sustancial del sistema democrático.

Adviértase que nos referimos a la simultaneidad o coexistencia de hontanares que responden a opciones valorativas diferentes; no hablamos de sucesión o evolución de modelos de derecho administrativo sino de coetánea convivencia o cohabitación de modelos que se sustentan en matrices que responden opciones valorativas distintas.

8. Las matrices y modelos de derecho administrativo argentino de los últimos cincuenta años. Breve noticia.

(i) *El derecho administrativo edificado extramuros de las dimensiones formal y sustancial del sistema democrático*

La ley de procedimientos administrativos -Decreto Ley N°19549/72- y una parte relevante de la doctrina jurisprudencial que gobierna el régimen jurídico del acto administrativo fue elaborada en tiempos de quiebre institucional (basta solo recordar fallos emblemáticos como “Rodríguez Blanco de Serrao”⁸⁵, “Duperial”⁸⁶, “Universidad Bartolomé Mitre”⁸⁷, entre otros). En este período no existía supremacía de la Constitución; tampoco separación de poderes. La ley, a la que se debe someter la Administración, no era el producto de la voluntad de los gobernados. No había periodicidad en el ejercicio de los cargos públicos. Los jueces -que eran tales a condición de que convalidaran el acto de fuerza que interrumpió el sistema democrático- accedían a la magistratura sin cumplir el procedimiento previo que consagra

85 Fallos 304: 904.

86 Fallos 301:953.

87 Fallos 273:134.

la Constitución. En esta etapa no se protegieron, ni respetaron los derechos humanos, como quedó demostrado en numerosos pronunciamientos del nuestro alto Tribunal.

En puridad, durante el período de quiebre o interrupción institucional no cabe considerar que hubiese existido, técnicamente, derecho administrativo. Sin Estado de derecho, no existe -ni puede existir- derecho administrativo.

En prieta síntesis podemos verificar que el rasgo característico de este modelo de derecho administrativo reposa en la hipertrofia de la potestad, justificada en el siempre rendidor argumento de la necesidad de satisfacer los intereses públicos.

En relación con el acto administrativo la hipertrofia de la potestad administrativa se manifiesta en la escasa precisión legal en cuanto a la configuración de los requisitos esenciales del acto; la falta de criterio sistemático para establecer con mayor exactitud los vicios (entendidos como el efecto de la transgresión -manifiesta o no- de los requisitos de legitimidad que condicionan la emisión del acto); la ausencia de estándares objetivos claros que permitan determinar puntualmente y con mayor rigor la magnitud o grado de antijuridicidad (esta situación impacta directamente en la calificación de acto regular o irregular); el también amplísimo margen de apreciación conferido a la autoridad administrativa para discernir si existe o no conocimiento del vicio, tornando de este modo incierto y difuso el área de estabilidad del acto; la ausencia de especificidad en cuanto a la regulación de la fuerza ejecutoria del acto administrativo; la ausencia de un régimen jurídico diferenciado de vicios y nulidades que reflejen la distinta naturaleza de los derechos en juego (fundamentales y no fundamentales, disponibles y no disponibles; etc.); la carencia de un elenco de medidas provisionales urgentes que resulten compatibles con el bloque de legitimidad vigente después de la reforma constitucional (v.gr. no está previstas medidas urgentes de naturaleza positiva); la incompleta regulación de la suspensión de los efectos del acto administrativo; etc.

(ii) *El derecho administrativo en el Estado formal y democrático de derecho y sus debilidades*

El segundo modelo se manifiesta a través del derecho administrativo edificado bajo la matriz del Estado formal y democrático de derecho.

Este modelo de derecho administrativo se preocupa, de manera primordial, por el “*quién*” y el “*cómo*”, esto es, la competencia y las formas⁸⁸. Es un modelo básicamente formal. Se afina en la idea de equilibrio entre las prerrogativas (sustanciales y procesales); y las garantías (sustanciales y adjetivas). Sin embargo, este modelo, con evidente dogmatismo, no expresa qué se entiende por equilibrio ni cuáles las bases que lo sustentan. Bajo la impronta de este modelo, el interés general -o interés público-, en tanto finalidad inmediata de la función administrativa, reposa en una idea básicamente formal preocupada, de manera particular, en el respeto por las formas.

El derecho administrativo en el Estado formal y democrático de derecho presenta tres importantes debilidades.

En primer lugar, advertimos que, bajo este modelo, algunas parcelas del derecho administrativo -entre ellas la que atañe al acto administrativo- se presentan como una prórroga congenial de las construcciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales cimentadas en períodos de quiebre o discontinuidad institucional, extramuros de los principios basilares del Estado de derecho.

88 En el esquema de ordenación del acto administrativo en el ámbito nacional (Título III de la LNPA), la locución forma es polisémica. Exhibe una pluralidad de significados. Desde un miraje restrictivo, la forma está asociada a los recaudos que el del acto administrativo debe cumplir en el momento de su exteriorización. Desde esta perspectiva la forma se vincula con el medio a través del cual se expresa la declaración. Desde esta variable la locución forma alude al modo de declaración de una voluntad ya formada, al cauce de exteriorización del acto. Una perspectiva amplia entiende, en cambio, que la forma no se agota en los recaudos relativos al modo de expresión de la declaración; comprende, además, al conjunto de formalidades y trámites que preceden al acto, esto es, el proceso de formación o elaboración -procedimiento de formación-, su fundamentación y publicidad. Así entendida la forma incluye los requisitos relativos al modo de expresión de la declaración como también a los recaudos precedentes de elaboración y formación -procedimiento administrativo-, la explicitación de sus fundamentos -motivación-, a lo cual se le agrega los aspectos tendentes a la publicidad -notificación-. En el texto utilizamos la locución forma en sentido amplio, comprensivo del procedimiento y la motivación.

En esta etapa el esquema de ordenación del acto administrativo labrado bajo la impronta autoritaria de los regímenes de facto reingresa en el derecho administrativo del Estado de derecho, adquiriendo, de manera solapada, purificación jurídica a través de sentencias y dictámenes de los órganos de asesoramiento jurídicos, validados luego por posiciones laudatorias.

En segundo lugar, en este modelo es dable observar que algunos esquemas legales, reglamentarios y jurisprudenciales de ordenación administrativa sustentados en la matriz del Estado formal de derecho están atravesados o cooptados por intereses sectoriales.⁸⁹

La tercera fragilidad que padece el derecho administrativo que responde a los principios basilares del Estado formal y democrático de derecho reside en la neutralidad de sus construcciones frente a la *naturaleza de los derechos* que pone en juego en cada relación “jus” administrativa. Este modelo de derecho administrativo no distingue adecuadamente entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales; tampoco discierne los derechos disponibles de los indisponibles. Tal neutralidad va acompañada por un pronunciado sesgo de *indiferencia* hacia las necesidades que los derechos fundamentales e indisponibles están llamados a satisfacer en cada caso.

A las flaquezas y vacilaciones que presenta esta matriz, el dere-

89 Una evidente manifestación de esta situación la exhibe el art. 9, inciso p, de la Ley N°27.328, reguladora de los contratos de Participación Público Privada mediante el cual, se suprimió el ejercicio de la potestad suspensiva y anulatoria de la Administración y se dispuso la inaplicación directa, supletoria y analógica de los regímenes de responsabilidad establecidos en la Ley N°26944 y el Decreto delegado N°1023/01. En esta misma línea se inscriben las posiciones que, extramuros del art. 1º, segunda parte, de la CADH y de la OC/22, propician la íntegra traslación del esquema de protección de los derechos humanos -consagrado por el “*corpus iuris*” interamericano de derechos humanos- a las personas jurídicas; o aquellos otros criterios doctrinales que, a contramano de la voluntad general, propician la aplicación directa del Código Civil y Comercial a la responsabilidad patrimonial del Estado, con la consecuente prescindencia del esquema sistemático de ordenación específicamente establecido por el Congreso (artículos 1764 a 1766 del CCC y Ley N°26.944, de responsabilidad del Estado).

cho administrativo del Estado constitucional social y democrático de derecho propone respuestas plausibles, sustentadas en la fuerza normativa de la Constitución vigente.

(iii) El derecho administrativo en el Estado constitucional y convencional de derecho

El tercer modelo de derecho administrativo responde a los valores, principios y reglas que sustentan el Estado constitucional vigente en la república desde la reforma constitucional realizada hace casi treinta años.

Este modelo está directamente adscrito a la Constitución convencionalizada en 1994. Ofrece respuestas plausibles, que permiten superar las fragilidades que exhibe derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho. A la vez suelta las amarras que atan una parte del derecho administrativo a la impronta autoritaria edificada a la sombra del poder desplegado durante períodos de discontinuidad institucional.

En el Estado constitucional y convencional social de derecho, el derecho administrativo adviene como un esquema sistemático de ordenación que armoniza las potestades y garantías con los derechos fundamentales de la persona humana según el esquema de ordenación consagrado en la Constitución Nacional, convencionalizada en 1994.

Este modelo asume, sin ambigüedades, que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos son las bases formales y materiales que sustentan el derecho administrativo argentino actual.

Con arreglo a esta impronta, el *derecho administrativo* adquiere la condición de *derecho constitucional y convencional en concreta y continua transformación y realización*.

De manera bien distinta al modelo autoritario labrado extramuros del Estado de derecho, el derecho administrativo en el Estado constitucional y convencional social de derecho es consecuente con la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

En este marco, como lo ha subrayado la Corte federal, los de-

rechos fundamentales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

En el Estado constitucional social de derecho el principio de legitimidad –al que está subordinada y sometida la función administrativa– se abastece de una multiplicidad de hontanares: la Constitución Nacional; los principios pre estatales que ella reconoce y despliega; los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN); los tratados; las leyes; los reglamentos, sin olvidar, claro está, la imprescindible guía que brindan las interpretaciones de la CADH por parte de la CorteIDH.

En el Estado constitucional contemporáneo –también denominado Estado de los derechos fundamentales– los fines de interés general que la Administración está llamada a servir con objetividad y calidad se anudan con el principio jurídico fundamental de dignidad humana.

En este sentido todas las autoridades públicas, cualquiera sea el tipo de función que desarrollen, están llamadas a asegurar las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Ello significa que todas ellas, en el marco de sus respectivas funciones, tienen el *compromiso jurídico* fundamental de respetar y garantizar los derechos fundamentales inherentes a la *dignidad esencial de la persona humana*.

En este marco no tenemos dudas en sostener que la dignidad de la persona humana, los derechos humanos y el principio pro persona componen la tríada basal material que gobierna el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

La *tríada basal material* del Estado constitucional contemporáneo –junto a uno de sus corolarios, el *principio de interdicción de la insensibilidad* frente a toda intervención u omisión indebida que lesione los derechos fundamentales de la persona humana –inaugura vínculos “jurídicos” obligatorios– que conforman y refuerzan la juridicidad a la que está sometida la Administración. El principio de interdicción de la insensibilidad anuda a las necesidades vitales de los sectores más desprotegidos de la comunidad con el deber de elaborar y concretizar formal y materialmente medidas

de acción positiva que aseguren, con inmediatez, el pleno goce y ejercicio de los derechos sociales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto cabe recordar que la CorteIDH considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca una concepción negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva, relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados⁹⁰.

La vocación de efectividad de los vínculos jurídicos fundamentales -incardinados en el esquema sistemático de ordenación de los derechos humanos establecido en el art. 75, inciso 22 y 23, de la Constitución Nacional hace nacer nuevos puntos de articulación, conciliación y armonía entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares.

Ciertamente, estos nacientes puntos de equilibrio y armonización -sustentados, insisto, en la susodicha tríada basal material- también son puntos de ruptura con el derecho administrativo labrado extramuros de los principios basilares del Estado de derecho.

La aludida tríada basal material que emerge del art. 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional, al tiempo que renueva la savia que recorre a la función administrativa -me refiero al interés general- inmuniza el derecho administrativo frente a los embates del derecho administrativo abiertamente adscrito al ideario autoritario y a los intereses sectoriales afectantes del bien común.

En definitiva: con sustento en la matriz del Estado constitucional social y democrático de derecho, el derecho administrativo anuda un vigoroso compromiso con la supremacía de la *Constitución convencionalizada y su fuerza normativa*; con el principio pre estatal de *dignidad esencial de la persona humana*; con los *derechos fundamentales* que le son inherentes; con las diferentes dimensiones del principio "*pro persona*", como criterio basilar de interpretación de los hechos y del derecho; con la vocación de *efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos por el bloque de

constitucionalidad; con el "*corpus iuris*" interamericano de los derechos humanos; con los principios generales del derecho; con el *principio democrático* (art. 36 de la CN), tanto en su dimensión formal como sustancial; con los principios que gobiernan el estatuto del poder, la separación de poderes y el control recíproco, como garantía de libertad; con las reglas actuales de control judicial de constitucionalidad y convencionalidad; con el control administrativo de convencionalidad, según el criterio establecido por la Corte IDH⁹¹; con el desarrollo de herramientas técnicas -como el acto administrativo- que faciliten la concreta la armonización de las potestades públicas con los derechos fundamentales; con su corolario, el principio formal-material de justa administración.

(iv) En definitiva: la necesidad de superar la crisis estructural de juridicidad -que, en relación con el acto administrativo, acarrea la prevalencia de hontanares jurídicos que no guardan congruencia formal y material con los principios, valores y reglas del Estado constitucional vigente en la república a partir de la reforma constitucional de 1994-, requiere seleccionar la o las técnicas adecuadas que permitan traducir las exigencias axiológicas que imponen los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad, en reglas del acto y el procedimiento administrativo.

CUARTA PARTE

9. Las reglas actuales de control de constitucionalidad y su proyección sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo

Como señalamos, algunas reglas o criterios rectores de control constitucional orientan y guían la interpretación del régimen jurídico del acto administrativo. Otras, en cambio, lo condicionan.

(i) Del catálogo de reglas actuales que gobiernan el control de constitucionalidad, advertimos que, el primer impacto, lo produce la declaración de inconstitucionalidad y su consecuencia direc-

90 CorteIDH, "Caso Furlan y Familiares vs. Argentina", párr. 267, de 31.8.2012.

91 "Gelman" -2011 y 2013-, "García Ibarra" -2015-, "Petro Urrego" -2020-, "Urrutia Laubreaux" -2020-, OC/28-21, entre otros.

ta, el desconocimiento de los efectos de la norma para el caso⁹². De consiguiente, como resultado que encuentra su causa idónea en el susodicho desconocimiento, la norma declarada inconstitucional deviene inaplicable como antecedente de derecho (“causa”, art. 7 inciso b y 14 inciso b, LNPA) entre las partes del proceso.

Por cierto, esta situación no está exenta de perplejidades.

En tal sentido cabe que nos preguntemos si el desconocimiento de los efectos de una norma declarada inconstitucional por la CSJN en el marco de un proceso en el que se debaten derechos individuales y propios- esto es, derechos divisibles y no homogéneos- se extiende -o no- a situaciones que, por fuera del caso, resultan sustancialmente semejantes (por exhibir plataforma jurídica y fáctica similares). La jurisprudencia y la doctrina administrativa y autoral exhiben posiciones que distan de ser pacíficas. Esta será la primera cuestión que habremos de tratar.

(ii) La segunda regla actual de control constitucional que, a nuestro juicio, se proyecta directamente sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo es aquella que distingue entre normas con presunción de constitucionalidad, por un lado, y normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad, por otro. Al respecto, algún precedente del alto Tribunal alude a presunción de invalidez⁹³ (aunque por nuestra parte consideramos apropiado hablar de presunción de ilegitimidad o antijuridicidad, entendida como la suposición “ab initio”, de que la norma no guarda concordancia con el bloque de legitimidad o juridicidad que condiciona emisión del acto). Ciertamente, dentro del sintagma presunción de ilegitimidad quedan comprendidas tanto la presunción de inconstitucionalidad y como la presunción de inconventionalidad.

La irrupción de la jurisprudencia que distingue entre normas con presunción de constitucionalidad (presunción de validez o legitimidad) y normas con presunción de inconstitucionalidad (presunción de invalidez o ilegitimidad), se proyecta primordial-

92 Fallos 335:2333 (considerando 14º, 2012)

93 Fallos 340:1795 (“Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta”, considerando 19, voto de la mayoría, de 12.12.2017).

mente sobre la “causa”⁹⁴ del acto administrativo, entendida como antecedente de derecho, lo cual habrá de reflejarse en el “objeto”. A la vez, esa distinción, acarrea consecuencias en torno al alcance de la competencia y el procedimiento previo de elaboración. La susodicha distinción también se proyecta sobre los vicios, el régimen de las nulidades y los caracteres del acto administrativo.

(iii) La tercera regla que repercute sobre el esquema de ordenación del acto administrativo atañe a la facultad de los tribunales judiciales de realizar de oficio el control de constitucionalidad (y de convencionalidad). La proyección de este criterio opera sobre las características y consecuencias de los actos irregulares. (recuérdese que según la doctrina de “Ganadera Los Lagos” el art. 1047 CC era inaplicable al derecho administrativo y, por tanto, el acto administrativo nulo -en puridad, irregular- no era susceptible de ser revisado y declarado nulo de oficio por el juez).

Veremos a continuación cómo algunas reglas actuales de control constitucional se proyectan sobre algunas de las parcelas que vertebran el régimen jurídico del acto administrativo.

10. Inconstitucionalidad, presunción de inconstitucionalidad (e inconventionalidad) y acto administrativo: cuestiones a considerar.

10.1. El sometimiento de la Administración al bloque de legiti-

94 El prof. Juan C. Cassagne (El acto administrativo, 4ª edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2021, pp. 221/223) señala que, en el orden nacional, la causa consiste en las circunstancias o serie de antecedentes o razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto administrativo. Subraya a la vez que la teoría de la causa en su formulación objetiva nada tiene de común con las distintas teorías elaboradas en el derecho privado. En el derecho administrativo lo que interesa, a los efectos de mantener la juridicidad del acto es la razón objetiva que justifica su emisión, aunque en el fondo constituya también una respuesta al porqué de su dictado. Este autor destaca que los distintos sentidos atribuidos en el derecho privado a la palabra causa, carecen de aplicación en el derecho administrativo (Derecho administrativo, t. II, 2ª ed., p. 160).

midad es el punto axial del derecho administrativo en el Estado constitucional y convencional de derecho.

Ahora bien, el deber de sujeción de la Administración a las disposiciones normativas vigentes (leyes o reglamentos, esto es, reglas⁹⁵), coloca a la Administración frente a:

- previsiones normativas con presunción de constitucionalidad;
- previsiones normativas vigentes que, en relación con el caso, resultan carentes de presunción de constitucionalidad por cuanto fueron declaradas, in concreto, inconstitucionales por la Corte federal en un proceso individual;
- previsiones normativas vigentes, portadoras de presunción de constitucionalidad, a las que la Administración considera o juzga inconstitucionales (conf. PTN, Dictámenes 84:102, 309:253, entre otros);
- previsiones normativas vigentes portadoras de presunción de inconstitucionalidad (nos apresuramos a señalar que, además la inversión del “onus probandi”, estas normas podrán ser declaradas inconstitucionales -o inconvencionales-, aunque, si se acredita la concurrencia de los rigurosos requisitos jurisprudenciales, también podrían no serlo).

Naturalmente, la enumeración precedente no agota el elenco de los problemas a los que se enfrenta la Administración al momento de someterse al bloque de legitimidad.

95 Cabe recordar que las reglas y los principios son normas en tanto y en cuanto ambos establecen lo que debe ser. En tal sentido Alexy subraya que las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Son “mandatos definitivos”. Subraya que “las reglas son entonces normas que sólo pueden ser cumplidas o no”. En cambio, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, los principios son mandatos de optimización” (Alexy, Robert, La construcción de los derechos fundamentales, op.cit., p. 20; Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 86 y nota 23).

10.2.

En el primer supuesto (previsiones normativas con presunción de constitucionalidad) el principio de legitimidad o juridicidad le impone a la Administración someter toda la actividad administrativa a la totalidad del bloque de legitimidad dotado de presunción de constitucionalidad. Concretamente, la posición que debe asumir la Administración en este supuesto es la observancia total de la norma. Sin embargo, por vía de interpretación, la Administración debe adecuar la aplicación de esas normas a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y a los principios generales del derecho. En tal sentido el art. 2º del CCC, norma general para todas las ramas del derecho, establece que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos”.

10.3.

Las perplejidades se presentan, en cambio, en torno a los otros tres escenarios, a saber:

- norma declarada inconstitucional por la Corte federal en un proceso individual. Los efectos de ese pronunciamiento ¿se extienden a otras situaciones?
- norma vigente, dotada de presunción de constitucionalidad a la cual, la Administración juzga inconstitucional. ¿Puede la Administración inaplicar una norma legal por considerarla inconstitucional, como ha dicho la PTN en Dictámenes 84:109 o 309:253 de 2019?;
- previsión normativa vigente, portadora de presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, que aún no ha sido declarada ilegítima por la CSJN, ni por ningún otro tribunal.

Sobre estas cuestiones nos extenderemos seguidamente.

11. La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional

Introducción. Aclaración.

Cabe, de antemano formular una aclaración en torno al alcance que se le asigna al tema del epígrafe.

Para la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), la expresión ley inconstitucional es un sintagma polisémico.

Así, por un lado, el órgano asesor denomina inconstitucional a la norma que fue formalmente declarada inconstitucional por el Poder judicial dentro de una causa o caso contencioso.

Sin embargo, algunos asesoramientos del organismo también emplean esa misma expresión (ley inconstitucional) para referirse a la norma que la propia Administración considera o juzga contraria a la Constitucional (v.gr. Dictámenes 84:102), aun sin que exista declaración judicial al respecto.

De consiguiente, con arreglo a la particular apreciación de la PTN, en este apartado trataremos la posición de la Administración frente a una norma inconstitucional, ora porque así fue declarada en un proceso judicial, ora, porque la Administración así lo juzga o considera.

11.1. La doctrina de la PTN

La evolución de la doctrina administrativa de la Procuración del Tesoro sobre el la posición de la Administración con relación a la ley inconstitucional exhibe diferentes momentos.

(1) Con anterioridad a Dictámenes 84:102, la doctrina de la PTN predicaba la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley⁹⁶.

La Procuración del Tesoro sostenía entonces que, el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes (conforme artículos 1º, 31 y 86.2 CN). No puede derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad. Sin embargo, sostuvo que está facultado de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución por cuanto si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen un

⁹⁶ Dictámenes 72:137.

extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución son de superior jerarquía y su ámbito de validez es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. El organismo asesor enfatizaba que el acatamiento de la Constitución “es obligatorio para los súbditos y todos los órganos del Estado (arts. 1º, 30, 31, 86 inc. 10 y correlativos, CN)”⁹⁷.

En esa dirección la PTN señalaba que el Poder Ejecutivo, frente a una ley que considera inconstitucional, puede adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: ejercer el derecho de veto; plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial o proponer su derogación ante el Congreso de la Nación. Todo ello “sin perjuicio de la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley mientras se realizan esos procedimientos (arts. 1º y 31, CN).

(2) La doctrina precedente sufre decisivas alteraciones en el célebre asesoramiento producido en Dictámenes 84:102⁹⁸, de 1963.

⁹⁷ Dictámenes 72:137.

⁹⁸ En Dictámenes 84:102 la PTN propició la inaplicación de una previsión legal (art. 136 de la Ley de Contabilidad) que limitaba la facultad de la Administración de crear entidades autárquicas. Concretamente, en ese asesoramiento se planteaba la siguiente cuestión: si el Poder Ejecutivo estaba facultado para crear por decreto una entidad autárquica -en la especie Mercado de Hacienda que habría de pasar a ser empresa del Estado-. Según se desprende del dictamen, el proyecto de decreto sometido a consulta de la PTN se sustentaba en el art. 7º de la Ley N°13653. Esta norma, sin embargo, había quedado derogada por el entonces vigente art. 136, segunda parte, de la Ley de Contabilidad. Por ende, con arreglo a la norma legal vigente (art. 136 de la Ley de Contabilidad), el PE no estaba autorizado para crear empresas del Estado. A tal fin, solo una ley podría habilitar esa posibilidad. La Procuración del Tesoro entendió que se debe distinguir entre declaración de inconstitucionalidad y abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional. Sostuvo que, así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, si puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente, dijo el organismo asesor con firma del entonces Procurador Dr. Marienhoff, que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciere, transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional. En lo que hace al fondo de la cuestión el dictamen considera que la facultad de crear entidades autárquicas, en principio, compete al Poder Ejecutivo y sólo por excepción al Poder Legislativo. Por ende, según enfatiza el dictamen, el art. 136 de la Ley de contabilidad “es inconstitucional”

Allí, la Procuración del Tesoro, bajo la inspiración de M. Marienhoff -que era entonces su titular-, consideró que se debía distinguir a la “declaración de inconstitucionalidad” de la “abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional”. En tal sentido se concluía que, si bien el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad, porque ello compete al Judicial, aquél está habilitado para abstenerse de aplicar esa norma cuando la juzgue inconstitucional.

Con fundamento en el art. 31 de la CN, la PTN dijo: el *Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzga inconstitucional*⁹⁹.

En los ´80 con el restablecimiento democrático, la doctrina de 84:102 fue reiterada en Dictámenes 176:116 (1986). En este asesoramiento el organismo asesor entendió que no aparece falto de fundamento la objeción de inconstitucionalidad que se formula con relación a dos artículos de una disposición legal. En tal sentido, reiteró la doctrina reseñada: “[a]sí como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponder esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional”¹⁰⁰.

(aclaramos que no surge del dictamen que hubiera sentencia de la CSJN, ni de un tribunal anterior que declarase la inconstitucionalidad del art. 136 de la Ley de Contabilidad). Extramuros de lo establecido por el art. 136 de la entonces Ley de contabilidad, el dictamen concluye, que el Poder Ejecutivo tiene facultades para crear entidades autárquicas “a pesar de lo dispuesto por el art. 136 de la Ley de Contabilidad, cuyas disposiciones han de ceder frente a los textos y principios de la Constitución”.

99 Dictámenes 84:102. Textualmente el dictamen señala: “corresponde distinguir “declaración de inconstitucionalidad” y “abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional”. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponder esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional”.

100 En esa ocasión el dictamen sostuvo “con la excepcionalidad que, de cualquier modo, la prudencia jurídica aconseja” que la que la autoridad re-

Tiempo después, en 1988, la PTN vuelve sobre esta cuestión, pero desde otra situación fáctica: la existencia de fallos adversos a la constitucionalidad de la norma legal aplicable. Sostuvo que si a los reiterados y previsiblemente generalizables pronunciamientos judiciales declaratorios de la inconstitucionalidad de la ley N°19.797¹⁰¹ se sumara el acto político de proponer su derogación, no resultaría irrazonable la decisión de no aplicarla en sede administrativa respecto de todos los agentes de Lotería Nacional. De instrumentarse la decisión política del Poder Ejecutivo de proponer la derogación de la norma, dijo el Procurador, no resultaría arbitraria la decisión procesal de no interponer recursos pertinentes en la contra de las sentencias desfavorables al Estado en las que se debate la validez constitucional de la norma.

Esta tendencia favorable a la inaplicación administrativa de la norma inconstitucional se mantuvo con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

Así, en Dictámenes 239:285¹⁰², de 2001, la PTN reiteró la doctri-

quirente estaba en condiciones acoger la pretensión formulada por el particular consistente en que se lo exima de cumplir determinados requisitos legales atinentes a la nacionalidad de la tripulación de buques locados a firmas extranjeras (arts. 112 y 143 de la Ley 20.094), debiéndose remitir simultáneamente al H. Congreso un proyecto de ley que contemple con mayor amplitud las prescripciones restrictivas contenidas en la ley sobre la que versó el dictamen.

101 En lo que aquí interesa, la Ley N°19.767 establecía que las sumas percibidas por los agentes de Lotería originadas en las denominada “Caja de Empleados”, “Bonificación Complementaria” y “Bonificación Especial” no integran las retribuciones, sueldos o jornales básicos nominales devengados a tener en cuenta para la liquidación de la remuneración anual complementaria. Según se desprende del dictamen, las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, declararon la inconstitucionalidad de la mentada ley por transgredir garantías constitucionales.

102 En el caso la recurrente cuestionaba la validez constitucional del marco regulatorio del Agua (Decreto N°999/92) en tanto y en cuanto hace obligatoria la conexión al servicio y su consecuente pago conforme al régimen tarifario vigente. Cabe recordar que el Marco Regulatorio del Agua -art. 10- en tanto obliga a los propietarios, consorcios de propietarios, poseedores y tendedores de inmuebles están obligados a instalar a su cargo los servicios domiciliarios de agua y desagüe cloacal y a mantener en buen estado las

na de Dictámenes 84:102 al afirmar que “no corresponde al Poder Ejecutivo declarar la inconstitucionalidad de leyes nacionales, por corresponderle esto al Poder Judicial, pero si puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional”. Y enfatizó: “tal facultad sólo podrá ejercerla (el Poder Ejecutivo) con suma prudencia y en casos extremos, en que aparezca la violación constitucional de un modo indudable y manifiesto, en virtud del principio de división de poderes que hace a la esencia de nuestro régimen constitucional (v. Dictámenes 84:102 y 207:37)”.

En esa misma línea se inscribe la consulta efectuada en Dictámenes 242:626 de 2002. La Procuración del Tesoro sostuvo entonces que corresponde distinguir entre “declaración de inconstitucionalidad” y “abstención de aplicar una norma inconstitucional”. Puntualizó que, si bien el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Enfatizó que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera, transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

(3) Un decisivo cambio de rumbo se observa en Dictámenes 262:186, de 2007. En este dictamen la PTN vuelve a la doctrina anterior a Dictámenes 84:102. Con fundamento en el principio de separación de los poderes, se afirma que no compete a la Administración: el control de constitucionalidad de una norma legal¹⁰³.

instalaciones y pago de la conexión domiciliaria y del servicio de acuerdo a las disposiciones del régimen tarifario. La misma norma dispone la obligatoriedad de conectarse a la red existente desde que el servicio de agua esté disponible en las condiciones establecidas en el art.6°, es decir que aseguren continuidad, regularidad y calidad. Sin embargo, en este asesoramiento la PTN sostuvo que no se advertía una violación indudable y manifiesta de normas constitucionales.

103 Según los antecedentes relatados en el dictamen, la recurrente cuestionó, a través de sus actos de aplicación, la legitimidad del Decreto N°67/96 y de las Decisiones Administrativas (JGM) N°55/00 y 46/01. Sin embargo, la procedencia de la petición –que se devuelvan las sumas de dinero pagadas en concepto de tasa anual de sociedades por acciones establecidos por aludido Decreto N°67/96, invocándose a tal efecto una sentencia dictada

El órgano asesor sostuvo que es reiterada la doctrina de la Procuración del Tesoro en cuanto a que, a tenor del principio de división de poderes, cualesquiera que sean las facultades del *Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revertir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial* (Dictámenes 202:9, 240:158 entre otros).

Refirió que, a diferencia del Tribunal Fiscal de la Nación, la Administración carece de una facultad atribuida por la ley para expedirse respecto de la inconstitucionalidad de las leyes, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas (v. art. 185, Ley N°11.683 y modificatorias, t.o. Decreto N°821/98, BO 20-7-98)¹⁰⁴.

Puntualizó que los fallos que dictan los jueces carecen de efectos “erga omnes”. Por vía de principio, sus alcances se circunscriben al caso concreto sobre el cual ha recaído y no obligan sino en las causas para las cuales se han dictado. Respaldo en la doctrina del alto Tribunal se consideró que la *declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de una ley sino tan solo, la imposibilidad de aplicarla al caso* que ha sido materia de juzgamiento. Por todo ello, opinó que correspondía rechazar la petición del recurrente sobre la aplicación del fallo invocado en abono de su derecho por cuanto, ese pronunciamiento, carece de efectos vinculantes, o de valor de cosa juzgada respecto del caso examinado.

(4) Sin embargo, en Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019, la PTN abandona la posición asumida en 2007, sobre la base de una interpretación dinámica de la separación de poderes¹⁰⁵, el ór-

por la CSJN del 23 de octubre de 2003 en la causa Selcro S.A.- requería, necesariamente, que la Administración reconociese la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 59 de la Ley N°25.237, que ratificó la vigencia de los Decretos N°360/95 y N°67/96.

104 Dictámenes 262:186.

105 El dictamen registrado en 309:253 puntualiza que la clásica del principio de separación de poderes y división de funciones se formuló de un

gano asesor regresa a la doctrina de Dictámenes 84:102.

En efecto: en Dictámenes 309:253 se sostuvo que la abstención de aplicar una ley inconstitucional (por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales) es una atribución “que el Poder Ejecutivo y/o los órganos que lo secundan en su labor administrativa pueden ejercer en observancia del mantenimiento de la jurisdicción”. El dictamen agrega que la susodicha abstención “no es idéntica cosa que declarar su inconstitucionalidad que, en nuestro sistema de control difuso corresponde, en forma exclusiva y excluyente, a los jueces de la Nación”.

Finalmente, el Procurador opinó que el Director Nacional del Registro Nacional de las Personas debía abstenerse de aplicar el art. 2° de la Ley N°26.743 -Ley de Identidad de Género- que, en cuanto al dato del sexo obrante en el Documento Nacional de Identidad (DNI), solo admite consignar femenino o masculino. En ese orden habilitó a la autoridad para que se extienda el DNI sin indicar el sexo del solicitante.

(5) Recapitulando

La doctrina de la PTN sobre la posición de la Administración frente a la ley inconstitucional discurrió, con modulaciones, por diferentes etapas.

En un primer período la PTN enfatizó que la Administración no puede derogar las leyes, ni declarar su inconstitucionalidad. Se indica que existe “la inexcusable obligación del Poder ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley”. Sin embargo, se consagran tres alternativas que tienden a mitigar esa situación: vetar la ley inconstitucional; impetrar una acción judicial de inconstitucionalidad ante el Poder Judicial, o finalmente propiciar ante el Poder Legislativo,

modo pétreo y estático. Una visión sistémica debe, en cambio, concebir la noción en forma abierta y dinámica. En tal sentido el dictamen subraya que el principio de división de poderes debe adaptarse a la evolución sistémica del derecho público: cada Poder posee un núcleo de competencia constitucionalmente asignado y un círculo de competencias periféricas. Estas últimas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria, mientras que las primeras sólo pueden ejercerse con carácter excepcional y temporal.

su derogación.

Una segunda etapa se inicia con los Dictámenes 84:102 de 1963. Se fundamenta en la distinción entre declarar la inconstitucionalidad y abstenerse de aplicar la ley que la Administración juzga inconstitucional. Mientras lo primero es competencia del Poder Judicial; lo segundo -inaplicación de una norma legal considerada inconstitucional- es, en cambio, facultad del Poder Ejecutivo. Se concluye entonces que este tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional. Si así no lo hiciere, transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional¹⁰⁶.

Esta posición ha tenido matices que la han morigerado procurando encontrar fuerza respaldatoria en decisiones previas de tribunales judiciales. Así, se ha sostenido que no resulta irrazonable que el Ejecutivo inaplicara una disposición legal cuando ella ha recibido *reiterados pronunciamientos judiciales de inconstitucionalidad*¹⁰⁷ o cuando se ha producido *un fallo de la Corte Suprema declaratorio de la inconstitucionalidad de la norma*¹⁰⁸.

En un momento posterior la PTN, reafirmando en el principio de separación de poderes y la competencia exclusiva del Judicial, enfatizó que al Ejecutivo no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad. Esa posición ni siquiera parece flexibilizarse mediante el dictado de fallos contrarios a la constitucionalidad de la norma legal por cuanto la declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de una ley sino tan solo la imposibilidad de aplicarla al caso que ha sido materia de juzgamiento.

En lo que bien puede considerarse la doctrina vigente- Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019- el organismo subraya que el Poder Ejecutivo y los órganos que lo secundan pueden -en ob-

106 Dictámenes 84:102 (1963). Esa doctrina se reiteró en 1986 en el Dictamen recaído en Expte. 50571/84. En este último caso se puntualiza que la no ejecución de la norma legal que se estima inconstitucional impone al PE remitir simultáneamente un proyecto de ley en ese sentido al Congreso.

107 PTN, Dictamen recaído en Expte 376.369/88 del 30-9-88.

108 Dictámenes 186:140, del 9-6-89.

servancia del mantenimiento de la juridicidad-, ejercer la atribución de abstenerse de aplicar una ley inconstitucional (por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución, o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales).

Finalmente, como ya se indicó, para la PTN el sintagma ley inconstitucional es polisémico. Por un lado, se denomina de ese modo a la norma que fue formalmente declarada inconstitucional por el Judicial en un caso; por otro, se alude a la norma que la propia Administración juzga inconstitucional, o manifiestamente inconstitucional. En este último supuesto, fundado en la preservación de la supremacía constitucional (art. 31 de la CN), la PTN habilita a la Administración a que -por sí misma-, se abstenga de aplicar. Esto es: prescinda del texto legal vigente -portador de presunción de constitucionalidad- sin la previa declaración de inconstitucionalidad de la CSJN, o de los tribunales anteriores.

Por otra parte, es necesario parar mientes en cuanto a las consecuencias que se desprenden de la posición abstencionista de la PTN. Mientras en Dictámenes 84:102 la inaplicación de la ley acarrea la ampliación de potestades del Poder Ejecutivo- se lo habilitó a crear entidades autárquicas extramuros de la decisión del Congreso-; en Dictámenes 309:253 la inaplicación de la norma legal que el organismo reputa o juzga inconstitucional produce la ampliación del ámbito de protección de un derecho fundamental.

11.2. La jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La jurisprudencia labrada por Corte reafirma competencia exclusiva del Poder Judicial para realizar el control de constitucionalidad.

En esta materia la sentencia más relevante es “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta” de 1967. Este pronunciamiento judicial fue emitido durante un período de quiebre institucional, por jueces designados sin el procedimiento establecido por la Constitución. Aun así, la doctrina de este fallo perduró y se consolidó luego en otros fallos dictados por el alto

Tribunal durante gobiernos democráticos (v.gr. “Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo”; “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo”).

(1) Los principios rectores que emanan del caso “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta”¹⁰⁹

(i) Los hechos. La Dirección General de Rentas de la Provincia de Salta dictó una resolución (Res. N°60) mediante la cual, otorgó la exención de impuestos establecida en el art. 1° de la Ley N°3643 (modificatoria de la Ley N°3540) a la firma Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA. Dos años después el Vicegobernador en ejercicio del Poder Ejecutivo provincial decidió dejar sin efecto la Resolución N°60 dictada por la Dirección General de Rentas y decidió no hacer lugar a la exención impositiva gestionada por la susodicha firma. Se fundó, exclusivamente, en la inconstitucionalidad de las leyes N°3643, N°3540 y del Dec. Ley N°243/63.

(ii) El núcleo del conflicto. En lo medular, el pronunciamiento del alto Tribunal examina si el Poder Ejecutivo provincial ha podido declarar por sí y ante sí, sin intervención del Poder Judicial, la inconstitucionalidad de las leyes locales en que se fundamentó la exención impositiva acordada al recurrente.

(iii) El holding. Frente a la encrucijada que plantea el caso, la Corte federal sostuvo:

- No cabe admitir que sea resorte del poder administrador el declarar la inconstitucionalidad de las leyes (considerando 6°).
- El Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo (considerando 6°).
- El rechazo de la demanda implicaría convalidar la violación al principio fundamental de la separación de poderes y el de la debida adecuación de las normas provinciales a las que establece la Constitución Nacional (artículos 5° y 95, CN, anterior a la reforma constitucional de 1994).
- Omitir el tratamiento de la cuestión habría consolidado la

109 Fallos 269:243.

indebida asunción de funciones judiciales de la rama ejecutiva del gobierno provincial (considerando 9°).

- La facultad de declarar inconstitucionales las leyes y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia (considerando 10°).

(2) La doctrina de “Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo”¹¹⁰ y de “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo”¹¹¹.

En “Bruno” la CSJN reafirma dos principios que conciernen a nuestro tema. Allí sostiene:

Es un principio elemental de nuestro derecho público el de que cada uno de los tres poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución Nacional por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente.

Es regla constitucional, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5° de la CN) que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia

Siguiendo esta línea, en “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo” la CSJN sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad no puede llevarse a cabo -con “imperium”- sino sólo por el Poder Judicial.

11.3. La posición de la doctrina científica

Sobre el tema del epígrafe, administrativistas y constitucionalistas han dedicado páginas de indudable valor científico, aunque con disímiles conclusiones.

(1) Como señalamos al comienzo, el Prof. M. Marienhoff¹¹² afir-

110 Fallos 311:411

111 Fallos 319:1420.

112 Marienhoff, Miguel, en “La evolución del derecho y la Procuración del Tesoro”, conferencia pronunciada el 6 de junio de 1990.

ma que la Administración, si bien carece de facultades para declarar la inconstitucionalidad de una norma, está facultada para abstenerse de aplicar la norma inconstitucional. Con sustento en Dictámenes 84:102, 159:183 y 168:28, este autor sostiene que esa facultad puede ser utilizada cuando la ley inconstitucional “vulnere facultades propias del Presidente de la República” o cuando la inconstitucionalidad “obedezca a otras razones”.

Postula que el fundamento jurídico positivo que justifica la susodicha abstención reside en el principio de jerarquía de las normas consagrado en el art. 31 de la CN, en virtud del cual, lo primero que el Ejecutivo debe aplicar es la Constitución; y en modo alguno, la ley formal que vulnere uno de sus textos o principios.

Con respaldo en esta posición doctrinal, la PTN sostuvo en un dictamen relativamente reciente¹¹³ que la atribución del Poder Ejecutivo -y de los órganos que lo secundan en su labor- de abstenerse de aplicar la norma inconstitucional -por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución Nacional; o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales que así la han declarado- no es idéntica cosa que declarar su inconstitucionalidad por cuanto en nuestro sistema de control difuso tal declaración corresponde -en forma exclusiva y excluyente-, a los jueces de la Nación.

En línea con el pensamiento del Prof. Marienhoff un sector de la doctrina¹¹⁴ señala que procede reconocer al Poder Ejecutivo la potestad de no aplicar una norma legal considerada inconstitucional cuando: a) la inconstitucionalidad surja en forma razonablemente evidente, de modo que la conclusión exceda de la mera opinabilidad; b) la inconstitucionalidad haya sido declarada por la CSJN, o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada en instancias inferiores. En los dos casos se afirma: la decisión debería emanar del propio presidente de la Nación, o al menos contar con su autorización expresa, quién además debería remitir al Legislativo el pertinente proyecto derogatorio, resultando aconsejable requerir, el dictamen previo de la PTN.

113 PTN, Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019.

114 Comadira, Julio R., Derecho Administrativo, 2003, págs. 745/746.

(2) Desde otro miraje se sostiene que la Administración activa podrá ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes solamente en supuestos excepcionalísimos como, por ejemplo, cuando la ley inconstitucional ponga en riesgo la libertad y la dignidad humana. A la vez, ejercerá control de constitucionalidad sobre sus propios actos cuando aplica sus poderes de revisión por razones de legitimidad - cfr. Art. 7, 14 y concordantes de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549; y art. 31 C.N.- siendo este un supuesto de autocontrol¹¹⁵.

(3) Luego de formular un reexamen del problema, Néstor Sagüés puntualiza que el Poder Ejecutivo tiene el derecho de interpretar la Constitución y de evaluar la constitucionalidad de una ley, no solo mediante el veto sino también con posterioridad a su promulgación. Sostiene que el problema se presenta cuando el Poder Ejecutivo, por sí, resuelve y determine que una ley es inconstitucional, y no la aplique. Frente a ese planteo Sagüés señala que la respuesta tiende a ser negativa. Conferir al Poder Ejecutivo el derecho de declarar (en el sentido de por sí solo resolver e incumplir) una norma inconstitucional, significa concederle una atribución que tiende a desequilibrar en mucho el esquema constitucional de división de los poderes. Agrega que el derecho judicial en virtud de una jurisprudencia avalada por la Corte Suprema, participa de la teoría negativa.

Sin embargo, este autor considera como excepción que, si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema e inaplicarla¹¹⁶.

(4) Por su parte Juan V. Sola, formula objeciones al control administrativo de la inconstitucionalidad de las leyes por parte de la Administración. Afirma que la única excepción que puede hacerse a este principio es cuando exista un precedente constitucional de la Corte Suprema que haya declarado inconstitucional una ley

nacional. Este mismo criterio es predicable con relación a los tribunales administrativos¹¹⁷.

(5) El Prof. Alberto B. Bianchi no comparte las excepciones que la Procuración del Tesoro ha anotado para habilitar el ejercicio del control constitucional por parte de los órganos o entes administrativos. Señala que dentro de la Administración sólo pueden ejercer el control aquellos tribunales administrativos constituidos con los mismos recaudos que los del Poder Judicial, quienes lo pueden ejercer en las mismas condiciones que los magistrados judiciales. Considera que resultan válidas las prohibiciones legales al control constitucional que puedan imponerse a los tribunales administrativos, tal como la impuesta al Tribunal Fiscal por el art. 185 de la Ley N°11.683 (t. o. 1998)¹¹⁸.

(6) Para Agustín Gordillo el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar alguna de las actitudes previstas en Dictámenes 72:137; 67:189; 64:100. Esto es, ejercer el derecho de veto; plantear su inconstitucionalidad ante el Judicial; o promover su derogación ante el Congreso de la Nación¹¹⁹.

(7) Juan Francisco Linares sostiene que la Administración no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley formal o formal-material y desacatarla. Puede en cambio, declarar que, a su juicio una ley es inconstitucional, pero sin prescindir de ella. Y puede impugnarla judicialmente como inconstitucional en procedimientos autorizados por el Código Procesal, o enviar un proyecto de ley al cuerpo legislativo para que se derogue, o modifique la existente. También tiene competencia para aplicar una ley inconstitucional oscura en su alcance que mejor se compa-

115 Alvarez Alvarez, Fernando D., "La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública", en www.eldial.com, derecho administrativo.

116 Sagüés, Néstor P., Recurso extraordinario, T. I, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, pp. 238/241.

117 Sola, Juan V., Control de constitucionalidad, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 2006, pág. 510.

118 Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, T. 1, segunda edición, Buenos Aires, 2002, pág. 268.

119 Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T.1, cuarta edición, Buenos Aires, 1997, VII-30/31.

deza con la Constitución (interpretación constructiva)¹²⁰.

(8) Sobre esta cuestión, la Prof. Dra. Laura M. Monti publicó un sugerente y profundo trabajo de doctrina científica¹²¹ replicado recientemente en la revista RDA N°148, en el que se exhiben los problemas de la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad. En el inicio la autora focaliza su perplejidad científica en una pregunta capital: *¿qué órgano del poder puede declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de una ley para no aplicarla a un caso?* Y, de inmediato, responde: el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad interno de las leyes es jurisdiccional. Lo fundamenta en los artículos 116, 117, 29 y 109 CN.

En lo que atañe directamente al tema de este párrafo, la autora plantea los siguientes interrogantes: ¿cuál es la posición de los órganos estatales que no son parte del Poder Judicial respecto de las leyes que consideren inconstitucionales o inconvencionales, subordinación o control? ¿Los órganos administrativos (principalmente los titulares de los órganos ejecutivos) deben ser solo ejecutores de la ley, o pueden también controlar su inconstitucionalidad, o inconvencionalidad y, en tal caso, inaplicarla? ¿Pueden otros órganos de la administración pública hacerlo?

En torno a los temas referidos la autora postula conclusiones y dudas. En tal sentido puntualiza que el Poder Ejecutivo y otros órganos que no sean el Poder Judicial (e incluso el Poder Judicial en función administrativa), si encuentran que una ley, aplicada literalmente, es inconstitucional o inconvencional, podrían, en ocasiones, realizar interpretaciones con todos los métodos que brinda la jurisprudencia y la doctrina, de modo de encontrar un cauce constitucional para su aplicación. Destaca, sin embargo, que esto no será posible si la ley es taxativa y no admite ningún tipo de interpretaciones. Si se trata de una ley, el órgano administrativo

120 Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, p. 142.

121 Monti, Laura M., "La administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones". Interrogantes, *Boletín Jurídico* N° 17 (BJ 17, 2023) de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación; en el mismo sentido, RDA N° 148, Abeledo-Perrot, junio-agosto 2023, pp. 13/19.

podría realizar, si cabe, una interpretación armónica del ordenamiento que no conduzca a la prescindencia del texto legal, en línea con la jurisprudencia de la Corte federal y con la de la CorteIDH, cuando se refiere al control constructivo, no represivo, que obliga a interpretar en forma "armonizante" y "adaptativa" el derecho doméstico de conformidad al Pacto y su interpretación.

Ahora bien: si la Administración pretende dictar, por ejemplo, un acto administrativo contrario a las normas que le dan fundamento y encuentra que esas normas son inconstitucionales o inconvencionales, se enfrentaría al principio de interdicción de la derogabilidad singular del reglamento o aplicabilidad singular de las leyes, o del ordenamiento jurídico.

La autora razona que, si un órgano administrativo no puede, por ejemplo, soslayar la existencia o no aplicar (por considerarlo inconstitucional o inconvencional) un decreto del PEN, ¿por qué podrá proceder de otra manera con una ley?

Subraya que si se admitiera que el PEN -u otro órgano administrativo- considerara inconstitucional o inconvencional una ley y, por lo tanto, decidiera no aplicarla, nos enfrentamos a varios cuestionamientos, y podría generarse, eventualmente, inseguridad jurídica y afectaciones de la igualdad entre los ciudadanos y en cuanto al uso legítimo de los recursos públicos.

La autora se vuelve a interrogar: ¿qué sucede si la declaración judicial de inconstitucionalidad, incluso efectuada por la CSJN (en la que la administración quiera sustentarse para no aplicar la ley), se debe a que la aplicación de la ley, habida cuenta de las particularidades de determinado actor, se torna inconstitucional? Si se da ese tipo de decisiones, ¿pueden el PE u otros órganos no judiciales considerar que hay jurisprudencia de la Corte por la inconstitucionalidad o inconvencionalidad y dejar, por ello, de aplicar la ley? Respecto de la posibilidad de que la Administración no aplique una ley declarada inconstitucional por la Corte u otros tribunales, de nuevo se pregunta ¿cómo sabemos que esa declaración será inmutable?

La Prof. Monti puntualiza que, si la Administración no puede ignorar ni sus propios reglamentos al actuar, ¿por qué podría hacerlo con la

ley? Si se pretende “preservar” la Constitución al no aplicar una ley ¿no se la estaría afectando gravemente al violar su artículo 1°?

Con énfasis la autora señala que se impone contemplar el interés de la sociedad, por la posible afectación de sus derechos derivada del dictado de actos apartados de la ley, que quizá no tengan un legitimado para exigir su control judicial (por ejemplo, sectores carenciados privados de recursos públicos para salud, educación, etc.). Ello sucede muchas veces con los actos que otorgan beneficios. ¿Quién los impugnará, de modo que el Poder Judicial controle lo decidido por la Administración? ¿El beneficiario? Claramente, no. Incluso desde el punto de vista de este último, el otorgamiento de un beneficio que se aparte del texto de la ley lo dejará en una posición más que enclenque, pues su acto administrativo será pasible de revocación en cualquier tiempo, por aplicación de los arts. 17 y 18 de la LNPA y la jurisprudencia de la Corte federal. Ni que hablar, dice, de ciertos beneficios previsionales otorgados por un acto administrativo que es más fácilmente revocable aún, por aplicación de las normas respectivas (leyes especiales frente al régimen general de la LNPA).

En cuanto al control de convencionalidad, se parte de la doctrina que sustenta el otorgamiento de facultades cancelatorias de las leyes a la Administración en la doctrina de la CorteIDH a partir de la causa “Gelman”. Al respecto se destaca que la Corte internacional señala que el control lo deben realizar los órganos internos de cada país en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. De este modo, enfatiza, queda demostrado que la CorteIDH no está dando una “vía libre” para que cualquier órgano estatal deje de aplicar la ley, sino que considera que deben respetarse las competencias y vías establecidas en el ordenamiento jurídico de cada país para esa finalidad

11.4. Nuestra opinión

Introducción

En páginas las anteriores nos preguntamos qué posición debe asumir la Administración frente a:

- Una norma declarada inconstitucional por la Corte federal en un proceso individual.
- Una norma vigente dotada de presunción de constitucionalidad a la cual la Administración considera -o “juzga”- inconstitucional, como ha dicho la PTN en Dictámenes 84:109 ó 309:253 de 2019.
- Una previsión normativa vigente, portadora de presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, que aún no ha sido declarada inválida por la CSJN ni por ningún otro tribunal.

Inicialmente debemos examinar qué respuesta resulta adecuada, en cada supuesto, para garantizar la fuerza normativa y vinculante de la Constitución Nacional convencionalizada. Claro está, que a tales efectos se debe tener en cuenta que la supremacía y fuerza normativa de la Ley fundamental atañe tanto a la protección y respeto de los derechos fundamentales que integran el bloque de constitucionalidad como a los principios que gobiernan el estatuto del poder: separación de poderes y control recíproco.

Es decir, fuerza normativa de la Constitución es, coetáneamente, sustancial y formal.

En el plano metodológico adelantamos que nuestro examen lo realizaremos desde dos variables.

Por un lado, como se dijo, distinguiremos a: (i) normas declaradas inconstitucionales por el CSJN – las que, por ende, carecen de presunción de legitimidad en relación con el caso -; (ii) normas vigentes, que no han sido declaradas inconstitucionales y que, por ende, gozan de presunción de constitucionalidad aunque la Administración las considere afectadas de vicios graves- incluso manifiestos- determinantes de una inconstitucionalidad, como sucedió en Dictámenes 84:102; y (iii) normas vigentes portadoras de presunción de invalidez o ilegitimidad (presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, como ocurrió en Dictámenes 309:253, en donde se advierte una discriminación en razón del género).

Por otro lado, atenderemos a la naturaleza de las potestades y garantías y a las consecuencias que la posición de la Adminis-

tración produce en cada caso. Desde esta perspectiva, consideraremos: (i) si la inaplicación de una norma vigente descorre vallas tendientes (i') a lograr la ampliación de potestades que a la Administración le han sido cercenadas por una disposición legal (como ocurrió en Dictámenes 84:102); o (i'') limitar derechos (tal como se desprende de la plataforma fáctica del caso decidido en "Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta"¹²²; o si, en cambio, (ii) el concreto desconocimiento de los efectos obligatorios de la norma vigente acarreará la protección de un derecho fundamental de la persona humana.

En definitiva, el examen de estas cuestiones tendrá en cuenta: (i) la situación específica de la previsión normativa; (ii) qué efectos produce cada respuesta sobre el alcance de potestades de la administración; y (iii) qué consecuencias acarrea sobre el ámbito de protección de los derechos (o creando una situación activa; o creando una situación pasiva; o en su caso, limitando una situación activa).

11.4.1. La posición de la Administración frente a normas legales declaradas inconstitucionales por la CSJN en un proceso individual

11.4.1.1.

Indudablemente, cualquier respuesta que se ensaye en relación con el tema del epígrafe deberá tener en cuenta los artículos 116 y 109 de la Constitución Nacional.

En efecto, el art. 109 CN expresamente le prohíbe al presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales¹²³. Consiguien-

¹²² Fallos 269:243.

¹²³ Destaca J.C. Cassagne que "de la circunstancia de haber consagrado la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109 CN) y del principio de la tutela judicial efectiva y sus derivados ("pro actione" y "pro administrado"), se desprende una serie de principios garantísticos, encabezados por el principio de control amplio y suficiente, el cual, como todo principio, constituye un mandato vinculante (carente de supuestos de hecho) que vincula a la Administración y a los jueces, y preva-

temente, con arreglo a la mencionada cláusula constitucional, la afirmación volcada en Dictámenes 84:102, en cuanto le reconoce al Poder Ejecutivo atribuciones para no ejecutar una ley que considera o juzga inconstitucional, constituye una desmesura, un exabrupto, que debilita la fuerza normativa de la Constitución, y avanza sobre los principios constitucionales que gobiernan el estatuto del poder. Por cierto, en el esquema constitucional argentino la facultad de juzgar y declarar la inconstitucionalidad de una norma es exclusiva del Poder Judicial, no de la Administración, como bien lo sostuvo la PTN en Dictámenes 262:186, de 2007.

11.4.1.2.

En los supuestos de normas carentes de presunción de constitucionalidad por haber sido declaradas inconstitucionales por una sentencia de la CSJN, se debe distinguir: si la inconstitucionalidad recayó en un proceso individual o colectivo; en este último caso se deberá tener presente si se está en presencia de un derecho indivisible, frente a lo cual, la sentencia tiene efectos "erga omnes", o si atañe a derechos individuales homogéneos, en cuyo caso los efectos se proyectarán a la clase que ha sido adecuadamente representada en el proceso.

11.4.1.3.

Ahora, cuando la declaración de inconstitucionalidad recae en un proceso individual, se deberá evaluar si la plataforma fáctica y jurídica sometida a consideración de la Administración exhibe -o no- sustancial semejanza a la que se resolvió en un proceso conocido y dirimido por el alto Tribunal.

De verificarse que existe sustancial semejanza, la Administración podrá abstenerse de aplicar la norma declarada inconstitucional siempre que los efectos o consecuencias que deriven de la susodicha abstención estén llamados a preservar, proteger o, en

lece sobre las normas en sentido estricto" (Cassagne, Juan Carlos, "La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional", diario La Ley de 15.6.22).

su caso, ampliar la esfera de inmunidad esencial del particular.

11.4.1.4.

La conclusión precedente se sustenta en un razonamiento complejo que se abastece de diferentes premisas:

(i) la doctrina de la propia CSJN, en cuanto establece que los organismos jurisdiccionales tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares¹²⁴;

(ii) esa misma doctrina en cuanto considera, además, que los pronunciamientos que se apartan injustificadamente de los precedentes del alto Tribunal, carecen de fundamentación¹²⁵;

(iii) los propios asesoramientos de la PTN en tanto y en cuanto sostienen, de manera reiterada, la conveniencia de que los dictámenes la Procuración del Tesoro de la Nación (de eficacia obligatoria para todo el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado) se atengan a los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de aplicación e interpretación del derecho¹²⁶. La doctrina de la PTN predica que los dictámenes de ese organismo se deben atener a la orientación establecida en las sentencias de la CSJN¹²⁷. El órgano asesor sostiene, además que la Administración Pública “debe” acoger los lineamientos doctrinarios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundado en la jerarquía del Tribunal, el carácter definitorio y último de sus senten-

124 Fallos 345:1387 (2022); 342:584 (2019). En este último precedente el Tribunal sostuvo: “aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” (cons. 16).

125 Fallos 340:2001 (2017).

126 Dictámenes 265:183; Dictámenes 264:37, entre otros.

127 Dictámenes 262:465, entre otros.

cias respecto de la interpretación y aplicación del derecho¹²⁸.

Por nuestra parte agregamos que, en el Estado constitucional vigente en la república, el deber de la PTN de atenerse y acoger los lineamientos doctrinarios establecidos por el alto Tribunal federal opera con relación a las sentencias dictadas por la Corte cuyos miembros fueron designados con arreglo a los procedimientos que establece la Constitución (art. 99 inciso 4º, CN).

De consiguiente, si bien nuestro sistema de control constitucional es de carácter difuso –desconcentrado– en virtud del cual, las sentencias tienen efectos “inter partes” y solo para el caso; no es menos cierto que, la predicada eficacia vinculante de las sentencias definitivas¹²⁹ dictada por el intérprete final o supremo¹³⁰ de la Constitución, la Corte Suprema¹³¹ no solo irradia su doctrina con respecto a los tribunales anteriores, sino también con respecto a la Administración.

Al respecto cabe tener presente que en “Cooper vs. Aaron” (1958), pronunciamiento al que la doctrina especializada califica de segundo “Marbury”, la Corte norteamericana sostuvo que la interpretación que ella hace de la Constitución, es “la ley suprema de la tierra”, a la que deben conformarse tanto los órganos judiciales como los del Poder Ejecutivo y Legislativo¹³².

128 Dictámenes 241: 427 y sus citas, Dictámenes 233:278; 237:438.

129 Fallos 345:1387 (2022); 343:42 (2020); 342:584 (2019).

130 Fallos 342:584.

131 En “Cerámica San Lorenzo” (sentencia del 4-7-85, LL 1986-A-178), la CSJN sostuvo que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte.

Cabe recordar que en Fallos 321:2294, la CSJN ha reputado arbitrario el fallo de los tribunales inferiores que se apartan de la doctrina de la Corte sin fundamentación valedera.

132 Al respecto, el Prof. N.P. Sagüés (Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos, Buenos Aires, 2006, pp. 207 y ss.) destaca que se puede pensar que ese fallo importa una suerte de “segundo Marbury vs. Madison” por su trascendencia institucional; y que de algún modo significativo altera las bases del sistema histórico inicial difuso de control de constitucionalidad, dado

Por cierto, el efectivo ejercicio de esta competencia inherente por parte del Poder Ejecutivo -consistente en la inobservancia razonada de la norma legal declarada inconstitucional por el Alto Tribunal- es procedente cuando, además de existir semejanza sustancial, mediante ese temperamento se contribuya a la protección de derechos fundamentales.

Cabe señalar que mediante esta técnica se previenen ilegitimidades administrativas; y coetáneamente se garantiza la protección de derechos y libertades. Por ende, el criterio propuesto, no contraviene la tésis que sustenta a la separación de los poderes, ni conspira contra los fines que inspiran a los artículos 109 y 116, de la CN.

El ejercicio de esa facultad requerirá, como requisito de forma esencial, el dictamen jurídico previo de la Procuración del Tesoro de la Nación y la pertinente fundamentación suficiente del acto que lo decida (conf. art 7 incisos d y e, LNPA). Ello debe ser así no solo por la índole institucional que ostenta la inaplicación de una norma legal, sino también a los fines de establecer doctrina administrativa uniforme¹³³ (conf. art. 92, RPA).

11.4.2.

La posición de la Administración frente a normas legales vigentes dotadas de presunción de constitucionalidad, a las que la Administración considera o “juzga” inconstitucionales

En lo que concierne a la situación de normas vigentes, que no han sido declaradas inconstitucionales y que, por ende, gozan de presunción de constitucionalidad, aun cuando la Administración considere que padecen vicios graves y manifiestos, determinantes

que cuando la Corte define algún tema constitucional, los tribunales inferiores tienen recortada su capacidad de juzgamiento sobre tal punto

133 A la vez, con el claro objetivo de brindar coherencia en el asesoramiento legal del Estado, la PTN enfatiza que las asesorías jurídicas de todas las reparticiones deben supeditar su accionar a las instrucciones de la Procuración del Tesoro con el objetivo de unificar criterios (Dictámenes 313: 317, entre otros).

de una inconstitucionalidad (como sucedió en Dictámenes 84:102), entendemos que el Poder Ejecutivo deberá disponer del veto, o, en su caso, remitir al Congreso un proyecto de ley derogatoria.

En estos supuestos, mientras se mantenga la presunción de constitucionalidad, la norma debe ser aplicada por el Poder Ejecutivo.

Por cierto, la interpretación de esas normas vigentes dotadas de presunción de constitucionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los valores jurídicos y los principios generales del derecho (conf. art. 2º, CCC).

Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina del alto Tribunal, autorizada doctrina procesal constitucional destaca que la única vía apta para prescindir e inaplicar una norma, encontrándose vigente, es reputándola inconstitucional¹³⁴. Agregamos nosotros, que esta doctrina es inequívoca cuando la norma vigente es portadora de presunción de constitucional. Como se verá más adelante, es posible establecer modulaciones en supuestos de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad.

La posición sostenida por la PTN en Dictámenes 84:102 y en otros asesoramientos a treves de los cuales *se le reconoce al Poder Ejecutivo “atribuciones para no ejecutar una ley que juzga inconstitucional”*¹³⁵ (énfasis agregado) es un exabrupto del Estado de derecho, toda vez que tal temperamento colisiona frontalmente con los artículos 109 y 116 de la CN.

11.4.3.

134 Sagüés, Néstor P., Recurso extraordinario, T. II, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, p.185.

135 Dictámenes 84:102. Textualmente este asevera: “corresponde distinguir “declaración de inconstitucionalidad” y “abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional”. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponder esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional”.

La posición de la Administración frente a las previsiones normativas vigentes portadoras de presunción de inconstitucionalidad. Las variables metodológicas para examinar esta cuestión.

11.4.3.1.

En la jurisprudencia nacional e interamericana¹³⁶ predomina el criterio según el cual las normas con *presunción de inconstitucionalidad* e inconveniencia tienen esa condición por resultar sospechosas de incurrir en discriminación sustentadas en *clasificaciones específicamente prohibidas* tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otra condición social (art. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En tales supuestos, como expusimos, el control de constitucionalidad de los fines y medios están sujetos a un escrutinio riguroso, más estricto que el tradicional.

Con sustento en esta distinción la jurisprudencia nacional e interamericana¹³⁷ modulan el *“onus probandi”*.

A la vez se sostiene que la presunción de inconstitucionalidad puede ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que se habían intentado resguardar y sobre los medios utilizados al efecto. En cuanto a los primeros (fines) deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos (medios) será insuficiente una genérica *“adecuación”* a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada¹³⁸.

136 CorteIDH, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, párrafos 256 y ss, sentencia de 1º de septiembre de 2015.

137 Idem nota anterior.

138 Fallos 329:2986 (“Gottschau”, cons. 5º, 2006).

Sobre este punto, la jurisprudencia interamericana resalta que los criterios sospechosos están limitados a los casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de *necesidades imperiosas*, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para satisfacer necesidades de ese carácter¹³⁹.

Cabe recordar que la doctrina de las categorías sospechosas se fundamenta en la necesidad de *revertir* la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras¹⁴⁰.

11.4.3.2.

La regla de control constitucional que distingue normas con presunción de constitucionalidad, por un lado y normas con presunción de inconstitucionalidad, o invalidez, por otro, produce modulaciones importantes en la configuración de las parcelas que vertebran la estructura del acto administrativo.

El expreso reconocimiento jurisprudencial de que una previsión normativa (legal o reglamentaria) vigente puede estar afectada por una presunción de inconstitucionalidad o invalidez, por establecer una distinción basada en criterios sospechosos de discriminación prohibida, se proyecta, condiciona y reconfigura el antecedente de derecho, esto es, el derecho aplicable en el que se sustenta el acto.

Ciertamente, además de incidir sobre el elemento esencial causa (art. 7 inciso b, LNPA), la aplicación o inaplicación del susodicho antecedente se reflejará, singular y concretamente, en el contenido u objeto (art. 7, inciso c, LNPA).

El reconocimiento de que se está frente a normas portadoras de presunción de ilegitimidad por exhibir clasificaciones discriminatorias vedadas por la Constitución convencionalizada, impacta

139 CorteIDH, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, párr. 256.

140 Fallos 340:1795 (“Castillo”, 2017).

de manera particular en las formas esenciales en tanto modula el procedimiento previo de elaboración del acto (art. 7 inciso d, LNPA) y la fundamentación o motivación (art. 7 inciso e, LNPA). Recuérdese que la doctrina jurisprudencial labrada por el alto Tribunal y también por la CorteIDH subrayan que, en supuestos de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad se invierte la carga de la prueba puesto que se exige que el demandado demuestre la presencia de *finés sustanciales o necesidades imperiosas*, de significativa relevancia, para justificar la distinción por conducto de una categoría sospechosa. A la vez, se prescribe que atañe al demandado -o a quién resulta favorecido por la distinción- probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial¹⁴¹.

Esta clasificación, como se verá, también impacta en la competencia -al abrir la posibilidad de un control administrativo de convencionalidad, sobre el que nos referiremos más adelante- y se manifiesta, además, en los caracteres del acto administrativo. Al respecto nos preguntamos: ¿cabe predicar la presunción de legitimidad de un acto que se sustenta en un antecedente afectado de presunción de inconstitucionalidad que la Administración no puede levantar?

11.4.3.3. Desde esta atalaya se presentan problemas de diversa índole:

- Una previsión normativa vigente, portadora de presunción de invalidez o ilegitimidad por incurrir en un supuesto prohibido de discriminación ¿es, sin más, el “derecho aplicable” (art. 7 inciso b, LNPA) en el que se debe sustentar el acto administrativo?
- Un acto administrativo cuyo objeto o contenido (art. 7 inciso c, LNPA) refleje la prohibición o el mandato establecido en una norma jurídica vigente, portadora de presunción de ilegitimidad -por considerársela sospechada de discriminación, conforme los artículos 16, 20 y 28 de la CN; y artículos 1.1, 23 y concordantes de la CADH; y art. 1º, de

la Ley N°23.592 - ¿guarda conformidad con el bloque de legitimidad imperante en el Estado constitucional vigente en la república desde la reforma constitucional de 1994? ¿O estamos frente a un acto de objeto prohibido (art. 7º, inciso c, y 14, inciso b, LNPA)?

- Aún cuando no existan razones sustanciales de interés general que la justifiquen, la Administración ¿está invariablemente constreñida a aplicar una norma (reglamento o ley) vigente fundada en clasificaciones discriminatorias prohibidas como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otra condición social)?
- El acto administrativo, sustentado en un antecedente de derecho presuntamente inconstitucional (o inconvenional), frente al cual, no existen razones sustanciales de interés general o necesidades imperiosas que lo justifiquen ¿goza de la presunción de legitimidad que, a priori, confiere el art. 12 LNPA a los actos administrativos?
- Si se advirtiera que el antecedente de derecho es una norma portadora de presunción de invalidez por inconvenional ¿qué alternativas de actuación se le presenta a la Administración?
- En los supuestos en que la relación “jus” administrativa pone en juego el respeto y la protección de derechos y garantías fundamentales de la persona humana ¿está habilitada la Administración para realizar, ante sí, un control administrativo de convencionalidad? ¿cómo impacta la doctrina que emana de las diferentes sentencias de la CorteIDH en cuanto sostienen que todas las autoridades del Estado tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad, en el ámbito de sus competencias y según los procedimientos pertinentes?

Abordaremos estas cuestiones desde dos perspectivas metodológicas.

La primera examinará los problemas precedentes de acuerdo

141 Fallos 340:1795, (“Castillo”, 2017).

con los esquemas formales clásicos del derecho administrativo. La segunda, en cambio, considerará la doctrina jurisprudencial labrada por la Corte IDH -desde Gelman (2011) hasta nuestros días- relativa a la *obligación* de todas las autoridades públicas de realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias y procedimientos.

Naturalmente, en ambos casos el examen sustancial se realizará de acuerdo a los principios, valores y reglas establecidos en el bloque de legitimidad del Estado Constitucional (y convencional) de derecho vigente en la república.

11.4.4. La posición de la Administración frente a una disposición reglamentaria portadora de presunción de inconstitucionalidad. La presunción de invalidez y el principio de inderogabilidad singular del reglamento

(1) Desde la perspectiva del Estado formal y democrático de derecho, cuando se verifica que una disposición reglamentaria vigente resulta portadora de una presunción de ilegitimidad o invalidez, su eventual y particularizada inaplicación a través de un acto administrativo, deviene prohibida en virtud del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

Este principio (cuyo fundamento, algunos, lo ubican en el principio de legalidad de la Administración y otros en el de igualdad, art. 16 CN) establece que un acto administrativo (individual) se debe someter, como condición de validez, a los reglamentos administrativos. Al respecto Santamaría Pastor¹⁴² afirma que la inderogabilidad singular de los reglamentos significa, en primer lugar, la superioridad cualitativa del reglamento respecto del acto administrativo; y, en segundo término, que la fuerza obligatoria del reglamento actúa con entera independencia de la posición jerárquica de los órganos de los que emanan

En el Reino de España, el art. 37 de la Ley N°39/15, determina que son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo

establecido en una disposición reglamentaria. A la vez, el mismo artículo prescribe que las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general.

La LNPA no contempla expresamente tal principio.

Sin embargo, la inderogabilidad singular del reglamento fue receptada por la CSJN en el caso “Promenade”¹⁴³, de 1988. En este pronunciamiento la CSJN sostiene que la *inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales es inaplicable* a los actos normativos de sustancia legislativa. En este ámbito (actos de sustancia legislativa) cobran plena vigencia las reglas generales de “lex posterior derogat priori” y “lex specialis derogat generalis”.

En línea con ese criterio, una sentencia relativamente reciente del Tribunal Constitucional español respalda la *facultad legislativa* de excepcionar mediante una ley singular lo establecido previamente en una ley general.

En este punto la doctrina judicial transcripta guarda relación con el pensamiento desplegado por García de Enterría. Cabe recordar que, para este autor, la inderogabilidad singular de los reglamentos es puramente formal; se fundamenta en el principio de legalidad. Por ende, la Administración está sometida a todo el ordenamiento y, por tanto, también a sus propios reglamentos. Sin embargo, el insigne autor español subraya que el susodicho principio no es predicable a la función legislativa. El poder legislativo, asevera, es un poder de pura creación jurídica y, por ende, en esa función no está nunca predeterminado por sus propias producciones normativas anteriores. Puntualiza también que el poder legislativo es libre, originario, soberano y no está afectado, como la Administración, por una vinculación a la legalidad¹⁴⁴.

En definitiva, en virtud del principio de inderogabilidad de reglamento, el acto administrativo particular no puede vulnerar o trans-

143 Fallos: 312:1394.

144 García de Enterría-Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 4ª edición, pp. 192/195.

142 Santamaría Pastor, Juan A., Principios de Derecho Administrativo, Vol. I, Madrid, 1998, pp. 300/301.

gredir lo establecido por un acto de alcance general normativo; ello, con prescindencia de la posición jerárquica del órgano emisor. Como lo resalta García de Enterría la regla en cuestión prohíbe la dispensa singular de un reglamento cuando éste no lo prevé.

Cabe señalar, que un sector de la doctrina argentina predica la reformulación del principio de inderogabilidad singular del reglamento. En tal sentido incorpora el denominado principio de inderogabilidad no normativa de los reglamentos, abarcando no solo la subordinación del acto particular al acto general normativo (reglamento) sino también, la sujeción a éste del acto de alcance general no normativo¹⁴⁵.

Por cierto, la excepción singular de una disposición reglamentaria resulta legítima solo si tal dispensa está expresamente consagrada en el reglamento. Naturalmente, la dispensa debe guardar razonable justificación; por ende, debe respetar los principios generales de igualdad y razonabilidad. No es procedente, en cambio, una dispensa porque sí, esto es, una dispensa o excepción carente de la debida justificación.

(2) Sin embargo, no podemos desconocer que, en el Estado formal y democrático de derecho, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos asume, como presupuesto a priori, que *todo reglamento goza de presunción de constitucionalidad o legitimidad*.

En efecto.

El susodicho principio ha sido construido -y aplicado- con arreglo la idea rectora de que los reglamentos (como también las leyes) se presumen legítimos hasta tanto se produzca la derogación, anulación, o declaración de inconstitucionalidad en sede judicial. A la vez, sobre esa base, se edificó la fuerza obligatoria de las leyes, reglamentos y actos administrativos.

En el Estado constitucional contemporáneo este presupuesto -la presunción a priori de que toda ley, reglamento o acto goza de presunción de legitimidad- debe ser reexaminado según la re-

gla actual de control constitucional -reiteradamente aplicada por CSJN- que discierne entre normas con presunción de constitucionalidad o validez y normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad o invalidez.

(3) Desde esta atalaya, los órganos que desarrollan la función administrativa, juntamente con el régimen jurídico que la regula -el derecho administrativo-, enfrenta una encrucijada decisiva: por un lado, ignorar la doctrina que distingue entre normas con y sin presunción de validez; por otro, articular técnicas específicas que reflejen y traduzcan esa construcción que, en cuanto a las categorías sospechosas, está llamada a revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

(4) Más allá de la dispensa particular que legítimamente pueda contemplar un reglamento, a partir la reseñada y consolidada jurisprudencia de la CSJN en la materia, es posible inferir que las disposiciones reglamentarias portadoras de presunción de ilegitimidad -por consagrar categorías sospechosas de discriminación prohibidas por el bloque de legitimidad vigente en el Estado constitucional- conllevan una *dispensa singular implícita* -siempre que no se demuestre que existen insoslayables razones sustanciales de interés general o que están presente necesidades imperiosas y que, por tanto, recurrir a esa diferenciación es el único método para satisfacer esa necesidad de interés general-.

Con arreglo a esta directriz debemos considerar que, frente a un reglamento portador de una presunción de invalidez (por inconstitucionalidad o inconventionalidad), a los órganos de la Administración se le abren diferentes alternativas.

(4.1) Así, cuando el órgano que debe emitir el acto administrativo es el mismo que ha dictado la norma sospechada de discriminación frente a la cual no existen razones sustanciales que la sustenten, el susodicho órgano -para evitar y prevenir la emisión de un acto afectado de un vicio constitucional o convencional- está facultado para derogar o modificar, en lo pertinente, el mentado

145 Comadira, Julio Rodolfo, La licitación pública, segunda edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 161/163.

reglamento (art. 83 RPA, Dto. N°894/17¹⁴⁶); y luego, con arreglo a la nueva normativa, estará en condiciones de emitir el o los actos administrativos singulares y concretos de aplicación.

(4.2.) Ahora bien, si quién debe dictar el acto no es la autoridad competente para decidir su derogación, aquélla podrá disponer la suspensión del procedimiento e impulsar los trámites tendientes a la derogación o modificación de la disposición reglamentaria. El acto administrativo recién se lo deberá dictar una vez que el órgano competente decida el temperamento a adoptar.

(4.3.) Sin embargo, frente a *situaciones objetivas de urgencia impostergable* que pongan en riesgo el respeto al ámbito esencial de protección de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad, los órganos de la Administración están dotados de atribuciones o *facultades inherentes* que, teniendo en cuenta la *dispensa singular* implícita que anida en la disposición reglamentaria portadora de presunción de inconstitucionalidad, habilitan a la Administración a adoptar decisiones concretas y singulares *tendientes a brindar la efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona humana*.

Por cierto, la Administración cuando decide dispensar singularmente la aplicación de una regla consagrada en un reglamento portador de presunción de ilegitimidad constitucional o convencional -por establecer una discriminación prohibida- debe *ponderar* que la inaplicación del susodicho reglamento discriminatorio, en tanto protege los derechos esenciales de la persona a la igualdad y a la no discriminación, deviene más importante, por la mayor valiosidad de los bien jurídicos tutelados, que la satisfacción del bien jurídico que la norma discriminatoria procura proteger. En este punto no tenemos dudas, como lo ha hecho notar la filosofía jurídica contemporánea, que *un principio en sentido estricto -como el principio de no discriminación- puede vencer a una regla, excepcionando*

146 El art. 83 del RPA prescribe: Derogación de actos de alcance general. Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados.

su aplicación, aunque ella plenamente venga al caso.

Al respecto nos apuramos a señalar que, en el Estado constitucional comprometido con la Constitución Nacional convencionalizada, las denominadas competencias inherentes, interpretadas según el principio de especialidad (conf. art. 141, *in fine*, CCC), solamente pueden ser utilizadas para asegurar la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Ciertamente, en virtud de su prístina indeterminación, tales los poderes inherentes *no resultan predicables para generar situaciones pasivas, desfavorables o de gravamen*¹⁴⁷.

En efecto, la *connatural indeterminación* de los denominados poderes o atribuciones inherentes no pueden ser invocadas como fundamento competencial para dictar actos administrativos de gravamen. Solo bajo un derecho administrativo de impronta autoritaria, donde impera la hipertrofia de la potestad administrativa, fue y es posible invocar tales competencias para dictar actos desfavorables que atenten contra el contenido esencial de los derechos fundamentales.

11.4.5. La posición de la Administración frente una disposición legal portadora de presunción de inconstitucionalidad

Más compleja resulta, sin embargo, la situación de la Administración frente a la norma legal portadora de una presunción de inconstitucionalidad. En este supuesto el valladar formal no es, naturalmente, el principio de inderogabilidad singular del reglamento, sino el de separación de poderes.

Administrar es más que ejecutar formal y mecánicamente las leyes. En el Estado constitucional social y democrático de derecho administrar es servir -de manera concreta, inmediata, directa y permanente- a las justas exigencia del bien común en una sociedad democrática, en el marco vinculante de la legitimidad compromete-

147 Sammartino, Patricio M.E., Amparo y administración en el Estado constitucional social de derecho, Tomo I, Buenos Aires, 2012, p 264. Los poderes inherentes, señalamos entonces, deben ser enfocados como facultad al servicio del interés público comprometido con el respeto y la garantía de la dignidad de la persona.

tida con la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional: dignidad de la persona humana; derechos fundamentales de la persona humana y principio “pro persona”.

De allí que, frente a una norma portadora de una sospecha de discriminación, el indisoluble compromiso con las justas exigencias del bien común habilita a la Administración a examinar el antecedente de derecho válidamente aplicable en cada caso (conforme lo establece el art. 7, inc. b LNPA)

Por cierto, cuando la Administración, en el trámite del procedimiento administrativo selecciona qué normas debe aplicar (art. 7 inc. b) y sobre esa base, emite un acto administrativo, no despliega la función judicial. Cuando determina qué norma resulta aplicable a la situación de hecho acreditada en el expediente administrativo, la Administración activa no realiza esa operación para dirimir conflictos con fuerza de verdad legal. Menos aún, realiza el control constitucional que es propio de los tribunales judiciales (art. 109, 116 y 43, CN). Tampoco dicta sentencias que gozan de inmutabilidad. Solo emite un acto administrativo que, “a priori” goza de provisional presunción de legitimidad (art. 12 LNPA), pues se encuentra invariablemente sometido a una revisión judicial plena en el marco de un caso contencioso (art. 116, CN).

Cuando la Administración examina concretamente el antecedente de derecho aplicable (art. 7° inc. b, LNPA) y sobre esa base normativa dicta un acto, solamente ejerce función administrativa.

En el Estado constitucional de derecho contemporáneo, el derecho aplicable al que se refiere el art. 7° inc. b) de la LNPA, es producto de lo establecido por la Constitución Nacional convencionalizada, los principios pre estatales que ella reconoce, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, CN), los tratados, las leyes y los reglamentos, juntamente con la doctrina labrada por los precedentes de la CSJN y la guía que confieren las sentencias de la CorteIDH en cuanto atañe a la interpretación de la CADH.

Consiguientemente, vedar que, en situaciones particulares o singulares, la Administración se abstenga de aplicar normas legales vigentes normas que establecen clasificaciones basadas en

criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), acarrea la *consolidación de una discriminación de “jure” que debilita la fuerza normativa de la Constitución y la eficacia de los derechos humanos que reconoce el bloque de constitucionalidad.*

Desde este presupuesto es posible predicar, como última ratio, que en los supuestos que no resulte posible armonizar mediante técnicas de interpretación adecuadas las potestades administrativas con derechos humanos¹⁴⁸ el *Poder Ejecutivo en situaciones de urgencia impostergable, está dotado de una competencia inherente*, en su condición de titular de la Administración (art. 99.1, CN), que -en seguimiento de la doctrina jurisprudencial nacional e interamericana labrada en esta materia- lo habilita a abstenerse de aplicar por sí y ante sí, la previsión legal que siendo sospechosa de discriminación, carece de presunción de constitucionalidad.

Ciertamente, no desconocemos que al obrar de ese modo la Administración exhibirá una actuación que, en su superficie, se la puede considerar violatoria del principio de separación de poderes. Sin embargo, no podemos ignorar que la división de los poderes es una garantía de libertad de las personas. A la vez, la inaplicación en sede administrativa de una norma legal sospechosa de discriminación -frente a la cual no existen razones sustanciales de interés general que la justifiquen- no está llamada a acrecentar el poder de la Administración o beneficiar las arcas del tesoro. Por el contrario, la prescindencia de una norma legal afectada por una presunción de invalidez por incurrir en una discriminación “de jure” prohibida por la Constitución Nacional convencionalizada, procura garantizar el respeto y la protección de derechos

148 Sostuvo el alto Tribunal: “En definitiva, es cuestión de armonizar la protección de los derechos humanos (...) con las potestades públicas, pues si aquellos no son absolutos, tampoco lo son éstas (...). El requisito según el cual, las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad’” (Fallos 336:672, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad”, cons. 11, 2013).

fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana, la igualdad y la no discriminación que reconoce la propia Constitución. Es evidente que la Administración, al actuar de este modo, no compromete los fundamentos sobre los que descansa el principio de separación de los poderes.

Va de suyo que la inobservancia razonada de la ley presuntamente inconstitucional, asegura la supremacía y fuerza normativa de la Constitución (artículos 31, 16 y 75.22, CN) toda vez que se garantiza la concreta y singular efectivización de los derechos fundamentales que ella reconoce.

La decisión de inaplicar en sede administrativa una disposición legal sustentada en clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social (art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos i art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Fallos: 329:2986), requiere, por la naturaleza e importancia institucional, el dictamen previo de la *Procuración del Tesoro de la Nación*.

En este supuesto el susodicho asesoramiento respaldatorio de la PTN se erige en un requisito de *forma esencial* (art. 7 inciso d, LNPA). En tal sentido cabe recordar el dictamen registrado en 309:253, de 2018.

En virtud de la naturaleza institucional de la decisión administrativa que se abstiene de aplicar, de manera singular, una norma legal vigente afectada de presunción de inconstitucionalidad, consideramos que el acto administrativo que concretiza la aplicación directa de la Constitución *debe emanar del órgano con legitimación democrática directa*, esto es, el presidente de la Nación (art. 99 inciso 1, CN).

Sin embargo, esta directriz -inaplicación de una ley sospechosa de discriminación- admite salvedades que permiten destruir la presunción de inconstitucionalidad. Ello ocurre cuando, al momento de emitir el acto, la autoridad pública considera acreditado la presencia de un *interés estatal insoslayable, entendido como fines sustanciales de interés general que hacen al ejercicio de funciones bási-*

cas del Estado. Sin embargo, según la doctrina de la Corte federal, ello tampoco resultará suficiente. Además, se deberá disipar toda duda sobre la *ausencia de medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado* (subprincipio de necesidad).

11.4.6.

La posición de la Administración frente a normas portadoras de presunción de invalidez por inconventionalidad. El control de convencionalidad en sede administrativa.

A continuación, examinaremos la posición de la Administración frente a la norma portadora de presunción de invalidez desde la segunda perspectiva metodológica, relativa al control administrativo de convencionalidad

(1) *Introducción. El control de convencionalidad y su horizonte de proyección*

Ahora bien, frente a esquemas normativos discriminatorios portadores de presunción de invalidez cabe examinar si la Administración está dotada de atribuciones para realizar, por sí y ante sí, el control de convencionalidad.

Por cierto, el control administrativo de convencionalidad al que nos referimos en el párrafo anterior no se limita al veto presidencial a una ley inconventional. Tampoco se agota en la remisión de un proyecto de ley al Congreso propiciando la derogación de una disposición legal contraria al “*corpus iuris*” interamericano de los derechos humanos; o en la impulsión de trámites administrativos tendientes a la derogación, por inconventionalidad, de un reglamento, general o singular.

De inicio debemos señalar que el control administrativo de convencionalidad plantea dos cuestiones primordiales que si bien confluyen, están concebidos desde dos mirajes diferentes: el control de convencionalidad como competencia de la Administración que se encauza a través del debido procedimiento administrativo; y el control de convencionalidad como garantía de la persona humana, esto es, como garantía de protección ínsita en el derecho a la tutela administrativa efectiva.

(2) *El control administrativo de convencionalidad y sus problemas basilares. De inicio, el control de convencionalidad plantea múltiples perplejidades.*

En congruencia con nuestro objeto de estudio consideramos relevante interrogarnos sobre las siguientes cuestiones:

- ¿Qué se entiende por control de convencionalidad? ¿Cuál es su función y finalidad?
- ¿Solamente los tribunales judiciales están facultados para ejercer este control? ¿o también lo pueden llevar a cabo las autoridades administrativas?
- La Administración ¿está obligada a realizar control de convencionalidad?
- ¿Con qué fundamento?
- Si la Administración tiene competencia para realizar control de convencionalidad ¿cuál es el alcance de esa facultad? ¿cómo gravita el principio de especialidad?
- ¿Es jurídicamente válido considerar que el control administrativo de convencionalidad es una garantía ínsita en el derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva?

(3) *La función del control de convencionalidad.*

Mediante el control de convencionalidad se verifica la congruencia entre actos internos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos. Como señala Sergio García Ramírez¹⁴⁹ el control de convencionalidad es una confrontación de los actos *domésticos con las disposiciones convencionales*. Mediante ese instrumento se procura asegurar la primacía del orden jurídico de los derechos humanos, en tanto entraña la aplicación del orden supranacional nacionalmente aceptado en lo que respecta a definir derechos y libertades. El autor citado subraya que el control de convencionalidad es un *proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales que puede y debe ser cumplido*

149 García Ramírez, Sergio "El control judicial interno de convencionalidad", en AAVV, Diálogos jurisprudencial en derechos humanos, Ferrer McGregor-Herrera García coordinadores, Tirant lo Blanch México, 2013, 767 y ss.

no solo por la autoridad jurisdiccional sino también por cualquier otra autoridad en el ámbito de sus atribuciones. De esa verificación, señala, se producirán consecuencias jurídicas: la convalidación o invalidación del acto jurídico doméstico inconsecuente con el orden internacional¹⁵⁰.

El control de convencionalidad ha sido concebido para aplicar el Derecho Internacional. En lo que atañe a la CADH se lo considera un instituto para aplicar el *Derecho internacional de los Derechos Humanos; específicamente, la CADH y la jurisprudencia del Tribunal*¹⁵¹.

Al respecto la CorteIDH sostiene, de manera reiterada, que el control de *convencionalidad está llamado a velar porque los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas internas contrarias a su objeto y fin*¹⁵². Mediante el susodicho dispositivo, sostiene el tribunal interamericano, se controla que los derechos humanos de las personas sean respetados y garantizados¹⁵³.

(4) *Autoridades habilitadas para realizar el control de convencionalidad.*

En la doctrina de la CorteIDH el control de convencionalidad constituye un deber u obligación de todo poder u órgano del Estado¹⁵⁴.

La jurisprudencia del tribunal interamericano de dos lustros es categórica en cuanto afirma que el control de convencionalidad "es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial"¹⁵⁵. El fundamento de este control reside en el ca-

150 García Ramírez, "El control...", op cit., p. 770.

151 CorteIDH, Sentencia "Petro Urrego" párr. 107.

152 CorteIDH "Gelman" 2011, párr. 193; Almonacid Arellano, párr. 124.

153 CorteIDH, "Petro Urrego" párr.107 y sus citas.

154 CorteIDH, "Caso Petro Urrego", 2020, párr. 107; "Casa Nina", párr.139; "Rodríguez Revolorio", 2019, párr. 58; "Caso García Ibarra", 2015, párr.88; "Gelman", 2011, párr. 193, entre otros.

155 CorteIDH, "Gelman" (2011), párr. 239; "Petro Urrego" (2020), párr. 103.

rácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías¹⁵⁶.

Como correlato de la obligación jurídica que concierne a cualquier autoridad –y no solo a los jueces–, es lógico colegir que las personas humanas tienen el derecho a exigir de cualquier autoridad el pertinente control de convencionalidad, en el marco de sus competencias y procedimientos. Desde este vértice, el control convencional se presenta como una garantía de la persona humana que está llamada a proteger sus derechos fundamentales.

En efecto, en el Estado constitucional y convencional de derecho, o Estado de los derechos fundamentales de la persona humana, el *control administrativo de convencionalidad* asume el carácter de *garantía ínsita en el derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva*, reconocido por la CSJN en el célebre precedente “Astorga Bracht”¹⁵⁷. En particular, atañe al segundo momento, esto es, el *derecho a obtener una decisión fundada* en derecho dentro de un procedimiento administrativo conducido en legal forma.

En tanto garantía inherente al derecho a la tutela administrativa efectiva, el control administrativo de convencionalidad plantea múltiples y complejos desafíos. Aunque, lógicamente, también suscita temores y previsibles resistencias.

(5) *Fundamento normativo.*

Como se indicó, desde hace más de dos lustros, la CorteIDH sostiene que todas las autoridades tienen la obligación y el deber de ejercer un control de convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias y procedimientos.

El fundamento normativo de ese deber reposa en los artículos 1 y 2º de la CADH. Ambas previsiones normativas le imponen a los Estados partes un deber de garantía consistente en asegurar jurídicamente el respeto y ejercicio de los derechos humanos.

En tal sentido el art. 1º de la CADH, establece que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades

reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

El art. 2º de la CADH prescribe que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Cabe puntualizar que la expresión “o de otro carácter” contenida en el art. 2º de la CADH comprende cualquier medida eficaz para que todas las autoridades, dentro de sus respectivas competencias, aseguren la efectividad de los derechos.

La jurisprudencia y la doctrina especializada son contestes en afirmar que el art. 2 de la CADH es el fundamento sobre el que descansa el control de convencionalidad. Esa previsión convencional conlleva para cada Estado parte la *obligación general de adecuar el derecho interno* a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella reconocidos¹⁵⁸.

Sergio García Ramírez¹⁵⁹ puntualiza que el deber de garantía establecido en los artículos 1º y 2º de la CADH es del Estado hacia sí mismo; y del Estado hacia la sociedad.

El deber de garantía tendiente a asegurar la protección y respeto de los derechos humanos, se plasma y concretiza a través del aludido deber de adecuación

(6) *El deber de adecuación.*

El deber de adecuación del derecho interno a la CADH, que la CorteIDH extrae de los artículos 1º y 2º de la Convención incluye:

- La adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a

156 CorteIDH, “García Ibarra”, párr. 88.

157 Fallos 327:4185.

158 Conf. CorteIDH, “Caso La última tentación de Cristo”, sentencia de 5.2.2001; “Caso La Cantuta vs Perú”, Sentencia de 29.11.2006; “Caso Zambrano Vélez”, sentencia de 4.7.2007;

159 Op.cit.

las garantías previstas en la Convención¹⁶⁰ ya sea, porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio¹⁶¹;

- La expedición de normas conducentes a la observancia de los derechos y libertades consagrados en la CADH¹⁶²;
- El desarrollo de prácticas tendientes a efectivizar tales derechos y garantías¹⁶³;
- El deber de efectuar interpretaciones (judiciales y “administrativas”) adecuadas a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CorteIDH¹⁶⁴.

Reduciendo la complejidad se extrae que el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención exhibe dos vertientes principales: la supresión de normas y prácticas violatorias a las garantías reconocidas en la CADH; y la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías¹⁶⁵.

La doctrina especializada entiende que las medidas de otro carácter incluyen tanto a las *interpretaciones conformes* de la normatividad nacional con la CADH como también, *dejar de aplicar las disposiciones internas* cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional¹⁶⁶.

160 CorteIDH, “Yatama”, 2005, párrafo 170; “Caso “Durand Ugarte Vs. Perú”, de 16.8.2000, párrafo 137.

161 CorteIDH, “Casa Nina”, 2020, párr. 100.

162 CorteIDH, Casa Nina, párr. 100.

163 CorteIDH, Casa Nina, párr. 100 in fine

164 CorteIDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile” de 24.2.2012, párr. 284.

165 CorteIDH, “Caso Almonacid Arellano”, sentencia de 26.9.2006, párr. 118; “Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador” sentencia de 6.5.2008, párr. 122.

166 Ferrer Mc Gregor, Eduardo- Pelayo Moller, Carlos M., comentario al art. 2º de la CADH en AAVV, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Konrad Adenauer-Eudeba, Buenos Aires, 2014, p. 98.

Para cumplir el deber de adecuación, en sus diferentes variables, y satisfacer los fines de la CADH, los *órganos que desarrollan la función administrativa* están dotados de competencias expresas e implícitas -y, dentro de éstas, de las facultades *expresamente implícitas consagradas en el art. 2º de la CADH* las que, dentro del marco teleológico de la especialidad, la facultan para adoptar *medidas internas de otro carácter* que resulten necesarias, eficaces, tendientes a cumplir el deber de adecuación.

Consiguientemente, la facultad para desarrollar el control administrativo de convencionalidad adquiere fundamento normativo en el art. 2º, de la CADH en cuanto faculta a los órganos a disponer medidas de otro carácter, claro que, en el ámbito de su especialidad.

En tal sentido no duda en afirmar que el control administrativo de convencionalidad, en tanto forma esencial implícita en el art. 7 inciso d, LNPA, es una técnica a cuyo través se concreta, de manera efectiva, el deber de adecuación. La observancia de este deber está llamado a garantizar el respeto y la protección de los derechos que reconocen la CADH y el resto de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

(7) *El control administrativo de convencionalidad y sus variables.*

El control administrativo de convencionalidad -por el cual se brinda efectividad al deber de adecuación, art. 2º CADH- se puede realizar a través diferentes cauces: (i) mediante la interpretación del bloque interno de legitimidad administrativa con perspectiva de derechos fundamentales de la persona humana, en congruencia con la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH; (ii) a través del dictado de disposiciones reglamentarias y de alcance general no normativo conducentes a la observancia de los derechos y libertades consagrados en la CADH¹⁶⁷; (iii) por conducto de la dero-

167 Tal es lo que ocurriría, si, v.gr., el Poder Ejecutivo decidiera reglamentar la Ley de Procedimientos Administrativos con perspectiva de derechos humanos y, en congruencia con la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH y se estableciera un régimen jurídico específico de recursos para cuestiones que pongan en juego de manera directa los derechos humanos. En este supuesto, el deber de adecuación se satisface con la expedición de un cuerpo normativo reglamentario del procedimiento administrativo para

gación de disposiciones reglamentarias (generales, o singulares) y de actos generales no normativos *inconvencionales*; (iv) excepcionalmente, a través de la inaplicación razonada del derecho interno inconvencional.

En todos estos supuestos la función de ese mecanismo procedimental específico no es otra que la de garantizar, en el derecho interno, y en las prácticas que desarrollan en torno a él, el contenido de los derechos reconocidos en el bloque de convencionalidad.

Aun así, en el esquema de ordenación vigente en el orden nacional consideramos que, en relación con el acto administrativo el *ejercicio de control administrativo de convencionalidad es una forma esencial implícita en el art. 7 inciso d, LNPA*. Este procedimiento esencial implícito en el art. 7 inciso d, LNPA está destinado a *prevenir el ilícito convencional* -ora por vía de interpretación o directamente de inaplicación de derecho interno contrario al orden convencional¹⁶⁸- o, en su caso, a removerlo mediante el correspondiente acto administrativo extintivo en virtud del cual, se dispone la remoción o retiro del acto administrativo inconvencional.

Ciertamente, el control administrativo de convencionalidad por vía interpretativa es una competencia de ejercicio obligatorio para todos los órganos que despliegan la función administrativa. Se sustenta en el art. 2º de la CADH y en la jurisprudencia de su

atender cuestiones que conciernen directamente al respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Otro de los modos por el cual se concretiza el deber de adecuación es mediante la consagración, ya por vía legal, de un procedimiento administrativo constitucional y convencional dentro del cual se incluya un mecanismo procedimental específico, el control administrativo de convencionalidad, como un segmento del procedimiento administrativo.

168 A la primera vía, relativa a la interpretación, un sector de la doctrina la denomina control de convencionalidad constructivo, armonizante o adaptativo. En cambio, a la última - inaplicación- se la califica como control repressivo de convencionalidad, en tanto concierne a la faceta destructiva de ese control Sagüés, Nestor P., "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad", en la obra colectiva Estado constitucional y convencional, Managua 2017, INEJ, p. 51 y ss.; Moroni Romero, Lucas L., "El control administrativo de convencionalidad", en JA 2013-IV-47 y ss.

intérprete último, la CorteIDH. A la vez, es necesario recordar que el Código Civil y Comercial (CCC) establece que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos" (art. 2º, CCC).

Por cierto, todos los órganos decisores de la Administración juntamente con la indispensable e imprescindible y comprometida participación de los servicios de asesoramiento jurídico, tienen el deber jurídico de examinar e interpretar el derecho administrativo nacional, provincial y municipal con perspectiva de derechos fundamentales en congruencia con el bloque de convencionalidad según la jurisprudencia labrada por la CorteIDH. En este aspecto no podemos ignorar que esta variable del control administrativo de convencionalidad refuerza la vigencia del principio "*pro persona*" que, como se señaló, es uno de los elementos que compone la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

Señalamos que el control administrativo de convencionalidad exhibe dos modalidades.

Por un lado, se procura, por vía de argumentación o interpretación, la armonización de la norma aplicable con el derecho internacional de los derechos humanos. Por el otro, el control administrativo de convencionalidad tiene una segunda modalidad, ciertamente excepcional, a través de la decisión razonada de inaplicar de manera concreta y singular el derecho interno inconvencional.

A la vez, ambas modalidades de control administrativo de convencionalidad tienen dos variables, una preventiva -del ilícito convencional-; y otra revisora -de acto administrativo irregular afectado de una infracción estructural genética de los deberes que imponen los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Por cierto, en ambos supuestos el control administrativo de convencionalidad se podrá realizar *a pedido de parte o de oficio*.

(9) *En suma:*

- Según lo sostiene reiteradamente la CorteIDH el control de convencionalidad es una "obligación" de toda autoridad pública que se debe realizar en el marco de sus competen-

cias y procedimientos.

- Ese control conlleva, por un lado, el deber de “prevenir” violaciones a los derechos humanos¹⁶⁹. Por otro, acarrea el deber de “solucionar” las violaciones a los derechos humanos cuando “ya hayan ocurrido”, tomando en consideración las interpretaciones de la CorteIDH¹⁷⁰.
- La presencia de un antecedente de derecho portador de presunción de invalidez o ilegitimidad por exhibir supuestos de discriminación por las razones señaladas, habilita (obliga) a la Administración a realizar un control administrativo de convencionalidad -conf. CorteIDH, “Gelman” (2011), “García Ibarra” (2015), “Petro Urrego” (2020), “Urrutia Laubreaux” (2020), “Atala Riffo”(2012) entre otros-, tendiente a adecuar el antecedente de derecho interno, aplicable al acto, a la CADH -y a los demás los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22)- según la jurisprudencia labrada por la CorteIDH
- Frente a un antecedente de derecho (causa) “prima facie” inconvencional, la Administración está obligada (competencia) a realizar, por sí, un control preventivo de juridicidad convencional (procedimiento esencial y sustancial) con la finalidad de armonizar el derecho interno con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos (conf. artículos 1 y 2, del CCC) según la interpretación que emana de la CSJN y la CorteIDH.
- El control preventivo de convencionalidad de naturaleza armonizante está llamado a evitar la emisión de actos administrativos inconvencionales que debilitan y hacen mermar la fuerza normativa de la Constitución nacional convencionalizada.
- La atribución para adoptar medidas administrativas tendientes a prevenir del ilícito convencional constituye una

169 CorteIDH, “Urrutia Laubreaux”, de 27/08/2020, párr. 93

170 Ídem nota anterior.

competencia expresamente implícita de la Administración que es dable extraer del art. 2º de la CADH cuyo ejercicio se respalda en los artículos 99, inciso 1º y 2º; 100, inciso 1º, y 75.22 -artículos 1º y concordantes, CADH- de la Constitución Nacional.

- En situaciones excepcionales la Administración podrá realizar un control preventivo de juridicidad convencional absteniéndose de aplicar, de manera concreta y singular, normas portadoras de presunción de invalidez convencional por incurrir en supuestos de discriminación prohibida (art. 1.1. y 23 CADH).
- Mientras el control preventivo de convencionalidad evita la emisión de actos administrativos inconvencionales -presentándose como un supuesto de prevención del ilícito convencional-, la revisión del acto administrativo inconvencional está llamada a “solucionar” (CorteIDH, Urrutia, p. 93) la susodicha ilegitimidad mediante la remoción o retiro de ese acto.
- En este marco, la revisión de oficio -o a pedido de parte- del acto inconvencional opera como un procedimiento de tipo correctivo (o reparador) llamado a enmendar la grave anti-juridicidad que afecta a este tipo de acto irregular. En estos supuestos, el acto revocatorio, al tiempo que restablece la juridicidad convencional, produce la salvaguarda y restitución “in natura” del derecho humano afectado por el acto inconvencional.

12. Control de oficio y acto administrativo

(1) Las reglas actuales del control constitucional, en cuanto habilitan el control de constitucionalidad “ex officio” (conf. “Mill de Pereyra”; “Banco Comercial de Finanzas”; “Lapadú”; “Mansilla”; “B., J.M.”) se proyectan sobre el régimen jurídico del acto administrativo.

Abandonada la doctrina judicial labrada por la CSJN en “Ganadera Los Lagos” (1941), que vedó el control judicial de oficio de

los actos administrativos, no resulta sostenible predicar, hoy en día, que los actos administrativos irregulares no son susceptibles de ser anulados de oficio por el juez.

Ahora bien: el problema actual consiste en determinar qué actos administrativos podrán ser declarados nulos de oficio por un tribunal judicial.

Un primer miraje postula la aplicación analógica del art. 387 del CCC -esta previsión normativa es similar más no idéntica al art. 1047 del CC, de Vélez-

Sin embargo, en congruencia con las premisas que gobiernan las reglas actuales del control de constitucionalidad, consideramos que el control y posterior anulación judicial de oficio de un acto administrativo opera únicamente cuando éste comprometa la supremacía de la Constitución.

Concretamente: tal como sucede con los demás actos estatales -leyes y reglamentos- solo los actos administrativos que transgredan de modo directo la supremacía constitucional están en condiciones de ser anulados de oficio.

A tal efecto la decisión jurisdiccional deberá resguardar el principio de congruencia en cuanto a los hechos y los planteos y respetar el derecho de defensa de las partes.

(2) El ámbito de realización del control judicial de oficio es el de los actos administrativos gravemente ilegítimos, denominados actos administrativos irregulares.

Los actos administrativos irregulares -considerados tales por carecer de un requisito esencial o resultar afectados de un vicio grave- pueden padecer vicios puramente administrativos y vicios constitucionales o convencionales.

Dentro de estos últimos (vicios constitucionales o convencionales) se presentan tres situaciones diferentes:

- Actos administrativos irregulares que incurrir en una infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada (v.gr. caso

“Aparicio”¹⁷¹, de 2015);

- Actos administrativos irregulares afectados por una infracción estructural genética u originaria material directa de la Constitución convencionalizada (v.gr., CorteIDH, “Ivcher Bronstein”¹⁷²) y
- Actos administrativos irregulares portadores de una infracción estructural genética u originaria formal-material directa de la Constitución convencionalizada (quedan incluidos en esta categoría los actos administrativos sustentados en normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad o inconventionalidad, frente a las cuales no existen razones sustanciales que las justifiquen, v.gr.: (“Mantecón Valdés”¹⁷³ -“Gottschau”¹⁷⁴, entre otros).

Desde este vértice, y como proyección de las reglas actuales del control de constitucionalidad, es dable inferir que el control y posterior declaración de oficio de nulidad de un acto administrativo, solo se puede realizar sobre actos que, directamente, comprometan la supremacía de la Constitución convencionalizada, tal como sucede con otros actos estatales -leyes y reglamentos-. En este sentido, el control y declaración judicial de nulidad de oficio opera, únicamente, sobre los actos administrativos irregulares afectados por vicios constitucionales o convencionales.

171 Fallos 338:284 (2015). En este pronunciamiento se examinó la validez del decreto que nombró conjuces de la CSJN. En su pronunciamiento el alto Tribunal entendió que correspondía declarar la nulidad de la designación de conjuces efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por cuanto el referido acuerdo, si bien tuvo voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, como exige el art. 99, inc. 4º, primer párrafo, de la Constitución Nacional.

172 CorteIDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

173 Fallos: 331:1715

174 Fallos 329:2986.

13. Conclusiones

La necesidad proyectar la fuerza normativa de la Constitución Nacional convencionalizada sobre el derecho administrativo, nos impulsó a explorar las relaciones entre las reglas que gobiernan el control de constitucionalidad y el régimen jurídico del acto administrativo.

No se nos escapa que, de ordinario, el control de constitucionalidad y el acto administrativo se presentan como senderos paralelos, sin puntos articulación o de encuentro.

Sin embargo, un examen detenido de ambos institutos *desde la matriz del Estado constitucional social y democrático de derecho*, permite comprobar que algunas reglas actuales de control constitucional, labradas con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, impactan directamente sobre algunas parcelas del régimen jurídico del acto administrativo.

Los resultados de este trabajo permiten comprobar que, en ciertos supuestos, las reglas de control constitucional *orientan y guían* el régimen jurídico del acto administrativo; en otros, en cambio, lo *condicionan*.

A lo largo de este estudio examinamos cómo algunas de esas reglas proporcionan respuestas que *mitigan la crisis estructural de juridicidad* que afecta al régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Una de las cuestiones que analizamos se refiere a la posición que debe adoptar la Administración con relación a: (i) las normas legales declaradas inconstitucionales por la CSJN en un proceso individual; (ii) las normas legales vigentes, dotadas de presunción de constitucionalidad, pero que la Administración, por sí, “juzga” inconstitucionales; (iii) las previsiones normativas vigentes, portadoras de presunción de inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

Asimismo, nos planteamos si la Administración está facultada para realizar un *control administrativo de convencionalidad*. En tal sentido se indicó que el control administrativo de convencionalidad, en tanto garantía ínsita en el derecho fundamental a la *tutela*

administrativa efectiva, exhibe diferentes modos y procedimientos. En algunos supuestos el susodicho control tenderá a prevenir la consumación del ilícito convencional; en otros, en cambio, el control de convencionalidad se realizará mediante la revisión del acto irregular portador de un vicio grave de naturaleza convencional. En uno y otro supuesto el control procederá, ora por vía de interpretación conforme, con perspectiva de derechos humanos, según el principio “pro persona” –control armonizante, según un sector de la doctrina-; o mediante la no aplicación concreta y singular del fragmento del derecho interno inconvencional. En ambos supuestos el control administrativo de convencionalidad se podrá realizarse a *pedido de parte o de oficio*.

Finalmente se examinó, brevemente, el impacto del control de oficio de constitucionalidad sobre las características de los actos irregulares afectados por vicios constitucionales.

La potestad revocatoria y el artículo 27 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo

Martín Sánchez

Introducción. Los actos administrativos regulares e irregulares. Potestad revocatoria.

En nuestro ordenamiento jurídico, los actos administrativos regulares resultan ser aquellos que reúnen las condiciones fundamentales para su validez, cuya observancia depende del cumplimiento simultáneo de los requisitos esenciales contenidos en el artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo: competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación y finalidad¹. Dentro de este tipo de actos se encuentran dos subgrupos, aquellos que se ajustan en forma plena al principio de juridicidad y los que son portadores de un vicio leve pero presentan condiciones básicas de validez.

A su vez, los actos administrativos irregulares son aquellos que exhiben un defecto o vicio grave en algunos de los elementos esenciales y por lo tanto son susceptibles de ser declarados nulos (artículo 14, ley 19.549). La cualidad principal es que se verifica una discordancia importante y severa del acto –es decir, sus piezas indispensables- con la obligatoriedad que impone el principio

1 CNFed Cont. Adm., Sala III, 11/02/2010, *Pantaleoni de Valitutto c/ Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Público - Ente Residual*, La Ley 70058900.

de juridicidad.

Tanto los actos regulares como los irregulares se subdividen en actos favorables y desfavorables. Dentro de los primeros pueden encontrarse aquellos que amplían la esfera jurídica de los particulares, pues les reconocen un derecho o los liberan de un gravamen. En los segundos se ubican aquellos actos que producen un efecto jurídico desventajoso, pues acarrearán cargas u obligaciones para los destinatarios².

Los actos administrativos favorables, ya sean regulares o irregulares, a diferencia de los desfavorables, en tanto crean situaciones jurídicas activas o disminuyen o eliminan una pasiva pueden ingresar—en los casos previstos por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo— en la denominada “área de estabilidad”, es decir que no podrán ser modificados, sustituidos o revocados en sede administrativa.

Sin embargo, existe una importante diferencia ya sea que nos encontremos frente a un acto regular o irregular. Los primeros, una vez que han sido notificados sólo podrán ser revocados en caso que el particular hubiera conocido el vicio, que la revocación lo favorezca sin causar perjuicios a terceros o si el derecho fue otorgado a título precario. También se permite a la Administración la sustitución, modificación o revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia indemnizando los perjuicios que esa acción ocasionare (artículo 18, primera parte de la ley 19.549).

En el caso de los actos administrativos favorables irregulares, a raíz del propio vicio del que adolecen, la Administración tiene la obligación de revocarlos o sustituirlos por razones de ilegitimidad. No obstante ello, podrán ingresar al área de estabilidad —y por lo tanto resultarán inmodificables por el poder administrador en la propia sede— si el acto se encontrara firme y consentido y hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (artículo 17, ley 19.549). A ello debe sumarse que, por vía jurisprudencial, se ha adicionado como requisito que el particular desconozca

² SAMMARTINO, Patricio M.E., *Amparo y Administración. En el Estado Constitucional Social de Derecho*, Tomo I, Abeledo Perrot, 2012, pp. 247-248.

la existencia del vicio³.

Ahora bien, independientemente del tipo de acto frente al cual nos encontremos, la estabilidad resulta una garantía que juega de forma exclusiva en favor del particular destinatario del acto. En ese sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que “El acto que crea o declara deberes, cargas u obligaciones a los administrados frente a la Administración, no se encuentra alcanzado por el régimen de la estabilidad, pues ésta se refiere específicamente a los derechos”⁴.

La estabilidad, en consecuencia, no resulta predicable ni para los actos de gravamen, ni para los sancionatorios. Tampoco puede ser invocada para favorecer a la autoridad

administrativa. Se trata de una técnica del derecho administrativo que consolida en sede administrativa los efectos jurídicos vinculantes del acto administrativo favorable⁵.

Esa estabilidad, entonces, presenta una doble función. Por un lado, resulta una garantía en favor del particular para que se mantenga la situación que el acto ha creado, por el otro se traduce en un límite a la potestad revocatoria de la Administración. Es decir, que la misma autoridad que ha dictado el acto no puede disponer su revocación⁶.

En consecuencia, la idea de estabilidad se encuentra vinculada a la idea de inalterabilidad del acto administrativo favorable en sede administrativa. Además, para que dicho acto pueda ser revocado, la Administración debe verificar previamente que no se encuentre dentro del área de estabilidad (artículos 17 y 18 de la ley 19.549).

³ CSJN, *Miragaya c/ Comité Federal de Radiodifusión*, Fallos 324:3316 (2001).

⁴ Dictámenes 246:443.

⁵ SAMMARTINO, Patricio M.E., “La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional. De la “cosa juzgada” al “área de estabilidad”, L.L. 2019-C-1, 4.

⁶ CSJN, *Rubio c/ Provincia de Buenos Aires (IPS)*, Fallos 318:9333 (1995).

El acto administrativo irregular. La justificación del poder revocatorio por parte de la Administración.

Tal como se ha mencionado, el acto administrativo irregular debe ser revocado en sede administrativa, salvo que el mismo hubiese ingresado en el área de estabilidad.

Cabe recordar que el acto administrativo resulta una estructura jurídica que debe reunir un conjunto de requisitos esenciales y que junto con la ausencia de vicios en la voluntad del emisor del acto resultan indispensables para sostener su validez⁷.

Es así que la Administración tiene la obligación de sustituir en sede administrativa por razones de ilegitimidad el acto nulo. Este obrar, se sostiene, encuentra sustento en la gravedad del vicio y el interés público comprometido, que obligan al inmediato restablecimiento y vigencia de la juridicidad⁸ mediante la no permanencia en el mundo jurídico de actos portadores de una nulidad absoluta.

En relación a la actividad de la Administración se ha sostenido, desde un criterio objetivo, que corresponde dejar de lado la pauta derivada del órgano o sujeto actuante y considerar el fundamento por el cual se produce la extinción. En consecuencia, corresponde al poder administrador que disponga la revocación de un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia por su inadecuación a las exigencias del interés público del momento en que tal extinción tiene lugar; mientras que cuando el fundamento es la ilegitimidad del acto vinculada a vicios o defecto inherentes a su estructura la Administración –o incluso la

Justicia- debe proceder a su anulación⁹.

Por otro lado, desde un criterio subjetivo, se ha puesto énfasis en considerar especialmente al órgano que dispone la revocación del acto. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se inscribe en esta posición, pues emplea expresamente la locución *revocación*, tanto por cuestiones de ilegitimidad –art. 17, primera parte- como por razones de oportunidad mérito y conveniencia –art. 18, última parte-. Además, ello resulta conteste con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha utilizado tales expresiones –o sus variables- para referirse a los actos que importan el retiro del mundo jurídico del acto administrativo irregular¹⁰.

Así, en el fallo “Bodegas y Viñedos” mencionó la posibilidad que se ejerza la “potestad revocatoria una vez advertida la irregularidad del acto”¹¹. Asimismo, en el caso “Cabanas” se hizo referencia a que la Administración pueda “dictar la revocación por razones de ilegitimidad en sede administrativa” cuando el acto administrativo adolezca de algún elemento esencial dispuesto por ley¹².

Por último, puede mencionarse lo sostenido en el precedente “Talleres Navales Dársena Norte” relativo a que “la potestad revocatoria de la Administración de los actos irregulares renace cuando el titular de los derechos subjetivos nacidos de aquellos ha conocido el vicio que afecta al acto irregular”¹³.

7 SAMMARTINO, Patricio M.E., “Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional social de derecho”, E.D. 724 (2014), p. 4. Cita Digital: ED-DCCLXXIV-466.

8 HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Comentario exegético del decreto 1510/97. Jurisprudencia aplicable*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 142. Si bien el autor analiza la normativa de la Ciudad de Buenos Aires, la misma resulta similar –en este aspecto- a la ley nacional.

9 COMADIRA, Julio R. MONTI, Laura (Colaborador), *El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, 1ra. Edición, 6ta. Reimpresión, La Ley, 2011, p. 188/90.

10 SAMMARTINO, Patricio M.E., “Introducción al estudio sistemático de las consecuencias principales y secundarias del acto administrativo irregular”, *RDA Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia y legislación práctica* 135 (2021), p. 18.

11 CSJN, *Bodegas y Viñedos Giol E.E.I. y C. c/ Dirección General de Fabricaciones Militares*, Fallos 310:380 (1987).

12 CSJN, *Cabanas*, Fallos 311:160 (1988).

13 CSJN, *Talleres Navales Dársena Norte S.A.C.I. y N.*, Fallos 341:1679 (2018).

Para el supuesto en que la Administración se hallara impedida de revocar *per se* su propio acto, debe recurrir entonces a la vía judicial a través de la acción de lesividad si aquel se encontrara firme y consentido y hubiese generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo. La acción que se interponga tendrá por objetivo, entonces, impedir la subsistencia de ese acto y la de los efectos aún pendientes. Cabe destacar que para que la Administración se vea impedida de ejercer su potestad revocatoria en sede administrativa los derechos subjetivos se deben estar cumpliendo de manera efectiva¹⁴.

De esta forma, se exponen en forma clara las potestades de la Administración para revocar sus propios actos nulos y a la vez determina los límites para ello, lo que redundará en una garantía para el particular. Es que las prerrogativas del poder público sólo pueden entenderse en la medida que existan en un marco de equilibrio, con las garantías del administrado¹⁵.

A todo lo expuesto debe añadirse la ausencia de conocimiento del vicio por parte del beneficiario del acto como una última condición para excluir la potestad revocatoria. Este extremo, si bien no se ha sido incorporado en el texto de la ley para los actos irregulares (aunque sí para los regulares), fue receptado por vía jurisprudencial¹⁶ y resulta una derivación del principio que nadie puede beneficiarse de su propio mal obrar¹⁷.

Sobre este aspecto, la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado que procede la revocación del acto nulo afectado por una nulidad absoluta, aun cuando se afecten derechos subjetivos, cuando el particular hubiere conocido el vicio pues ello opera

14 CSJN, *Olivera c/ Estado Nacional/Ministerio de Defensa*, Fallos 310:1870 (1987).

15 CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 12da. Edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p. 790.

16 CSJN, *Almagro c/ Universidad Nacional de Córdoba*, Fallos 321:169 (1998). En igual sentido CSJN, *El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas*, Fallos 326:3700 (2003).

17 RIGGS VS. PALMER [1889] 115 NY 506.

como una sanción a su mala fe¹⁸.

No obstante resulta importante recordar que la mala fe del particular no puede ser presumida¹⁹.

La potestad revocatoria y el artículo 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Como se ha mencionado, en nuestro país la Administración goza de la prerrogativa de revocar sus propios actos ya sea en sede administrativa o judicial según resulte el caso (arts. 17 y 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). En aquellas situaciones en las cuales el poder estatal decide revocar un acto administrativo irregular que ha resultado favorable al particular, si ese acto se encontrara firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo deberá ejercer su facultad revocatoria mediante la acción de lesividad.

A su vez, el artículo 27 del mismo cuerpo normativo dispone que *“No habrá plazo para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”*.

Tomando en consideración la actividad de la Administración y la concretización de derechos esenciales que en muchos casos se materializa, esta situación no parecería resultar del todo justa. Es que en su accionar la Administración debe generar seguridad en los particulares y mantener un cierto grado de previsibilidad en sus decisiones.

Lo antedicho no parecería verificarse al permitirle revocar sus actos libremente, vulnerando derechos que ya han sido adquiridos por el particular.

Sumado a ello, es preciso considerar que los particulares sí disponen de plazos fatales para cuestionar los actos administrativos

18 Dictámenes 235:446.

19 CNFed. Cont. Adm., Sala III, 11/05/1989, *Wainstein c/ Universidad Nacional de Buenos Aires*, L.L. 1989-D, 481.

en sede judicial, aun cuando ellos se encontraran viciados de nulidad absoluta (si bien se ha sostenido en doctrina que sí podrían beneficiarse de la imprescriptibilidad en esos supuestos²⁰).

En efecto, la Corte se expidió en el precedente “Gypobras” afirmando que ese plazo perentorio constituye una prerrogativa procesal en favor de la Administración fundada en la necesidad de brindar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos²¹.

Por lo tanto, y de acuerdo a lo que sostuvo en el fallo “Alcántara Díaz Colodrero”, vencido el término en el cual el particular puede entablar la demanda, esos actos devienen firmes e irrevisables como consecuencia lógica de la presunción de legitimidad de los actos dictados por la Administración²².

Inclusive, en el caso “Gorordo” afirmó que en caso de mediar una acción judicial el propio juez puede examinar de oficio el plazo de caducidad para impugnar los actos administrativos y rechazar la demanda pues se trata de un presupuesto procesal²³.

Todo ello, permitiría considerar que la Administración goza de una prerrogativa que resultaría excesiva.

Además, cabe destacar que las partes de la relación administrativa no se encuentran en una situación de igualdad, pues mientras el particular debe entablar la demanda de nulidad en un plazo perentorio si no quiere dejar firme un acto administrativo portador de un vicio cuya sanción es la nulidad absoluta, la Administración se encuentra eximida de observar plazo alguno y puede benefi-

ciarse con la imprescriptibilidad de la acción.

Conclusiones

No obstante el predicado equilibrio entre potestades estatales y garantías del administrado, la letra del artículo 27 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos parece ceder en favor de las primeras. Ello, por cuanto establece que el Estado o sus entes autárquicos no tienen plazos para solicitar la anulación de sus actos irregulares cuando revistan la calidad de actores.

Si bien ese mismo artículo aclara “*sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción*”, al encontrarnos ante un acto nulo cuya sanción es la nulidad absoluta el plazo para interponer la acción resultaría imprescriptible.

En este sentido, resultaría saludable que la Administración disponga un plazo acotado para ejercer su potestad revocatoria, el cual podría ser consignado específicamente en el texto legal, obviando fórmulas o criterios abiertos. Todo ello, a fin de brindar una real y efectiva seguridad a los derechos de los particulares y un marco temporal circunscripto y específico a la actuación estatal.

Con esta medida se podría alcanzar una igualdad real entre el particular y la Administración, respetando tanto las garantías de uno como las potestades de la otra. Además, permitiría segmentar la actividad administrativa en función de los derechos involucrados en sus decisiones.

Pero, además, la inclusión de una fórmula carente de contornos temporales específicos podría resultar contraria a la Constitución Nacional y –en especial– a la Convención Americana de Derechos Humanos –con rango constitucional– que en su artículo 8, inciso 1 dispone que toda persona “*tiene derechos a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*”.

Estas garantías y pautas no resultan privativas de la esfera judicial, sino que también deben aplicarse a la administrativa pues como ha sostenido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos

20 CANDA, Fabián, “Dos cuestiones propias del proceso contencioso: daños derivados de un acto tachado de ilegítimo y el plazo de prescripción del acto administrativo nulo”, *El Derecho – Revista de Derecho Administrativo* (2005), 67. Cita Digital: ED-DCCLXVII-638.

21 CSJN, *Gypobras c/ Estado Nacional-Ministerio de Educación y Justicia*, Fallos 318:440 (1995).

22 CSJN, *Alcántara Díaz Colodrero c/ Banco de la Nación Argentina*, Fallos 319:1476 (1996).

23 CSJN, *Gorordo Allaria de Krajl c/ Ministerio de Cultura y Educación*, Fallos 322:73 (1999).

“...cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana...”²⁴.

Las garantías consagradas en la Convención Americana, entonces, deben aplicarse también al ámbito administrativo, pues tal como se ha afirmado

“Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”²⁵.

Asimismo, consagrar un plazo de textura abierta y en gran medida librado a la discrecionalidad administrativa también encuentra un valladar en la normativa interna. En efecto, el artículo 2° del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la ley debe ser interpretada, entre otras cuestiones, atendiendo a “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”.

Por lo tanto, corresponde realizar una interpretación adecuada de lo que se entendería por plazo razonable a los fines de no frustrar los derechos que han sido satisfechos. Al respecto, es preciso recordar que la finalidad de esa interpretación es buscar sentido y valor a la norma para medir en forma precisa su extensión y apreciar su eficiencia en las relaciones jurídicas que se encuentran

24 Corte I.D.H., Sentencia *Tribunal Constitucional*, del 31 de enero de 2001, Serie C, N° 71.

25 Corte I.D.H., Sentencia *Baena, Ricardo y otros*, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72. En un sentido similar: Corte I.D.H., Sentencia *Maldonado Ordóñez*, del 3 de mayo de 2016, Serie C, N° 311.

comprendidas dentro de su ámbito de vigencia²⁶.

La actividad administrativa debe, entonces, sujetarse al principio de juridicidad que se nutre –entre otros factores– de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Es aquí donde se halla la idea de una juridicidad material que no sólo limita el poder de la Administración, sino ordena el desarrollo de la actividad positiva que logra crear las condiciones de una igualdad real que permitan que los individuos de una sociedad puedan acceder a los bienes mínimos y existenciales, que les corresponden por su condición de persona humana. Este principio se encuentra estrechamente vinculado a la idea de previsibilidad y seguridad jurídica²⁷, que fueran receptados ya en el precedente “*Carman de Canton*”²⁸.

La seguridad jurídica implica un valor supremo en el Estado de derecho, junto con la protección de las expectativas jurídicas y la protección de los particulares de la intervención arbitraria de los gobiernos, pues cuando ello se respeta los individuos tienen certeza respecto de los estándares y reglas por los cuales se juzgará su conducta²⁹. Al respecto, debe recordarse que “*la Administración debe ser leal, franca y pública en sus actos*”³⁰.

Por su parte, el principio de juridicidad emana del artículo 19 de la Constitución Nacional, norma sobre la cual la Corte ha afirmado que “*exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tenga el mayor grado de precisión y previsibilidad posible, el cual no puede ser analizado en abstracto y de forma teórica, sino atendiendo razona-*

26 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 22da. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 95.

27 SAMMARTINO, Patricio, “Introducción...”, p. 10.

28 CSJN, *Carman de Cantón c/ Nación Argentina*, Fallos 175:368 (1936).

29 SAMMARTINO, Patricio, “Introducción...”, p. 7. El autor cita aquí a la obra de Neil Mac Cormick (MAC CORMICK, Neil, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Palestra, Lima, 2017, p. 53).

30 CSJN, *Ocampo, Manuel c/ Administración de Rentas del Rosario*, Fallos 10:203 (1871).

*blemente al ámbito de aplicación concreto de la norma en cuestión y la capacidad de conocimiento de los sujetos a los cuales se dirige*³¹.

Otorgar a la Administración, entonces, un plazo que carezca de limitaciones temporales precisas para el ejercicio de la potestad revocatoria llevaría a desnaturalizar las garantías de los particulares reconocidas de forma expresa, además de implicar una aplicación contraria a los preceptos receptados legalmente.

Es decir, implicaría reconocer la indeterminabilidad del plazo para revocar actos administrativos bajo el ropaje aparente de la existencia de determinabilidad consagrada en una figura que permitiría múltiples interpretaciones como es el del “plazo razonable”.

El término en cuestión debería introducirse mediante una modificación al artículo 27 de la ley 19.549, que correspondería que fuera efectuado por el legislador, a quien concierne determinar cuál es el esquema esencial para proteger cada uno de los derechos fundamentales y la ponderación de la dimensión en que éstos deben ser protegidos³².

Como ya se ha mencionado, ese término debería resultar superior a aquel otorgado a los particulares para cuestionar actos administrativos en sede judicial, en virtud de las propias características de las tareas desarrolladas por la Administración. Sin embargo, tampoco debería ser sumamente extenso pues ello conllevaría un estado de inseguridad para el particular que atentaría contra la estabilidad del derecho que le ha sido reconocido.

31 CSJN, *Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN*, Fallos 341:1017 (2018).

32 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003, p. 74.

Principios generales del Procedimiento Administrativo en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación

Gustavo E. Silva Tamayo¹

Introducción

Como bien es sabido, la función paradigmática de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante “PTN”) ha sido, desde sus inicios, la de prestar asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo Nacional y a los órganos y entes secundadores de la función administrativa que de él dependen, a través de sus dictámenes: verdadero cuerpo de doctrina al que se lo ha calificado, y no sin razón, como “jurisprudencia administrativa”.

En el año 1947, la Ley N°12.954 creó el Cuerpo de Abogados del Estado, encomendando su dirección general al Procurador del Tesoro de la Nación e integrándolo con los servicios jurídicos permanentes de las distintas reparticiones que conforman el universo de la Administración Pública nacional, centralizada y descentralizada.

Así, cada uno de esos servicios se consideran delegaciones del

¹ Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Posdoctor en Derecho. Director Nacional de Dictámenes de la PTN. Dictado en 1933, en acuerdo general de Ministros, a iniciativa del Subsecretario del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Dr. Rafael BIELSA y reformado años después mediante el Decreto N° 7520/44.

Cuerpo y mantienen una doble vinculación: jerárquica dentro de la estructura administrativa en la cual se hallan insertos; y técnica con la PTN, encontrándose obligados a observar la interpretación que el máximo organismo asesor efectúe en cuestiones jurídicas, conforme surge del juego armónico de los arts. 6° de la Ley N°12.954 y 4° de su reglamentación.

La labor consejera de la PTN ha revestido de una gran importancia máxime teniendo en cuenta que, hasta el dictado de la Ley N°19.549 no existía en el orden nacional un plexo homogéneo de normas procedimentales aplicables a toda la Administración, excepción hecha de la regulación del recurso jerárquico².

Muchas de sus interpretaciones fueron tenidas en cuenta por la Comisión Redactora de la ley² y, con posterioridad a su entrada en vigencia, sus pareceres han aclarado y proporcionado criterios que han iluminado el juicio de los operadores jurídicos.

En este breve comentario nos proponemos reseñar las líneas rectoras sentadas por la PTN que, entendemos, son las más significativas dentro de los principios del procedimiento administrativo, algunas de ellas de reciente elaboración.

Noción de principio

El Estado Social y Constitucional de Derecho³, requiere de un

2 El gobierno de facto, que había usurpado el poder designó a los doctores Adalberto COZZI, Héctor J. ESCOLA y Carlos A. YOUNG, como integrantes de la misma en el año 1970. La Comisión culminó sus trabajos en el año 1971. Además de la jurisprudencia administrativa de la PTN, sus redactores tuvieron en cuenta la ley española de Procedimiento Administrativo de 1958, la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires N° 7647 y las opiniones de Juan F. LINARES y Miguel S. MARIENHOFF.

3 La expresión “Estado Social y Democrático de Derecho” presupone, según Luigi FERRAJOLI, la existencia de una constitución democrática, es decir, aquella que tiene como normas de reconocimiento la representación política y la división de poderes, la autonomía de la voluntad, la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales (*Principia Iuris*, Trotta, Madrid, 1° edición en español, 2011, tomo I, p. 844). Como no toda constitución es democrática, entendemos que la denominación correcta o suficiente de la estatalidad sobre la que centramos este trabajo sería la de “Estado So-

tipo de normatividad especial, que la doctrina alemana denomina “programación normativa” o “programación por objetivos”. Esta modalidad de regulación se caracteriza por el empleo de mandatos de optimización que tienen que ser realizados en la medida de lo posible, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas programaciones aparecen, en general, en las constituciones occidentales de posguerra, en materia de derechos fundamentales, de protección de la salud, de tutela del medio ambiente, de regulación económica, etc.

Tal forma de regulación, se ha dicho, coloca a la Administración en una posición dual: ejecutante y autoprogramable, dentro del perímetro normativo establecido. Así, “(...) *la Administración no sólo aplica e implementa un denso y detallado programa legal, sino que también formula y realiza políticas públicas investida de un notable poder de configuración (...) que abre toda una escala de creatividad (...) ante la legislación primaria*”⁴.

En esta línea SCHMIDT-ASSMANN considera que la cláusula de “Estado Social” contenida en la Ley Fundamental de Bonn, confiere a la Administración una amplia aptitud interpretativa y una guía para el ejercicio de sus poderes discrecionales; en suma, un vasto poder de configuración jurídica para la consecución de esos resultados. Esto es así por cuanto la atenuación legal, por ejemplo, a través de cláusulas generales -y también de conceptos jurídicos indeterminados-, no supone un desmedro a los postulados del Estado de Derecho. Por el contrario, contribuye a fortalecer el principio de separación de poderes, desde la perspectiva actual, en la cual las instancias aplicadoras de la ley también realizan una aportación importante al proceso de concreción jurídica, pues lle-

cial, Constitucional y Democrático de Derecho” y sólo por una convención de lenguaje nos limitaremos a designar esa realidad como “Estado Social y Constitucional de Derecho”, dando por entendido que quedan fuera de ese modelo los Estados que carecen de constitución democrática.

4 Cfr. BARNÉS, Javier, “Algunas respuestas del Derecho Administrativo Contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, Procedimientos de Tercera Generación”, en: *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo* (BARNÉS, Javier, Editor), INAP-Global Law Press, Madrid, 2° edición, 2012, p. 280.

van a cabo una aplicación creativa y no meramente ejecutora⁵.

En suma, en el Estado Social y Constitucional de Derecho, la ley no puede predeterminar sólo con criterios estrictamente jurídicos la actuación del órgano ejecutivo y la programación normativa le otorga una amplia discrecionalidad para configurar la realidad sobre la que debe operar, con estándares comprensivos de la eficiencia y eficacia, la repercusión social y las posibilidades fácticas, lo que lleva a su optimización⁶. Por supuesto que esa mayor libertad que, en definitiva, el legislador le reconoce al administrador, debe ser objeto de revisión judicial, pero sin que los jueces pierdan de vista los fundamentos que la sustentan, contenidos en los Principios Generales de Derecho (PGD) y se abstengan de administrar a través de sus sentencias.

Con un ánimo simplista y sin desconocer la riqueza del tema, mucho más dentro del Estado Constitucional de Derecho, a los fines de este trabajo entenderemos por “principio” toda proposición de contenido inconcreto que representa un criterio fundamental o punto de partida de un sistema. O bien una regla de conocimiento a partir del cual se lo elabora y fundamenta.

Los Principios Generales de Derecho cumplen, tanto más en este escenario actual, una función directiva de todo proceso de creación del ordenamiento jurídico; interpretativa para resolver el conflicto de un modo más justo e integradora que permite al operador resolver el conflicto ante la ausencia o insuficiencia de ley.

5 Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo” en: *Innovación...*, cit. traducción de Luciano Parejo Alfonso, ps. 76-77.

6 Ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Transformación (;y Reforma?) del Derecho Administrativo en España*, INAP-Global Law Press, Madrid, 1º edición, 2012, ps. 56-57. Este mismo autor llama la atención respecto a que, frente a la clásica programación rígida de la actuación administrativa se asiste ahora a un doble fenómeno de una “autoprogramación” y una “reserva” de espacios de acción a su favor, por lo que, entiende, “...se camina ya hacia un sistema policéntrico de producción, definición y ejecución del Derecho” (Ver: *El concepto del Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª edición, 2009 p.474).

Pueden tener un carácter general o informador del ordenamiento jurídico en general, como la buena fe, aplicable a todo el Derecho o sectorial que corresponde a las distintas ramas del conocimiento jurídico, como en el Derecho Administrativo la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la continuidad de los servicios públicos, o la autotutela del dominio público.

Dentro del Derecho Administrativo, existen instituciones que también presentan principios propios, tal es el caso del procedimiento administrativo establecido en el art. 1º de la LNPA.

El procedimiento administrativo constituye el cauce formal de actuación de la Administración y cumple dos funciones: de garantía de un obrar administrativo adecuado a la legalidad y a la oportunidad; y de tutela de los derechos y garantías de los particulares. En tanto reviste esa condición instrumental que permite que la Administración cumpla con sus cometidos, es natural, entonces, que se rijan por principios ordenadores del mismo.

Por ello, es que el hecho de que ciertos principios, por su carácter genérico o directriz de todo el ordenamiento jurídico no se encuentren expresamente contemplados en la LNPA no significa que no resulten aplicables al procedimiento administrativo.

En consecuencia, en primer lugar nos referiremos a los principios de legalidad y razonabilidad, para luego seguir el orden de los principios específicos que menciona el artículo 1º.

Finalmente haremos alusión a otros principios que tampoco han recibido consagración normativa expresa pero que también resultan aplicables a la materia procedimental y la PTN se ha expedido sobre ellos.

El principio de legalidad

Todo el accionar de la Administración debe encuadrarse en un marco de respeto al ordenamiento jurídico. En relación al procedimiento administrativo recursivo se lo ha formulado como de “legalidad objetiva”, en el sentido de que el mismo tiende no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con

el fin de mantener el imperio de la legalidad y de la justicia en el funcionamiento administrativo.

Así la PTN ha efectuado reiteradamente una invocación del principio de legalidad objetiva como inspirador del procedimiento administrativo⁷.

La PTN ha expresado que la Administración está también obligada a respetar el principio de *juridicidad* noción más amplia que la legalidad y que comprende todas las emanaciones del Derecho (Constitución, Tratados, Reglamentos, PGD), siendo aplicable, incluso respecto a los actos reglamentarios⁸.

También ha dicho el Alto Organismo Asesor que la LNPA tiene como finalidad el encauzamiento jurídico de la actividad de la Administración mediante la intervención de órganos que aseguren la juridicidad del procedimiento⁹.

El principio de razonabilidad

Por imperativo constitucional, los actos que se dicten en el procedimiento administrativo deben ajustarse al principio de razonabilidad que deriva del artículo 28 CN. Si bien este precepto se refiere a normas legislativas, se acepta que es de aplicación a los actos emanados de los otros dos órganos estatales.

Esta cláusula, cuya contracara es la arbitrariedad, proyectada a la actividad de la Administración opera tanto respecto de los actos de alcance particular como respecto de los reglamentos, trátense de actividad reglada o discrecional.

La irrazonabilidad puede manifestarse como *esencial*, cuando el acto administrativo no guarda proporción con los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales, o cuando el acto exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue, o una falta de coherencia.

7 *Dictámenes*, 163: 200, entre otros.

8 *Dictámenes*, 128: 526, entre otros.

9 *Dictámenes*, 193: 110.

La PTN ha señalado que la razonabilidad es el fundamento que brinda fuerza de convicción a un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales¹⁰. También que en el derecho argentino la razonabilidad presupone el control del acto en su objeto y fin, de acuerdo al artículo 7º, incisos c) y f) y el vicio será el de violación de la ley o desviación de poder (art. 14, inc. b, LNPA)¹¹. Asimismo, con cita de MARIENHOFF, ha expresado que la razonabilidad implica congruencia, proporción, adecuación de medio a fin¹².

Los principios regulados en el artículo 1º LNPA son:

- La impulsión o instrucción de oficio u oficialidad (inciso a)
- La Administración debe instar el trámite de oficio, impulsarlo, incluso en materia probatoria y avanzar hasta su conclusión, aunque el interesado no hiciere nada.

En ese sentido el art. 4º del RLNPA establece que le cabe al órgano competente el impulso de las actuaciones administrativas, sin perjuicio de que el interesado pueda también instarlas.

La PTN ha interpretado cómo deben conciliarse el deber que pesa sobre la Administración de impulsar de oficio las actuaciones –que la ley le impone en obsequio del aseguramiento de la realización de la verdad material objetiva–, con la propia actividad que es dable esperar de los administrados en su rol de “colaboradores” en el procedimiento administrativo.

Así, si bien expresó que, como consecuencia de estos principios “...los funcionarios deben adoptar todas las medidas necesarias para la adecuada impulsión del procedimiento y para el conocimiento de los hechos reales; en tal sentido se deben pedir y expedir los informes que sean convenientes para la resolución del caso”¹³. También sostuvo, conjugando estos principios con el derecho de los particulares a ofrecer

10 *Dictámenes*, 246: 554.

11 *Dictámenes*, 304: 291.

12 Dictamen del 2-3-20.

13 *Dictámenes*, 259, 233.

y producir pruebas (LNPA, art. 1º, inc. f, ap. 2) que la Administración debe dilucidar la verdad material objetiva sea directamente o “(...) requiriendo del interesado el aporte de los elementos necesarios para resolver la cuestión”¹⁴ y que “(...) deben adoptarse los recaudos pertinentes para poder decidir la cuestión, partiendo de la base de que la Administración puede y debe, en uso de sus facultades instructorias de ordenamiento del trámite y de impulsión de oficio disponer por sí –sin perjuicio de la participación que al administrado le corresponde-, las medidas conducentes al debido esclarecimiento de los hechos en cuestión, teniendo en cuenta el principio de la verdad material que rige el procedimiento administrativo”¹⁵.

En otros supuestos reconoció que el impulso podía encontrarse a cargo del propio interesado: “(...) cabe deducir la facultad del particular afectado por una observación legal (del Tribunal de Cuentas) de impulsar el procedimiento a fin de obtener un pronunciamiento del Poder Ejecutivo insistiendo en el acto observado, o bien su revocación por parte de la autoridad que fuese competente para disponerla”¹⁶.

El deber de impulsar de oficio las actuaciones, por otra parte, ha impedido en ciertas circunstancias que la inactividad del administrado sirviera de excusa a la Administración para eludir la carga que la ley pone en cabeza de ella: “(...) si ante la inactividad de la Administración, pese a su deber de actuar, se castigara la espera del peticionante, aquella ganará dos veces: primero no resolviendo y después haciendo caducar el recurso”¹⁷.

Sin embargo, la LNPA también dispone que, transcurridos 60 días desde que el trámite se hubiese paralizado por causa imputable al administrado, el órgano competente le notificará que, si transcurriesen otros 30 días, se declarará de oficio la caducidad de los procedimientos, archivándose el expediente (art. 1, inc. e, ap. 9).

Finalmente, el asesor máximo ha aclarado que el principio es

14 *Dictámenes*, 160: 1.

15 *Dictámenes*, 160:24.

16 *Dictámenes*, 198: 225.

17 *Dictámenes*, 207: 212.

de aplicación generalizada en el denominado *procedimiento recursivo*, aunque atenuada en los casos en los que esté comprometido el interés privado del particular¹⁸.

La celeridad, economía sencillez y eficacia (inciso b)

La LNPA consagra la celeridad, la economía, la sencillez y la eficacia en los trámites, aunque sin definir ninguno de los conceptos: la *celeridad* se relaciona con la rapidez e inmediatez en la resolución de los trámites; la *economía* significa lograr los objetivos al menor costo posible: la *sencillez* consiste, esencialmente, en la simplificación de los trámites y la *eficacia* se refiere al cumplimiento de los objetivos.

La PTN ha vinculado a la eficacia, supraconcepto que incluye a la celeridad, la economía y la sencillez con el principio del “*favor acti*” ante la presencia de irregularidades intrascendentes.

Así ha tenido oportunidad de sostener que: “No posee entidad, ni relevancia como para considerarse como un vicio del acto invalidante que afecte su juridicidad, la eventual equivocación sobre el tipo de la sustancia importada en el considerando de la resolución impugnada. Una solución contraria implicaría desconocer los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites que ordena el artículo 1º, inciso b de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”¹⁹.

También ha interpretado que los principios de economía y eficacia implican que los trámites deben perseguir necesariamente el logro de los objetivos propuestos con la menor cantidad de recursos disponibles²⁰.

Ahondando un poco más la cuestión señaló que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la eficacia se encuentra positivada a nivel infraconstitucional, como una garantía procedimental que confluye con la celeridad, economía y sencillez en los trámites

18 *Dictámenes*, 314: 130.

19 *Dictámenes*, 237: 483.

20 *Dictámenes*, 302: 440.

prevista en el art. 1º, inc. b) de la LNPA y en el artículo 4º de la LAF, como un objetivo de interpretación y reglamentación, presente junto a la regularidad financiera, la legalidad y la economía y eficiencia en la obtención y aplicación de los recursos públicos. Y que los aspectos procedimentales y financieros están íntimamente entrelazados porque si la eficacia es el cumplimiento de los objetivos propuestos para alcanzar una finalidad pública, ella presupone también la economía y la eficiencia. La eficacia alude a la producción real y efectiva de un resultado, mientras que la eficiencia se refiere a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin²¹.

Informalismo a favor del particular (inc. c)

El particular está excusado del cumplimiento de exigencias formales no esenciales que puedan ser salvadas posteriormente. El principio constituye una verdadera garantía tuitiva a favor del administrado que ha encontrado en la defectuosa calificación de los recursos una notable manifestación, con asiento en la “teoría de la calificación jurídica” y en conexión con los principios de impulsión de oficio y verdad material objetiva.

Así la PTN ha opinado reiteradamente que: *“La Administración debe encuadrar cada impugnación en la normativa procedimental de aplicación. Ello así, por el principio del informalismo a favor del administrado que consagra el artículo 1º, apartado c de la Ley N°19.549 y además por la teoría de la calificación jurídica, sustentada en el artículo 81 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, según el cual, los actos tienen la denominación que corresponde a su naturaleza y no la que le atribuye la parte (...)”*²².

En función del principio de informalismo la PTN confirió el carácter de denuncia administrativa a la presentación efectuada por quien resultaba portador de un interés simple pero no se encontraba legitimado para interponer un recurso extemporáneo por no revestir la calidad de parte en el procedimiento

administrativo²³.

También ha señalado reiteradamente la PTN que el principio de informalismo a favor del particular receptado en la LNPA es, en los hechos, un formalismo moderado, antes que una ausencia del mismo, por cuánto sólo están excusados los interesados respecto de la inobservancia de exigencias formales no esenciales al peticionar, ello en tanto puedan ser cumplidas posteriormente²⁴.

Reiteradamente la PTN ha entendido que si el recurrente omitió calificar jurídicamente su presentación es deber de la Administración Pública encuadrarla de acuerdo a la normativa procedimental de aplicación con fundamento en la verdad material, en el principio de informalismo y en la doctrina de la calificación jurídica sustentada en el artículo 81 del RLNPA, según el cual los actos tienen la denominación que corresponde a su naturaleza y no la que le atribuya la parte²⁵.

Pero también, tuvo en consideración en otro caso que el recurso administrativo exigía ciertos recaudos mínimos esenciales y que la firma “en disconformidad” no los satisfacía, por cuanto si bien la LNPA consagra el principio del informalismo dicho principio alude a exigencias formales no esenciales, no al incumplimiento de requisitos esenciales²⁶.

Días y Horas Inhábiles. Obligatoriedad de los plazos (incisos d y e)

El plazo es obligatorio y su incumplimiento inexcusable. Pero, en caso de dudas sobre su cumplimiento, debe estarse a favor del particular para, por ejemplo, entender que el escrito ha sido presentado en término.

21 *Dictámenes*, 310: 258.

22 *Dictámenes*, 239: 418, entre otros.

23 *Dictámenes*, 312: 340.

24 *Dictámenes*, 313: 560-1.

25 *Dictámenes*, 292: 044, entre otros.

26 *Dictámenes*, 287: 029.

La PTN ha expuesto que los plazos deben contarse por días hábiles administrativos, en ausencia de norma legal o reglamentaria que disponga lo contrario o habilitación dispuesta de oficio o a solicitud de parte.

Ha señalado que no son perentorios a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Procesal²⁷ agregando que los derechos que deben manifestarse ante la Administración constriñen al interesado a ejecutarlos en días y horas inhábiles²⁸.

Así respecto de la impugnación de una resolución conjunta que, con fundamento en el artículo 5° de la Ley N°25.344 autorizaba a dejar sin efecto por razones de servicio la asignación de funciones ejecutivas, gerenciales o equivalentes cuyos titulares gozaran de estabilidad correspondientes a los 3 niveles superiores, en un plazo de ciento ochenta (180) días, entendió que el mismo poseía naturaleza procedimental y que, por lo tanto, el plazo para ejercer la atribución debía computarse en días hábiles administrativos, art. 1°, incs. d) y e) ap. 2, de la LNPA²⁹.

Asimismo, la regla de la obligatoriedad de los plazos que surge de los apartados 1) y 8) del inciso e) de la LNPA ha sido interpretada en un sentido favorable al administrado, fijando la PTN el criterio de que ella no autoriza a tener por operada la caducidad automática, pena que, por otra parte, debe interpretarse restrictivamente³⁰.

En esta misma línea, en un supuesto en el que en el cargo no se había consignado la hora de la presentación y dado que el escrito había sido presentado al día siguiente de su vencimiento, correspondía tenerlo por interpuesto en término, según lo dispuesto por el artículo 25 del RLNPA³¹.

²⁷ *Dictámenes*, 159: 241.

²⁸ *Dictámenes*, 162: 21.

²⁹ *Dictámenes*, 239: 329.

³⁰ *Dictámenes*, 159: 74.

³¹ *Dictámenes*, 288: 046.

También que, ante la falta de constancia de la notificación del acto atacado debe considerarse interpuesto en término el recurso y, en caso de duda sobre si ha sido deducido dentro del plazo, debe optarse por una postura afirmativa³².

Interposición de recursos fuera de plazo. Denuncia de ilegitimidad (art. 1°, inc. e, ap. 6°)

La denuncia de ilegitimidad es una figura que la jurisprudencia de la PTN había construido mucho tiempo antes del dictado de la LNPA, sea considerándola como una suerte de “denuncia especial”³³, un sucedáneo de los recursos administrativos improcedentes como tales o afectados de defectos sustanciales³⁴; o más restrictivamente, un modo de subsanación implícito de la extemporaneidad³⁵; o bien condicionando su procedencia a que el recurso extemporáneamente articulado hubiese resultado formalmente admisible³⁶.

Su fundamento radica en el interés de la Administración de asegurar la vigencia del principio de legalidad en su obrar, conectado, a su vez con el principio de la verdad material objetiva³⁷.

En cuanto a los “requisitos negativos” también la condición de no resultar afectada la seguridad jurídica era un extremo que la PTN había exigido en sus dictámenes, con anterioridad al dictado de la LNPA³⁸.

Respecto al otro recaudo, que no mediare abandono volunta-

³² *Dictámenes*, 290: 282.

³³ *Dictámenes*, 169: 271.

³⁴ *Dictámenes*, 192: 24.

³⁵ *Dictámenes* 202: 151.

³⁶ *Dictámenes*, 231: 347.

³⁷ *Dictámenes*, 227: 22.

³⁸ *Dictámenes*, 123: 588

rio del derecho por excederse “razonables pautas temporales”, ha sido interpretado por la PTN que no puede establecerse apriorísticamente un plazo en concreto, dependiendo de las circunstancias del caso³⁹. Así, conjugando el factor temporal con la plataforma fáctica de cada caso el abandono voluntario del derecho se tuvo configurado en el plazo de tres años⁴⁰, de siete años⁴¹, de ocho años⁴² o de diez o veinte años⁴³.

Asimismo, estableció la doctrina de que, en cuanto a la desestimación de la denuncia de ilegitimidad, ella no implicaba que el acto administrativo que así la disponía fuese irrecurrible o irrevocable cuando fuese ilegítimo, máximo considerando que la revocación, aun de oficio, podía resultar ineludible teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 17 de la LNPA⁴⁴.

Caducidad del Procedimiento Administrativo (inc. e, ap. 9)

En reiteradas ocasiones la PTN ha señalado, reafirmando el precepto legal, que no basta con el transcurso de sesenta (60) días de inactividad en el procedimiento por causa imputable al administrado, sino que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, resulta menester que la Administración lo notifique, previo a la declaración de caducidad de que si su no impulsión se extendiera por otros treinta (30) días quedará configurada⁴⁵.

39 *Dictámenes*, 162: 84.

40 *Dictámenes*, 256: 661.

41 *Dictámenes*, 171: 396.

42 *Dictámenes*, 179: 54.

43 *Dictámenes*, 162: 84.

44 *Dictámenes*, 262: 421.

45 *Dictámenes*, 134: 261, entre otros.

Debido proceso adjetivo (art. 1º, inc. f)

Se trata de un principio que fluye armónicamente de la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y sus derechos (art. 18 CN) y que también, la doctrina ha considerado que entronca con la satisfacción del interés público al cual se endereza el procedimiento administrativo como cauce teleológicamente formalizado.

Al respecto la PTN ha opinado que la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso prevista en el artículo 18 CN exige que toda persona tenga la oportunidad de ser oída, ofrecer y producir la prueba que creyere conducente a su descargo (*Dictámenes*, 288: 46).

En un asesoramiento en el que estableció que el régimen disciplinario aplicable al personal de planta permanente resultaba procedente en relación al personal designado transitoriamente, justificó tal interpretación en que, de lo contrario, se vulneraría el principio del debido procedimiento, derivado del derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la CN y 8 de la CADH en tanto privaría al personal sin estabilidad de la posibilidad de ejercer plenamente su derecho a fin de demostrar su falta de responsabilidad en los hechos que se investiguen (*Dictámenes*, 300: 206).

La LNPA lo ha descompuesto en tres subprincipios:

Derecho a ser oído (ap. 1)

La PTN se ha mostrado desde antaño proclive a admitir la teoría de la subsanación discutida por nuestra doctrina, pero receptada por nuestra CSJN (“Duperial”, Fallos, 301: 953). Según esta doctrina el requisito del dictamen jurídico obligatorio y aun la notificación al interesado, u otros defectos del trámite, son recaudos subsanables por su posterior emisión (*Dictámenes* 144: 148, entre otros).

El fundamento para dar cabida o rechazar la subsanación ha radicado en la no conculcación de la garantía de defensa en juicio:

“Si se ha violado el *derecho de defensa*, al no otorgarse al particular una razonable oportunidad de ejercerlo, el acto estará afectado de nulidad absoluta. Si el defecto es subsanable e un recurso o en un proceso judicial posterior, se ha considerado que no se ha violado el *derecho de defensa*” (Dictámenes, 197: 162).

De manera conteste en un asesoramiento entendió que correspondía desestimar un recurso jerárquico en el que el agraviado alegaba la infracción a su derecho a ser oído –con fundamento en la falta de notificación previa a la emisión del acto–, por cuanto del expediente surgía que había tenido acceso al mismo y que existía la posibilidad de atacar el acto en una etapa posterior⁴⁶.

Derecho a ofrecer y producir pruebas (ap. 2)

Reiteradamente la PTN ha establecido que el derecho a ofrecer y producir pruebas comporta una de las derivaciones del derecho al debido proceso adjetivo pero también ha entendido, en un asesoramiento, que, si bien hubiese correspondido facilitar el ejercicio de este derecho al particular, antes del dictado del acto, “(...) la tramitación del recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, la ampliación de fundamentos de ese recurso en varias presentaciones implicó preservar dicho derecho de defensa y permitió a la recurrente controvertir con amplitud todos los aspectos que consideró cuestionables del acto impugnado y ofrecer y producir la prueba que estimó que hacía a su derecho. Ello así pues de la perspectiva que proporciona el principio de conservación de los actos jurídicos, no procede invocar la nulidad por la nulidad misma”⁴⁷.

También en el caso de sanciones disciplinarias, con un sentido protector, opinó que aun cuando se tratase de una sanción que no exigía la sustanciación de un sumario, ello no descartaba garantizar el debido proceso adjetivo consagrado por el artículo 1º, inciso f) de la LNPA y que comprende el derecho a

ser oído y ofrecer y producir prueba⁴⁸.

Además, sostuvo que el acceso a las actuaciones podía suplir la falta de notificación de una resolución del ex COMFER y con ello, no se afectaba el derecho de defensa de dos recurrentes; pero, a la vez, señaló que la Administración debía expedirse respecto de la prueba ofrecida a modo de asegurar este aspecto del debido proceso adjetivo, como garantía del interés público⁴⁹ (Dictámenes, 274: 329).

Dentro de este apartado se encuentra también el principio de la *verdad material objetiva* (...) *debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva* (...)

A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, donde el juez circunscribe su función juzgadora a las afirmaciones y probanzas de las partes, en el procedimiento administrativo el órgano que tiene a su cargo su dirección e impulso debe ajustar su actuación a la verdad material objetiva, con prescindencia de lo que aleguen o prueben los particulares y aún supliéndolos.

Ha opinado la PTN que la verdad jurídica objetiva es un principio liminar del procedimiento según el cual, éste debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material y sus circunstancias. El principio exige superar los meros formalismos de ajustarse simplemente a lo peticionado por los administrados: la Administración dejando el panorama que le pretende ofrecer el particular debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones tratando por todos los medios admisibles de precisarlos en su real configuración para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión⁵⁰.

En suma, ha dicho que el Estado, por medio del procedimiento administrativo persigue el conocimiento no de la verdad formal, sino de la verdad real, es decir, el objeto último es

46 Dictámenes, 241: 391.

47 Dictámenes, 253: 272.

48 Dictámenes, 238: 279.

49 Dictámenes, 274: 329.

50 Dictámenes, 294: 61, entre otros.

descubrir la verdad objetiva material⁵¹.

Derecho a una decisión fundada (ap. 3)

Esta garantía está muy ligada al debido proceso adjetivo: si bien la Administración no está obligada a acceder a todo lo pretendido por el particular, debe considerarlo, al menos para su desestimación fundada, en obsequio del principio de congruencia y, además, tener en consideración lo actuado y acreditado en el expediente.

La PTN consideró que debía rechazarse un recurso jerárquico en el cual las empresas impugnantes no podía invocar la violación al derecho de defensa, entendiendo como tal la efectiva posibilidad de participación en el procedimiento, el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión fundada, atento a que los reclamantes habían acudido a la vía recursiva en defensa de sus derechos⁵².

Otros principios

Entre otros principios se destaca el de *igualdad*, derivación razonada de la prescripción contenida en el artículo 16 CN, habiendo señalado la PTN que, ante las omisiones en las ofertas que no fueran elementos esenciales correspondería otorgar la posibilidad de subsanación a los demás oferentes, con el propósito de salvaguardar el principio de igualdad que debe presidir la contratación pública⁵³. Además, que la sanción por incumplimiento del plazo de mantenimiento de oferta, comunicada en forma extemporánea, no constituye un exceso de rigor formal manifiesto y una solución en contrario implicaría desconocer el principio de igualdad que debe observarse en todo procedimiento de selección. Con cita de jurisprudencia de la CSJN añadió que es requisito fundamental

que en la licitación ha de colocarse a todos los proponentes en un pie de perfecta igualdad siendo las cláusulas generales en las que se fijan condiciones, derechos y deberes del contratista, de obligada observancia para ellos⁵⁴.

Asimismo, la *imparcialidad y transparencia*, han incidido para que la PTN aceptase la excusación orgánica, aun cuando la regla es que la excusación tenga carácter personal, en los casos en los que entran en juego también las relaciones propias de la organización administrativa que justifican no requerir la excusación personal de cada uno de los profesionales integrantes de una repartición⁵⁵. También, que la normativa vigente en los concursos de personal responde a los principios de transparencia en el procedimiento e imparcialidad y objetividad del Comité de Selección interviniente, en cada una de las etapas para su desarrollo⁵⁶.

Conclusiones

La característica de *principalidad*, descrita más arriba, que, en general, poseen los PGD en todo ordenamiento jurídico administrativo plantea una serie de problemas que van desde su articulación con el derecho positivo, la dimensión de peso o importancia que cabe asignarles a cada uno de ellos e, incluso, el desarrollo de nuevos principios como producto de las exigencias de una Administración. que se encuentra de cara a un proceso de adaptación de una realidad social cambiante.

La labor asesora de la PTN se hallará siempre acompañando con sus pareceres la dinámica de este devenir.

51 *Dictámenes*, 301: 101.

52 *Dictámenes*, 258: 234.

53 *Dictámenes*, 299: 204, remitiendo a 202: 151, entre otros.

54 *Dictámenes*, 300: 166.

55 *Dictámenes*, 267: 73, entre otros.

56 *Dictámenes*, 309: 131.

Contratos Públicos y Derechos Humanos.

Notas Introdutorias

Por Gabriela A. Stortoni

Contenido: 1.- Introducción. 2.- La dimensión de los derechos protegidos por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) breve referencia. 3.- Alcances de la jurisprudencia de la CIDH en relación a Contratos Públicos. 4.- La necesidad de la Diligencia debida como herramienta de mejora continua en materia de tutela de derechos humanos y control de riesgos en la formación y ejecución de los contratos públicos. 5.- Conclusiones.

1. Introducción

La cuestión por debatir estriba en indagar si la impronta de los derechos humanos -la convencionalidad que deriva de los pactos y tratados internacionales, que como sabemos ya desde hace casi 30 años ostentan jerarquía constitucional¹ - así como la doctrina derivada de sus precedentes y reglas del derecho global requiere visitar el instituto de los Contratos Públicos, reordenando sus alcances en el cumplimiento de las mandas legales y morales que devienen del marco jurídico interamericano.

¹ Ampliar de mi autoría el estudio "Sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción", Anuario de Derecho 2, Universidad Austral, Abeledo Perrot, Año 1996.

Pareciera en principio alejado de un contrato de obra, de suministro de bienes y servicios o de concesión de una obra de infraestructura verificar si existe la posibilidad de colisionar con derechos fundamentales de las personas o sobre bienes fundamentales ordenados a la satisfacción de los primeros. Se trata de dos intereses en tensión, o derechos también podríamos decir, por un lado, el del contratante privado que busca con el contrato satisfacer su afán lucrativo; y por el otro, el interés de los ciudadanos que debe estar contenido, tutelado, protegido y promocionado en los contratos que se suscriban. En este esquema el rol del Estado será esencial, para su vigencia efectiva o decepción definitiva.

Ahora bien, hoy luego de la pandemia que puso en vilo al mundo entero, desde la tutela de los bienes fundamentales, la crisis ambiental global nos interpela y requiere su atención en materia de contratos públicos.

Además, como es sabido, el crecimiento de la economía de un país está directamente vinculado al desarrollo de la infraestructura y ello nos vuelve a los contratos públicos.

Entonces, en mi opinión, es el Estado el que vuelve a quedar en el centro de la escena, como garante del salvataje y recuperación del sistema de vida en la sociedad.

Y en esta sociedad -donde confluyen las personas, las empresas, el mercado y las instituciones de todo tipo que la conforman- entiendo que cada actor, además del Estado, deberá estar al cuidado del otro, si queremos que sobreviva la totalidad del sistema legal, institucional y económico, por cierto.

Por ello, con los Tratados de DDHH aparece un amplio catálogo de protección de los derechos del hombre, sus derechos sociales, el reconocimiento de los derechos a individuos o grupos vulnerables, de las mujeres, colectivos LGTBQ+, niñeces y vejez, donde el análisis y monitoreo de políticas sociales y de servicios públicos constituyen condiciones necesarias para su ejercicio en democracia y por ello, necesariamente se colocan en la agenda del Estado.²

² Consultado en sitio: <http://www.cels.org.ar>

El principio “pro persona” fundante de las convenciones internacionales, levantó la última esclusa para el reconocimiento de más derechos y ello, obliga a su reconocimiento y tutela efectiva, en cualquiera de los poderes del Estado llamados a su interpretación o aplicación.

Se erigen, en la Constitución convencionalizada, en una herramienta sustancial y adjetiva para hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos.

Claro está que la visión filosófica del Estado impacta en la acción de la Administración pública. A partir del siglo XX, se conjugaban las ideas del Estado Liberal, donde el valor jurídico protegido es la libertad; el Estado Democrático de derecho, donde el valor jurídico protegido es el derecho a la igualdad; y el Estado Social de derecho, donde aparecen los derechos sociales y los derechos humanos como bien jurídico a proteger, y en esta concepción, como dijo el Papa Francisco en su documento sobre la Fraternidad, suscripto con el Gran Imán, el bien jurídico tutelado debe ser la fraternidad.

Con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos en la reforma de la Carta Magna en el año 1994, entendemos que estamos en presencia necesaria del Estado Constitucional y Social de derecho, que no puede prescindir de la vigencia efectiva de los derechos humanos fundamentales, los derechos sociales o los derechos de las más desvalidos en juego. Estas reglas nos ponen frente a un nuevo Estado, que deberá estar preocupado por la vigencia efectiva de los derechos humanos, ya por la impronta nacional y local, como por su responsabilidad internacional. Un Estado que se legitima en la concreción de políticas públicas concertadas en un ámbito plural.

Este nuevo bloque de legalidad se conforma como un ida y vuelta de lo local a lo nacional y de este a lo regional y al bloque integrado, y viceversa, sin solución de continuidad, ya que su carácter contingente y de “ius in fieri” asegurará los derechos, en tanto así lo dispuso primero la CSJN³ y luego lo reconoció la CN

³ Desde “EKMEKDJIAN, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492 (1992), La Ley, 1992- C, 543. El Derecho, 148:354, caso em-

en su artículo 75 inciso 22.

En palabras de la CIDH, los derechos humanos están receptados en instrumentos vivos que obligan a revisar sus alcances, y por el principio de progresividad a su debida ampliación. No por modas, sino por la necesidad de proteger en concreto la forma de vida elegida por las personas⁴.

blemático que estableció la supra legalidad de los tratados internacionales. Es interesante recordar los hechos del caso, ocurrido el 11 de junio de 1988, cuando el señor Dalmiro Sáenz expresó algunas frases involucrando a Jesucristo y la Virgen María en un programa televisivo. Miguel Ekmekdjian, al sentirse “profundamente lesionado en sus sentimientos religiosos” por dichas frases, dedujo una acción de amparo dirigida al conductor del ciclo – Gerardo Sofovich- para que en el mismo programa diera lectura a una carta documento que contestaba a los supuestos agravios vertidos por Dalmiro Sáenz. Ante la negativa del conductor del programa de leer la carta documento, el accionante inició un juicio de amparo fundado en el derecho de réplica basándose para ello en el artículo 33 de la CN y en el 14 del Pacto de San José de Costa Rica, razón que le da CSJN en el citado caso, innovando en la jurisprudencia aplicable hasta la fecha. Luego la CSJN avanzó un poco más en relación a la validez constitucional de decisiones (jurisdiccionales en el caso) adoptadas por organismos internacionales y su prelación en relación a la normativa local y el sometimiento al derecho de los tratados por parte de todos los poderes, incluso el judicial, en “Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7/7/93). CSJN. F. 433, XXIII. Ampliar de mi autoría “La dimensión trasnacional del Derecho Administrativo” publicado en el Libro “NUEVO ESTADO NUEVO DERECHO, Aportes para repensar el derecho público argentino, 1° edición, octubre 2015. ISBN: 978-987-3720-41-3. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.; y en “Avances y retrocesos en materia de Derechos Humanos en los Fallos de la CSJN (A propósito de los fallos Fontevicchia y Villamil) en Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas. Jornadas de la Austral Edición:2019 Páginas: 638 Ediciones RAP - ISBN: 978-987-694-021-4

4 Ha dicho la Corte IDH que “En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la *Convención* de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (...). Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Corte IDH. Ampliar en <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65130>

2. La dimensión de los derechos protegidos por el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

Varios son los instrumentos fundamentales de protección de los derechos humanos y su proyección en contratos públicos y regulación económica en general.

En primer lugar, el PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA, el cual enumera los derechos civiles y políticos que corresponden a las personas humanas, y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En este instrumento, se destaca el solitario Artículo 26 los DESCAs⁵, que promueve el desarrollo sostenible. La diferencia de tratamiento de los Derechos políticos y civiles y los derechos económicos, sociales y culturales, en el Pacto. La obligación de los Estados de adoptar decisiones, directas por el artículo 2 y progresivas en el artículo 26.

En segundo término, encontramos la Ley N°24.759, denominada CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION, la cual puso en el tapete el flagelo de impacto humanitario por la generación de pobreza de la corrupción estructural en el inciso 11, Artículo III, donde se establece que a los fines de erradicarla, los Estados parte convienen en la aplicación de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales destinadas a crear, mantener y fortalecer mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

En tercer lugar, se debe tener en cuenta que el catálogo de derechos humanos avanza también en la protección de los bienes que permiten su satisfacción o bienes fundamentales (en términos de Luiggi Ferrajoli⁶) y así tenemos en particular la OC 23/17 o el

5 Se denomina DESCA al capítulo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la convención. Los DESCAs se identifican como aquellos derechos que se relacionan con la satisfacción de necesidades básicas de las personas, y comprenden distintos derechos humanos, entre ellos: los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la salud, al agua, al saneamiento, al trabajo, a la seguridad social, a una vivienda adecuada, a la educación, a la cultura, así como al medio ambiente sano.

6 Entre varias obras del autor citado, ver en este aspecto “Constituciona-

Protocolo de San Salvador sobre medidas para la protección del medio ambiente; la observación Nro. 15 del Comité del entonces DESC, de noviembre de 2002, que ensanchó el elenco de derechos reconocidos en el Pacto al considerar -con muy sólidos fundamentos- el derecho humano al agua. Mas recientemente se impone prestar atención a la Resolución CIDH 1/2020 sobre Responsabilidad del Estado por Servicios Públicos y atención de necesidades primarias de personas, en particular de las mujeres por las obligaciones de cuidado, los niños y la personas mayores entre sus regulaciones más importantes; y a la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, de la OEA y ONU, que establece que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.

Resulta así de esta última, conteste con lo decidido en el ámbito doméstico donde se declaró a los nuevos modos de comunicaciones como servicio público⁷ y por ello, los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet. Como mínimo, los Estados deberían establecer mecanismos regulatorios —que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia— para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas.

lismo más allá del Estado (edit. Trotta, 2018).

7 En efecto en el caso “Telmex Argentina S.A. c/ GCBA s/ acción meramente declarativa (art. 227 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario y de inconstitucionalidad concedidos” (Fallos 337:858) se consideró que los nuevos y evolucionados servicios de comunicaciones, deben ser considerados servicios públicos. En contra varios pronunciamientos de la CNCAF, por ejemplo “Telefónica Móviles Argentina S.A. y otro demandado s/ incidente de medida cautelar”, de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, donde se hizo lugar al pedido de medida cautelar de suspensión del Decreto 690/2020, por el cual se declaró servicio público a Internet y otros modos de comunicaciones.

3. Alcances de la jurisprudencia de la CIDH en relación con Contratos Públicos

¿Y por qué hablamos de derechos humanos y contratos públicos?

La evolución jurisprudencial en torno al reconocimiento de los derechos humanos es vasta, es cierto, se inicia en la graves y flagrantes violaciones de los derechos humanos visibilizados tras la posguerra en Europa y las dictaduras en América, en términos de prácticas del genocidio, las torturas, la vejación y violación sistemática de las personas.

Los derechos humanos son reconocidos en forma universal, inalienables, imprescriptibles, indivisibles, interdependientes, basados en la equidad y la no discriminación como regla pétrea y que exigen a los Estados, el deber de respetarlos, protegerlos y cumplirlos.

Enumerados en sus convenciones, son instrumentos vivos que van reconociendo en forma interseccional⁸ y conglobada nuevos derechos, los cuales gradualmente son reconocidos por la CIDH.

En el caso “Caso Baena c/Panamá” del 2 de febrero de 2001⁹, se condena a Panamá por el despido de 270 empleados públicos en medio de una protesta gubernamental, sin procedimiento previo. Se dijo que “es un derecho humano obtener todas las garantías que permiten alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo.”

En el año 2006 la CIDH resuelve el “Caso Ximenez Lopez Vs. Brazil”¹⁰, donde se proclama el deber del Estado de garantizar la

8 El concepto acuñado desde el feminismo, que hoy tiene una aplicación más extensa, refiere a la identificación de los diferentes tipos de discriminación que se ejercen sobre múltiples identidades, como mecanismo de identificación de modos de opresión y violencia. Por ejemplo mujer, pobre, de color, latinoamericana, discapacitada, etc.

9 Consultar en <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65207>

10 Caso Corte IDH “Ximenes Lopes c/Brazil” sentencia del 4 de julio de

prestación de los servicios públicos aun en caso de concesión a privados, para proteger los derechos humanos involucrados. Dijo la Corte IDH en el caso que “La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible”¹¹.

También en ese año, se resuelve el “Caso Claude Reyes Vs. Chile”, sobre la denegación, sin causa, de un pedido de acceso a la información sobre industria forestal. Los afectados recurren judicialmente y sin éxito en el ámbito doméstico y llegan a la CIDH la que entiende que la actuación administrativa fue arbitraria y violó las garantías judiciales consagradas en los artículos 8.1 y 25 de la CADH. Allí la CIDH emite su opinión en relación con un contrato de inversión extranjera en el cual participaba el Estado Chileno y donde elevó los principios de transparencia y publicidad de las actuaciones públicas a herramientas de control democrático de las decisiones estatales.

La información y la participación ciudadana debe ser tutelada y el principio es la máxima divulgación de la actividad estatal. Por ello, este caso condena al Estado chileno por violación del artículo 2 a adoptar las medidas que garanticen el acceso irrestricto a la información pública.

2006, Serie C, n° 149, parágrafos 96.

11 El caso se trataba de la internación de un enfermo psiquiátrico en una clínica privada, durante la dictadura militar. El paciente muere, en alto grado de falta de atención sanitaria, golpes, falta de higiene, etc.

4. La Diligencia Debida.

La regulación de las actividades económicas y servicios de interés general ostenta hoy un marcado componente económico y prestacional según Esteves Pardo. Por ello, expresa que la actividad reguladora pasa por los siguientes alcances: (i) la faz económica; (ii) el análisis de los riesgos, sobre todo los de tipo tecnológicos y que resultan de la aplicación científica; y (iii) finalmente, se constituye hoy como una actividad de garantía que abandona el criterio de “titular” de la actividad para configurarse en garante del acceso, satisfacción y goce de la actividad privada sin afectación de los derechos humanos y que debe tutelar los riesgos eventuales que pueden suceder¹².

Aparece entonces un estándar que obliga a la tutela de los derechos y el control de riesgos y se denomina diligencia debida. Esta fue definida en el “Caso VELIZ FRANCO C/GUATEMALA”¹³ de la Corte IDH, como el deber de prevención que abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural para salvaguardar los derechos humanos.

Veamos algunos ejemplos:

En la etapa previa de formación del contrato:

- Información y participación ciudadana. Entendemos que existe la tutela del principio de la participación ciudadana como condición de legitimidad y vigencia efectiva del sistema democrático. Ese sistema democrático que ha quedado descolocado con las dimensiones que ha adoptado el Estado; la aparición de nuevos y más derechos orientados a sostener la dignidad humana y sus derechos fundamentales, que descurren el velo de los flagelos que afectan derechos que es necesario proteger. La globalización, que nos acerca la información, pero no la fuente fidedigna ni el conocimiento pleno del por

12 ESTEVE PARDO, José. PRINCIPIOS DE DERECHO REGULATORIO. Servicios Económicos de interés general y regulación de riesgos. Ed. Marcial Pons. 2021.

13 Ver en <https://www.suin-juriscol.gov.co/archivo/Mujeres/CasoVelizFrancovrGuatemala.pdf>

qué y el para qué de una decisión propuesta al ciudadano en esta sociedad líquida es una falencia que debe ser suplida con el debido acceso a la información.

Y es aquí donde aparece la diligencia debida, como estándar a tener en cuenta para extremar los cuidados de todos los aspectos que pueden generar una afectación de los derechos humanos en general, de grupos o colectivos diferenciados o de personas humanas en particular. El reclamo de la participación en los intereses que atañen a los pueblos originarios, por ejemplo, se inscribe en esta necesidad de diligencia debida en el reconocimiento del derecho consagrado, además, en la reforma constitucional del año 1994 (art. 75 inciso 17).

Muy interesantes resultan los casos resueltos por la CIDH y que conforman el derecho convencional que se ha receptado en nuestro país con rango constitucional¹⁴. Por ejemplo, en el “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”¹⁵ donde la Corte expreso que en “(...) los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...]. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos cultural-

mente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. (En similar sentido, ver entre otros: “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones”. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 177).”

- Consulta y Consentimiento: La CIDH va a distinguir en el caso entre “consulta” y “consentimiento” siguiendo en este sentido lo expresado por el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo” por lo cual, no solo se trata de dar información o someter un tema a consulta sino que en el caso de tratarse del desarrollo de un plan u obra de envergadura que pueda afectar la forma de vida de esa comunidad “(...) la salvaguarda de participación efectiva que se requiere (...) debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones. también se establece que debe haber una participación en los beneficios que la política a implementar genere, ya que en “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados

14 Ampliar de mi autoría “La dimensión trasnacional del Derecho Administrativo” publicado en el Libro “NUEVO ESTADO NUEVO DERECHO, Aportes para repensar el derecho público argentino, 1° edición - Octubre 2015. ISBN: 978-987-3720-41-3 . Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.; “AVANCES Y RETROCESOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LOS FALLOS DE LA CSJN (A PROPÓSITO DE LOS FALLOS FONTEVECCHIA Y VILLAMIL) en Fuentes y procedimiento administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas. Jornadas de la Austral Edición:2019 Páginas: 638 Ediciones RAP - ISBN: 978-987-694-021-4, entre otros.

15 Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. 133. Ver este y los demás fallos citados en Cuadernillos de jurisprudencia de la CIDH, https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2021.pdf, (pág. 110 a 122).

deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios (...). En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka.”

Estas reflexiones de la CIDH nos llevan a entender que las consultas que se realicen deben ser diferenciadas en razón del colectivo al cual se dirige la misma, ya que es el modo de garantizar la participación libre, consciente y efectiva de las personas humanas.

En “Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras”¹⁶ se vuelve a reiterar la doctrina establecida en “Saramaka” y “Sarayaku”, por la cual, para implementar cualquier plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción en territorios tradicionales de comunidades indígenas o tribales, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta; ii) realizar un estudio previo de impacto ambiental y social; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales, encontrando responsabilidad internacional de Honduras al no haber implementado debidamente la consulta previa al desarrollo.

En relación con la República Argentina, luce señera la sentencia recaída en el “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”¹⁷. En este caso se trataba de si se habían realizado las consultas previas a la construcción de un puente internacional, considerado de interés público y donde se había reconocido que su construcción impactaba en la vida de las comunidades preexistentes, no obstante, el beneficio que el mismo podría aportar

16 Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304. 215.

17 Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. 173.

como vía de comunicación. Al respecto, la Corte expresó que, debido a los “derechos políticos” de participación receptados en el artículo 23 de la Convención, en cuestiones atinentes a sus tierras, los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada a través de instituciones representativas de los mismos. Y que “si bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos y obras sobre el territorio, el impacto de estos no puede en ningún caso negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia.”

- Regulación de actividades sectoriales y económicas privadas y responsabilidad del Estado parte: Una dimensión interesante del deber de diligencia debida en materia de regulación de actividades sectoriales y económicas privadas y Responsabilidad del Estado, la veremos en el caso “Buzos Misquitos”¹⁸ donde la CorteIDH condena a Honduras por la muerte y afectación de la salud y explotación laboral de la comunidad Misquitos, dedicados a la pesca por buceo submarino, siendo responsable el Estado por su omisión e indiferencia de la violación de derechos por parte de empresas pesqueras y la realización de actividades de buceo en condiciones peligrosas”. Dice que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado y que este debe “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces

18 Ver en principio https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_432_esp.pdf

de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En relación con las obligaciones de los Estados respecto de las actividades empresariales, la Corte considera pertinente subrayar que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’” (en adelante, “Principios Rectores”). En particular, el Tribunal destaca los tres pilares de los Principios Rectores, así como los principios fundacionales que se derivan de estos pilares, los cuales resultan fundamentales en la determinación del alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados y las empresas:

1. El deber del Estado de proteger los derechos humanos contra los flagelos cometidos en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas.
2. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:
 - Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;

- Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos. Para cumplir con su responsabilidad (de respetar los derechos humanos), las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:
 - *Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetarlos;*
 - *Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;*
 - *Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar.*
3. El acceso a mecanismos de reparación. Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

Finalmente, en lo que respecta a estas consideraciones preliminares, el Tribunal destaca, tal como lo ha hecho la Comisión Interamericana a través de su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), que “los Estados deben asegurar que las actividades empresariales no se lleven a cabo a expensas de los derechos y libertades fundamentales de las personas o grupos de personas, incluyendo a los pueblos indígenas y tribales, comunidades campesinas y poblaciones afrodescendientes como colectivo cohesionado (...)”

Así, como antes y ahora, frente a cada catástrofe, como lo fuera tras el genocidio de los nativos americanos en la aberrante colonización de las Indias; como lo fuera tras con el Holocausto nazi y los crímenes de las grandes guerras, como lo fue, también, tras los crímenes y vejámenes de las dictaduras en América Latina, los derechos humanos, y su reconocimiento efectivo, fueron la respuesta justa.

5. Conclusiones:

De lo hasta aquí comentado, que pretende introducir la cuestión y por cierto no agota el repertorio de temas que cruzan los conceptos de contratos públicos y el catálogo de los derechos humanos, me interesa dejar algunas reflexiones complementarias a saber:

La primera, que la transversalidad de los derechos humanos en materia de contratos públicos, obliga a los Estados nacional y locales a profundizar su rol de prevención y control, debiendo regular en todo lo que fuera necesario como medida previa, generando mejoras continuas y verificando la mayor eliminación de riesgos a las personas y sus derechos.

La segunda reflexión, los derechos fundamentales, en los contratos públicos –en particular de obras, servicios e infraestructuras– se disfrutan siempre que estén protegidos los bienes fundamentales, como como por ejemplo el medio ambiente.

La tercera, que la preocupación por la vigencia de los derechos humanos en los contratos también debe ser autogestionada por los privados aquellos que desarrollan la actividad, ya que hace a

una sociedad más comprometida y solidaria y porque es esencial a los fines del manejo de riesgos. (esta política también las vamos a ver en las reglas de OCDE, BID y BM que no se han abordado por alcances de este trabajo)

La última reflexión, que en la formación y ejecución de un contrato se despliega función administrativa que no puede estar apartada del principio democrático, que obliga a la búsqueda del consenso en cada medida que se adopte. En este punto, comparto la base de pensamiento de la filósofa feminista Iris Young, sobre la necesidad de entender la importancia de implementar una política de la diferencia, que destaque las características particulares de cada grupo o colectivo, ya que será así más efectiva la decisión que se tome en la función administrativa, por un lado, pero también en relación con la interpretación judicial, para cumplir con el valor justicia en su plenitud¹⁹.

Para concluir esta visión de los Contratos públicos, desde la perspectiva transversal de los derechos humanos se erige en garantía de protección del principio “pro persona”, donde como dice el Prof. Sammartino se inserta en un Estado constitucional, social y convencional de derecho, y encuentra en los derechos humanos la legitimidad de su continuidad²⁰.

Se impone, a mi entender adecuar entonces las actuaciones y quizás también las regulaciones vigentes en materias de contratos -como criterio rector- al régimen internacional de derechos humanos que es mandatorio. Esto será el mejor modo de evitar corrupelas y también por que no decirlo, injusticias.

19 YOUNG, Iris “Justice and the politics of difference” Princeton University Press, 1990 - 286 páginas.

20 SAMMARTINO, PATRICIO M.E. “La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional”, publicado en “Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Rap, Buenos Aires, 2009, p. 59, y en su obra “Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho”, T. I y II, Abeledo Perrot, 2012.

“Contratos públicos: problemas y perspectivas”

Dra. Susana Elena Vega

I. Importancia del tema asignado

El tema reviste especial importancia, dado el impacto que las compras y contrataciones tienen en la economía nacional:

I.1.

Según los datos oficiales suministrados recientemente, con motivo de la presentación del Proyecto de ley de modificación del Régimen del Compre argentino, se ha señalado que:

- las compras públicas representan actualmente el 13 % del PBI.
- El 65% de los proveedores son empresas nacionales de las cuales el 97% son PYMES.

I.2.

En segundo lugar, la contratación pública opera como un termómetro que se utiliza para medir, evaluar la existencia o no de la “buena gobernanza” de los países, y entre los datos que se toman para ello, están los provenientes de las contrataciones, tanto de lo relativo al procedimiento de selección; como los de la etapa de ejecución contractual. Así:

- el grado de riesgo país”
- el de seguridad jurídica, de los distintos países.

- el de transparencia y eficiencia de las medidas de gobierno, etc.
- el logro de una buena relación entre calidad y precio, en materia de adjudicación,
- el grado de acceso público a la información relativa a los contratos públicos,
- el de transparencia de los procedimientos,
- la existencia de verdaderas oportunidades equitativas y transparentes para que los oferentes compitan
- el respeto del Estado -por los contratos-: en relación a que no se estén revocando (permanentemente) o alterando las reglas del juego
- el grado de conflictividad y/o litigiosidad generada
- la existencia de mecanismos efectivos de resolución de conflictos, etc.

II. Panorama general en materia de contrataciones públicas

En lo que hace al panorama actual y a modo general de la contratación pública, se ha mejorado mucho en estos últimos años en cuando a las modificaciones operadas, no sólo en lo que hace a toda la nueva normativa que se ha venido dictando y que más abajo se señala a modo meramente ejemplificativo, sino también en cuanto a la modificación producida en lo que hace a la concepción de una nueva y necesaria gestión de los contratos.

II.1.

En este contexto, señalo aquí dos hechos que estimo importantes, cada uno por su parte, y que han contribuido a una transformación, positiva, en estos últimos tiempos, de la contratación pública en materia normativa:

II.1.1.

En primer lugar, la contratación pública, al mismo tiempo que

constituye una función clave en la actividad económica, siendo una herramienta de desarrollo económico sumamente importante, y especialmente en ciertos contratos en particular como la obra pública, que es uno de los más dinamizadores de la economía, del empleo y del desarrollo; lamentablemente también, es uno de los ámbitos más proclive a la mala gestión, el fraude, y la corrupción; y algunos contratos en particular, han sido profundamente atravesados por este tipo de cuestiones.

Y estas situaciones han llevado a la necesidad, de rever y modificar la normativa existente, incorporando así en el marco de la contratación pública en general y en la normativa de algunos contratos en particular (como los de Obras públicas, las Concesiones de Obras y Servicios Públicos) toda una serie de herramientas normativas y de gestión en sí de los contratos, que más abajo se explicitan.

Es de destacar, en este marco, el importante rol en todo ello de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), como el órgano rector de las contrataciones, el que fue asumiendo también, un mayor protagonismo en materia de Obras Públicas y Concesiones, toda vez que antes estaba más que nada abocado a otro tipo de contratos públicos, como ser especialmente el contrato de suministro.

También se fue produciendo:

- un cambio de la sociedad respecto de estas cuestiones: sectores que empezaron a exigir mayor participación e intervención en el quehacer de la contratación pública;
- la necesidad de los gobiernos de reforzar y dictar nuevas medidas a favor de la transparencia, participación y lucha contra la corrupción, para estar en consonancia con las exigencias internacionales al respecto, además de los compromisos internacionales ya existentes en la materia (como ser el caso de los Tratados Internacionales contra la Corrupción en materia de contrataciones, que ya estaban de tiempo antes: tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción; la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; acuerdos con organismos internacionales, etc.)

En este marco, se engloban toda una artillería de medidas

dictadas, enfocadas a robustecer y fortalecer la transparencia, pero que al irse dictando en distintos tiempos y de manera no sistemática, se encuentra hoy bastante dispersa y que habría que ordenar y concentrar en alguna normativa de tipo general. Sobre este punto, yo siempre insisto que hay tener mucho cuidado con todo lo que implica profusión o dispersión normativa; puesto que esto es tierra fértil para la inseguridad jurídica, la opacidad y las prácticas de corrupción.

Todas estas normas en general dictadas, refieren fundamentalmente a la incorporación de diversa normativa en cuestiones básicamente de:

- **Integridad y lucha contra la corrupción:** el dictado de la Ley de Responsabilidad Empresaria N°27.401 y la exigencia de las empresas de contar con Códigos de Ética, Programas de Integridad adecuados para presentarse en las licitaciones; todo lo referido a los conflictos de intereses, etc.

Actualmente se está discutiendo el nuevo proyecto de Ley de Ética Pública a nivel nacional (en instancia de participación ciudadana), que contiene regulaciones específicas, en lo que aquí interesa, en materia como, por ejemplo:

1. declaraciones juradas patrimoniales
 2. nuevo formato de declaraciones juradas de conflicto de intereses, proveedores y contratistas del Estado, con ampliación del alcance de funcionarios con los que puedan tener vinculación, que obtendría ya no sólo al ámbito del Poder Ejecutivo sino también, del Legislativo, Judicial, de Organismos de Control, etc.
 3. Los conflictos de intereses, además no sólo serían los actuales, sino que se incorpora la regulación de los conflictos de intereses potenciales y aparentes. Es decir: se amplía el espectro y alcance.
 4. Registro de gestión de intereses;
- **Medidas de transparencia:** portales de datos públicos, Programa de Gobernanza en obra pública y concesiones de obra pública; pautas de inelegibilidad, aplicación de san-

ciones específicas; Programas de Integridad, etc.

- **Las contrataciones electrónicas y la inteligencia artificial aplicada,** de la que se habla mucho, pero todavía no hay muchos avances significativos concretos.
- **Acceso a la información:** Ley N°27.275, actúa a modo complementario en general al régimen de las contrataciones
- **Participación ciudadana:** como ser la invitación desde la ONC a formular propuestas, recomendaciones, comentarios a órganos públicos y sector privado y la sociedad civil (Disposición ONC N°93/20)
- Medidas de participación, dictadas por los organismos públicos, a participar en reuniones y foros de debate, como es el caso de los contratos de Obras Públicas y Concesiones de Obras Públicas; la creación del Observatorio de la Obra Pública (como marco para evaluar normativa, prácticas y procedimientos), el Programa de Monitoreo y Evaluación de Políticas Públicas en Obra Pública; etc.
- La figura del “testigo social”, como herramienta participativa de monitoreo, entre muchas otras medidas dictadas.
- **Inclusión de género y diversidad:** con incorporación de Programas específicos en políticas de género y diversidad de aplicación específica a los contratos públicos.

II.1.2.

En segundo lugar, otro hecho de importancia fue sin duda el referido a la situación de la pandemia, o mejor dicho, las enseñanzas de la pandemia en cuanto al impacto de este tipo de situaciones extraordinarias en la ejecución de los contratos, tanto en cuestiones de tipo instrumental como en cuestiones de fondo:

(i) de tipo instrumental: fundamentalmente lo referido a las cuestiones de la tecnología, la importancia de estos instrumentos y su implementación en el marco de las contrataciones: toda esta situación hizo que se debiera acelerar los procesos de digitalización, tramitaciones electrónicas y digitales; incorporación de nue-

vos instrumentos tecnológicos en la gestión de los contratos, etc.

(ii) de tipo sustancial: desde dos perspectivas:

- la externa, exógena: en lo que refiere a la propia circunstancia excepcional en sí, y
- la interna, endógena, en cuanto a las distintas decisiones adoptadas para hacer frente a esa situación, que constituyó ya resorte de las respectivas autoridades públicas.

Y cómo todo esto impactó en la ejecución de los contratos públicos, desde una compra de insumos hasta una obra pública compleja o las concesiones de servicios públicos; y así se han reproducido publicaciones, jornadas, encuentros, -entre otros-, analizando los distintos instrumentos de la normativa existente a utilizar en estos contextos de suma excepcionalidad (caso fortuito/ fuerza mayor, imprevisión, hecho del príncipe, etc.).

En definitiva, toda esta situación extraordinaria vivida, obliga a reforzar la necesidad de prever medidas de mitigación concretas, con identificación de los distintos riesgos que puedan producirse frente a distintas circunstancias, más o menos impredecibles, y de distintos grados de excepcionalidad.

Y esto por ejemplo ya se advierte en materia de los seguros por garantías contractuales, no aquí en la Argentina, pero sí ya en otros países (Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia) donde se encuentran disponibles los seguros por “*interrupción de negocios*”, que incluyen como variante de las pólizas, el riesgo por obligación de “*cumplimiento de orden gubernamental*” en el marco de estos contextos. Lo que para nosotros podría ser una de las variantes del llamado “*riesgo político*”.

Esto obviamente está lejos de nosotros, pero sí debiera estar cerca la necesidad de configurar en los distintos contratos públicos, especialmente en los de mayor complejidad y montos involucrados, una matriz de riesgos en cuyo contexto, básicamente: (i) se identifiquen concretamente los posibles riesgos contractuales, (ii) se determine a cargo de quien se encuentra cada uno de ellos; (iii) se establezcan las soluciones normativas a aplicar conforme la normativa aplicable (iv) se pueda incluso incluir una suerte de evaluación o cuantificación referencial de los mismos.

Esto fue previsto normativamente en el marco de los contratos de participación público privada (Ley N°27.328 y normativa reglamentaria y complementaria); y más allá de la suerte corrida por este tipo de contratos, lo referido específicamente a esta cuestión, constituye una buena medida establecida en la normativa referida.

III. Problemas actuales

En cuanto a los problemas actuales, tomo aquí por razones de tiempo, dos cuestiones que me parecen importantes reevaluar, de carácter general y transversal a todos los contratos públicos, que deberían incorporarse a la regulación normativa contractual; más allá de las cuestiones específicas que correspondan adecuar al tipo y características de cada contrato en particular.

Una primera cuestión, referida al procedimiento de selección, y la otra, referida a la ejecución contractual:

III.1.

En lo que hace a la etapa licitatoria, una cuestión central es la revisión del criterio de adjudicación de los contratos:

El criterio de la “*oferta más conveniente*” del artículo 15 del Decreto N°1023/01, que dice que no sólo es el precio sino la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta; no es lo que generalmente sucede en la práctica, ya que lo cierto es que el precio suele ser el factor más que decisivo, quizás determinante; y es complicado para los funcionarios, adjudicar un contrato a una oferta de precio más alta por más que esa sea la mejor oferta, en términos calidad, mayor idoneidad del oferente y demás condiciones favorables de la misma. Si se trata de contratos complejos y montos elevados, esto resultará aún más complicado.

Entonces hay que repensar y reevaluar, la posibilidad de combinar criterios, como por ejemplo, los criterios económicos y criterios cualitativos, como el caso de la actual Ley de Contratación española N° 9/2017, que establece criterios de adjudicación, donde precisamente se combinan los dos, y entre los cualitativos están los aspectos medioambientales y los sociales (como es el caso del

género y diversidad, sectores vulnerables, cuestiones laborales, etc.), siempre vinculados al objeto específico del contrato y además estos criterios deben ir acompañados siempre de su relación con los costos. Esto es muy importante.

En definitiva, esto se conoce como “contrataciones sustentables”, es decir lograr una mayor eficacia de la contratación pública utilizando al mismo tiempo los recursos del mercado para lograr beneficios ambientales y sociales.

En el marco de la ONC se había generado un Manual de Compras Públicas Sustentables, a partir de 2017 con toda una serie de pautas al respecto.

Todo esto requiere de un estudio y análisis específico para llegar a una nueva legislación aplicable actualizada y armoniosa, donde se establezcan procedimientos de evaluación específicos y objetivos y controles consecuentemente también efectivos.

III.1.2.

En materia de **género y diversidad** en las contrataciones públicas, más allá de disposiciones específicas aplicables a determinados contratos, como ser el Programa para la transversalización de las políticas de género y diversidad (Resolución M.O.P. N°193/2020); el actual gobierno ha presentado un proyecto de ley de modificación del Régimen del Compre Argentino y Desarrollo de Proveedores Ley N°27.437, cuyo marco incorpora preferencias adicionales del 3%, relativas al género: a favor de empresas nacionales que oferten bienes de origen nacional.

Es decir que podrá sumarse la preferencia adicional del 3% del género y diversidad, por sobre las preferencias fijadas respecto de ofertas de bienes de origen nacional (porcentajes que se incrementan respecto de los actuales); para las empresas que en su composición cuenten con algunas de estas pautas:

- El 50% o más de su participación accionaria o del capital social, sea de propiedad de mujeres u otras identidades no binarias
- El 50% o más de los puestos de toma de decisión (presi-

dencia, dirección y gerencias) sean ocupados por mujeres u otras identidades no binarias

El 50% o más de los puestos de trabajo del plantel general sean ocupados por mujeres u otras identidades no binarias.

Pero sin perjuicio de estas incorporaciones en el marco de lo que hasta ahora es un proyecto de ley, de modificación del régimen del Compre Nacional, existe otra regulación de preferencias por la cuestión de género en las contrataciones públicas, y está dada en el marco de la Ley N°27.636 de “Promoción del acceso al empleo para personas travestis, transexuales y transgénero Diana Sacayán, Lohana Berkins”.

- En el marco del objetivo de esta ley, que es establecer medidas de acción positiva orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de estas personas, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades, se regula:
- La inclusión laboral en el Estado Nacional, y entre otras cuestiones y en lo que aquí interesa:
- Prioridad en las contrataciones del Estado: y dice que el Estado nacional debe priorizar a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones a personas humanas o jurídicas del ámbito privado que incluyan en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero.
- El ámbito de aplicación de esta ley, comprende también a los tres poderes del Estado, Ministerios Públicos, y si bien no alude al “Sector Público Nacional”, señala que comprende a los organismos descentralizados, autárquicos, entes públicos no estatales, empresas y sociedades del Estado.

Su Decreto Reglamentario N°659/21 del 8/9/21, aclara que el supuesto regulado en la ley, es el caso de empate de ofertas y que en dicho caso deberá priorizarse en primer término, a las empresas que incluyan en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero y que en el caso en que las empresas igualadas todas tengan estas personas, deberá priorizarse al oferente que posea mayor porcentaje de personas

travestis, transexuales y transgénero, teniendo que acreditar fehacientemente la relación laboral.

Para el caso de los organismos y entidades del inc. a) del artículo 8° de la Ley N°25.156, la ONC dictará las normas complementarias y/o aclaratorias; y muy recientemente la ONC dictó la COMUNICACIÓN 24/21 de fecha 29/9/21 informando de las disposiciones de la ley.

En este contexto, la ley considera como personas travestis, transexuales y transgénero a todas aquellas que se auto perciban con una identidad de género que no se corresponde con el sexo asignado al nacer, no siendo necesario que hayan accedido al cambio registral previsto en la Ley N°26.743 de Identidad de Género.

Pero todas estas cuestiones, insisto, debieran enmarcarse de manera sistémica en una normativa integral y armónica que centralice el tratamiento de las mismas para transparencia y conocimiento de todos, y no estar dispersas en distintas normas aisladas que luego cada uno tiene que ir integrando y armonizando como piezas de un rompecabezas.

III.2.

En lo que hace a la etapa de ejecución contractual:

Es necesario, entre otras cuestiones, regular lo referido a:

- **La posibilidad de que el Estado pueda aplicar el instituto de la compensación en el marco de los contratos públicos, como modo de extinción de las obligaciones.** Se trata de situaciones muy frecuentes en el marco contractual y no está regulado a modo general la procedencia de este mecanismo. La Procuración del Tesoro de la Nación, en un reciente Dictamen de 2020 (del 28/1/2020- IF 2020-06250178-APN-PTN) precisamente se expidió al respecto señalando la necesidad de contar con normativa específica que autorice al Estado Nacional a poder aceptar la compensación y la forma de instrumentarla.
- **La renegociación contractual.** La pandemia dejó en clara evidencia este déficit normativo y la necesidad de contar

con un marco legal que permita renegociar contratos públicos bajo pautas y parámetros transparentes.

El Decreto N°1030/16, reglamentario del Decreto N°1023/01 (pero no aplicable a las Obras Públicas ni a las Concesiones de Obra Pública y Servicios Públicos), habilita en el artículo 96, para los contratos de Suministro y de Cumplimiento Sucesivo, y también a modo muy general, la renegociación de los precios cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual: es decir cuando se encuentre afectada la ecuación económico financiera del contrato.

Pero tengamos aquí en cuenta que, respecto de estos contratos de suministro, no hay régimen de re determinación de precios como en las Obras Públicas y Consultoría de OP; por lo cual, en una interpretación estricta de la norma, la renegociación a la que aquí se alude, estaría circunscripta sólo a la cuestión del “ajuste del precio” del contrato; y no tanto respecto de otras tantas causales que motivan la renegociación de los acuerdos.

No existe hoy un régimen de renegociación contractual que fije requisitos y/ o pautas de procedencia; un procedimiento básico a cumplimentar; quién tiene que intervenir; quién la tiene que aprobar; quién controla y que permita a los funcionarios llevar adelante este procedimiento en forma transparente y reglada. Siendo en la práctica una cuestión fundamental en la ejecución de los contratos públicos frente a la existencia de situaciones que así lo justifiquen, especialmente para contratos de larga duración y complejos, como las Obras Públicas y las Concesiones de Obras y Servicios Públicos, pero que pueda aplicarse a todos los contratos, más allá de las especificidades que corresponda establecer en particular para algunos de ellos.

IV. A modo de conclusión

Entiendo que la contratación pública presenta hoy claramente una nueva impronta, mucho más saludable tras la incorporación de nuevos instrumentos normativos centrados funda-

mentalmente en una mayor transparencia, integridad y participación; pero obviamente faltan muchas otras cuestiones por realizar: hay que evaluar y repensar la necesidad de un nuevo régimen de adquisiciones del Estado nacional, donde se unifique en un solo cuerpo legal, las distintas disposiciones normativas dispersas que se fueron dictando y donde se incorporen nuevas y necesarias disposiciones, como la cuestión de los criterios de adjudicación y sustentabilidad, a la luz también de los compromisos que nuestro país ha asumido en el marco de los organismos internacionales.

Pero para todo esto, también se necesita:

- FORMACION PROFESIONAL de los abogados y abogadas del Estado, y la idoneidad de los funcionarios/as que gestionan contratos y por eso es importantísima la labor de la ECAE en este sentido.
- La INTEGRACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: esto no se logra en el marco de un sector en desconocimiento o aislamiento del otro; ni mucho menos de un sector en oposición al otro: se necesita que el sector público y el sector privado; que son los dos actores de la contratación pública, se encuentren en un diálogo permanente a los fines de lograr una normativa de consenso, más allá obviamente de las cuestiones que corresponda al Estado, definir y determinar.

Este es el gran desafío, que hay que empezar ya a construir.

No existe hoy un régimen de renegociación contractual que fije requisitos y/ o pautas de procedencia; un procedimiento básico a cumplimentar; quién tiene que intervenir; quién la tiene que aprobar; quién controla y que permita a los funcionarios llevar adelante este procedimiento en forma transparente y reglada. Siendo en la práctica una cuestión fundamental en la ejecución de los contratos públicos frente a la existencia de situaciones que así lo justifiquen, especialmente para contratos de larga duración y complejos, como las Obras Públicas y las Concesiones de Obras y Servicios Públicos, pero que pueda aplicarse a todos los contratos, más allá de las especificidades que corresponda establecer en particular para algunos de ellos.

IV. A modo de conclusión

Entiendo que la contratación pública presenta hoy claramente una nueva impronta, mucho más saludable tras la incorporación de nuevos instrumentos normativos centrados fundamentalmente en una mayor transparencia, integridad y participación; pero obviamente faltan muchas otras cuestiones por realizar: hay que evaluar y repensar la necesidad de un nuevo régimen de adquisiciones del Estado nacional, donde se unifique en un solo cuerpo legal, las distintas disposiciones normativas dispersas que se fueron dictando y donde se incorporen nuevas y necesarias disposiciones, como la cuestión de los criterios de adjudicación y sustentabilidad, a la luz también de los compromisos que nuestro país ha asumido en el marco de los organismos internacionales.

Pero para todo esto, también se necesita:

- FORMACION PROFESIONAL de los abogados y abogadas del Estado, y la idoneidad de los funcionarios/as que gestionan contratos y por eso es importantísima la labor de la ECAE en este sentido,
- La INTEGRACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: esto no se logra en el marco de un sector en desconocimiento o aislamiento del otro; ni mucho menos de un sector en oposición al otro: se necesita que el sector público y el sector privado; que son los dos actores de la contratación pública, se encuentren en un diálogo permanente a los fines de lograr una normativa de consenso, más allá obviamente de las cuestiones que corresponda al Estado, definir y determinar.

Este es el gran desafío, que hay que empezar ya a construir.

El Impacto de los programas de Integridad en los Procedimientos de Selección

Hugo Torres

Una de las ideas rectoras de estas Jornadas fue la de cerrar el ciclo lectivo de la Maestría en Abogacía del Estado que este año relanzara la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y su ESCUELA DEL CUERPO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DEL ESTADO –en su nueva designación conforme Decreto 208 del 25 de noviembre de este año 2021-, desarrollada por convenio con la UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRES DE FEBRERO que, una vez más, puso de manifiesto su apoyo incondicional a esta iniciativa. Como tal, es mi intención aportar algún elemento adicional, algunas precisiones, a las clases dictadas. Suelo decir a los cursantes de la Maestría que *el examen es la última clase*, en este caso, estas Jornadas adicionan una clase más a ese aserto, de allí que abordaremos nuestro tema mediante un esquema dialógico.

Entrando en el asunto que nos ocupa, entendemos que desde la sanción de la *Ley N°27.401* de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas que entrara en vigencia el 1° de marzo de 2018 ya no cabe identificar la requisitoria de *programas de integridad*¹ a los licitantes de los mercados públicos del Sector

1 Su definición es establecida en el primer párrafo del artículo 22 de la *Ley N°27.401* cuando establece que estos consistirán en “...el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos

Público Nacional como disposiciones de derecho blando o “*soft law*”, son verdaderas reglas penales -y algunas de naturaleza administrativa como veremos- obligatorias, por tanto, a mi entender, indisponibles y de interpretación restrictiva.

Consecuentemente, en el campo de la contratación pública, no cabe soslayar la existencia de un programa de integridad como requisito de admisión de las ofertas, cuya omisión por inexistencia constituye causal de desestimación de la propuesta según lo marca claramente el artículo 24 de la precitada ley cuando establece que “*La existencia de un Programa de Integridad **adecuado** conforme los artículos 22 y 23 será **condición necesaria** para contratar con el Estado Nacional, en el marco de los contratos que a) según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) se encuentren comprendidos en el artículo 4° del Decreto Delegado N°1023/01 y/ o regidos por las leyes N°13.064, N°17.520, N°27.328 y los contratos de Concesión o licencia de Servicios Públicos.*” El destacado de la negrita -y las sucesivas- es mío, para enfatizar las cuestiones sobre las que vamos a profundizar a continuación. Este carácter obligatorio, de ser condición necesaria para contratar, nos trae a consideración las siguientes consecuencias: la inexistencia de un Programa de Integridad al momento de presentar la oferta la convierte en **inadmisible**, y debe ser descartada sin más trámite por incumplir este precepto legal y reglamentario: el Reglamento N° 277/18 elucida en su artículo 2° que el monto de los contratos a que se refiere el inciso a) transcrito arriba “(...) es aquel establecido en el Anexo al artículo 9° del “**REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL**” aprobado por Decreto N°1030/16 -o el que en el futuro lo sustituya- para aprobar procedimientos y/o adjudicar contratos por parte de Ministros, funcionarios con rango y categoría de Ministros, Secretario General de la Presidencia de la Nación o máximas autoridades de los organismos descentralizados.” Para luego reiterar en su artículo siguiente que la existencia del referido programa con ajuste a la definición y contenido de los artículos 22 y 23 de la Ley N°27.401 es condición necesaria para contratar con el Estado Nacional; existencia que “(...) *deberá ser acreditada* -acla-

comprendidos por esta ley.”

ra- junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria”.

Esto nos recuerda cierta similitud con la requisitoria, en su momento, del Certificado Fiscal para Contratar emitido por la AFIP, hoy suplantado por la correspondiente consulta a la página web del ente recaudador, por cuanto la existencia del Programa de Integridad pasa de ser un requisito para contratar, a una exigencia para ofertar, lo cual es a mi juicio coherente con el propósito del mismo: no hace ninguna diferencia que se apruebe y adopte un programa de integridad a las corridas entre la presentación de una oferta y la adjudicación de la contratación, digamos cuando de la propia comparación que es posible percibir luego de dicha apertura, sin dejar de tener en cuenta, como veremos seguidamente, que la Comisión Evaluadora al emitir el correspondiente Dictamen de Evaluación ya debiera tomar cartas en el asunto.

Hablemos ahora de situaciones concretas.

¿Qué ocurre si el oferente cuenta con dicho **Programa, pero omite mencionarlo y acompañarlo con su oferta?** Se trata de una circunstancia a mi entender **subsana**, por consistir en la aportación de un dato histórico, una documentación preexistente que en nada modifica ninguna condición subjetiva del proponente, obviamente a condición de que sea comprobable su existencia **previa** a la fecha de apertura de ofertas, y mejor, su operatividad antecedente, es decir, que el Programa hubiera sido implementado y puesto en práctica con anterioridad. ¿Cómo se comprueba que el Programa estuviera en funcionamiento con anterioridad y no haya sido una mera copia **apurada del de alguna otra empresa realizada en esos tres días que median desde el pedido de subsanación?** Por cualquier medio de prueba: requiriendo por ejemplo al postor constancias de la creación de un área -si fuera gerencia mejor aún- de integridad y transparencia, la consecuente designación de los responsables de integridad o *Compliance Officer*, registros de su intervención en reuniones de directorio o de distintas gerencias, registros de publicación en internet u otras redes de ese Plan,

registros de las capacitaciones internas brindadas a su personal gerencial y administrativo –y aún directivo- en ese transcurso, entre otras. Ya van 3 años de vigencia de la ley, su reglamento y de los lineamientos facilitadores de su implementación que la propia OFICINA ANTICORRUPCIÓN emitiera mediante sus *Resoluciones N°27/2018 y 36/2019*, esta última adaptada a las pequeñas y medianas empresas; si en todo este tiempo no se designó a ningún responsable interno, no se contrató una línea de denuncias externa e imparcial, no se realizó ninguna capacitación comprobable –no bastan los meros dichos: es necesario aportar fechas, nombres de los capacitadores, temarios impartidos, sus facturas y pagos si han sido externos, materia ésta que constituye la diferencia entre un registro y un dicho- entonces la empresa no tiene un Programa de Integridad, solo tiene un papel pintado de ocasión.

Ahora bien, detengámonos también por un momento en el ámbito objetivo o material de aplicación de esta exigencia: ¿en el marco de qué procedimiento de contratación y a cuáles **contratos cabe requerirla**? Surge aquí una primera imprecisión, producto a mi entender de un defecto de técnica legislativa al delimitar el universo de contratos ceñido a los de la Administración, descartando así los de otros regímenes propios de las personas públicas no estatales, como los reglamentos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJyP), a cargo del Programa PAMI, aprobado por *Resolución N°124/2018* del Instituto; o los diversos reglamentos de contrataciones de las empresas y sociedades integrantes del Sector Público en la definición que surge del *artículo 8°, inciso b) de la Ley de Administración Financiera y Control del Sector Público Nacional (LAF)*. La *Ley N°27.401* debió referirse llanamente a cualquier contratación, bajo cualquier figura contractual, celebrada bajo cualquier procedimiento de selección y bajo el régimen propio de cualquiera de estos sujetos, que por definición ofrecen mayores liberalidades procedimentales –aunque algunas sociedades emulan o incorporan el RRCAN y su Reglamento N°1030/16, y aún el régimen de redeterminación de precios para las obras y contratos de Consultoría fijado por el *Decreto N°691/16*, con las salvedades orgánicas propias de sus estructuras, amén de adoptar los principios de transparencia y anti-

corrupción, principios que de un modo u otro también reflejan las empresas privadas en sus códigos de ética- en un orden jurídico que mixtura la contratación privada con el control público.

Surge aquí otra imprecisión, producto como dije de ese defecto de técnica legislativa al definir la materia objeto de la obligación a través de la jerarquía del sujeto adjudicante, referenciado éste en los *artículos 24 inc. a) de la Ley N°27.401 y 2° del reglamento “supra”* transcritos, y ésta a su vez por el monto de la contratación. Hubiera sido preferible a mi parecer establecer un monto que haga de línea de base, sin tales referencias funcionales que, como veremos dejan una zona gris sobre el universo abarcado. Un monto que podría ser el mismo que el que hace ineludible la licitación pública, actualizable en el tiempo mediante su expresión en módulos, como tiene lugar en la reglamentación de contrataciones usual para los contratos de Suministro que aquel artículo reglamentario segundo trae como parámetro.

Aclarado esto, precisemos entonces el ámbito subjetivo de aplicación de este requisito: ¿Cuáles son los sujetos contratantes obligados en el Sector Público y cuáles **los cocontratantes en el sector privado**? Ya que es directa consecuencia de aquella primera definición imprecisa esta otra cuestión que se nos ocurre importante elucidar: ¿los sujetos contratantes abarcados por la norma son sólo los ministros y máximas autoridades de la administración descentralizada o las autoridades superiores de las empresas del sector público –en sus diversas manifestaciones societarias- también están alcanzadas? En la pregunta y las consideraciones previas, dada su íntima ligazón, adelanté parte de la respuesta haciendo extensivo –como mínimo- dicho ámbito subjetivo a todos los entes y jurisdicciones comprendidos en ambos incisos iniciales –a) y b)- del artículo 8° de la LAF. Me parecen entonces incorrectas las limitaciones a las contrataciones del “Estado Nacional” en lugar del Sector Público todo, si pretendemos incluir los entes societarios y empresariales del inciso b), y por ende, también la mención al “organismo” convocante en la mención del artículo 3° de la reglamentación. ¿O no es caso exigible a éstos igual conducta ética que a la administración central y los entes descentralizados, en la ejecución de sus metas, programas o planes económico-financieros aplicando recursos igualmente públicos así sean extrapresu-

puestarios o provenientes de su actividad comercial, cuando el Estado Nacional detente la mayoría accionaria o la de la toma de sus decisiones, que suelen ir de la mano? Entonces, no debieran excluirse de sus convocatorias o contrataciones la exigencia de este programa a sus cocontratantes. Entiendo ello en congruencia con la señera doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN que ha prescripto que el Estado –en sentido amplio a mi juicio- debe considerarse como *primer obligado ético* y como *persona ética por excelencia*, que debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración de la equidad y a los principios que la informan (Dictámenes 79:77; 83:180; 84:92; 85:135; 106:264; entre muchos otros posteriores), carácter ético que “(...) *ha sido constantemente predicado no sólo desde el derecho, sino también, por cierto, desde la filosofía.*” (Dictámenes: 247:311).

Bajo este criterio, en mi experiencia reciente como titular de la Gerencia de Coordinación Legal de la empresa pública no estatal CORREDORES VIALES S.A. impusimos en los pliegos licitatorios una vara de admisibilidad de las ofertas que sigue este proceder. A partir de la conclusión que lo que buscó la norma de origen fue impactar sobre las decisiones de adjudicación del máximo órgano adjudicante, asociamos éste con el decisor superior en una sociedad anónima, vale decir, su Directorio, y todas aquellas adjudicaciones que conforme los parámetros del Reglamento General de Contrataciones propio de la sociedad debieran ser aprobadas por el órgano colegiado marcaban el ámbito de aplicación del que hablamos. Así, todas las contrataciones que debieran tramitarse a través de licitaciones públicas, es decir, aquellas cuyo monto estimado fuera superior a poco más de catorce millones de pesos a esta fecha, deben requerir expresamente al oferente la implementación de un Programa de Integridad, y acompañar su texto con la presentación. Así, recomendamos para su incorporación al pliego de cláusulas particulares el requisito de presentación del Formulario sobre el Programa de Integridad del oferente, cuyo modelo como Anexo en carácter de declaración jurada sobre la existencia de tal programa adecuado, en los términos de la ley “*sub examine*”, declaración en la que expresamente debería manifestar si posee o no ese programa, manifestación que en caso de resultar en contrario automáticamente lo excluía de la puja, en estos términos:

“*Se informa a todos los oferentes que poseer un Programa de Integridad es de carácter obligatorio, y su carencia causará la desestimación de la propuesta.*”². Ello además de declarar su expresa adhesión al programa de integridad propio de la licitante, inserta también en ese anexo, cláusula inserta tanto para contratos de bienes y servicios como de obras, mantenimiento vial y otras construcciones.

Otro tanto cabe predicar de las licitaciones y contrataciones financiadas en el marco de organismos multilaterales de crédito como el BID, BIRF, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y una docena de etcéteras más, que bajo montos millonarios adquieren bienes, contratan servicios y obras a lo largo del territorio nacional, a veces con contrapartidas parciales del Tesoro Nacional y hasta de alguna provincia, según el caso, pero siempre –salvo adhesión expresa³- por fuera del marco del Decreto Delegado N°1023/01 y de la legislación nacional, por lo que en principio estas operaciones están jurídicamente exentas de la requisitoria de programas de integridad a sus oferentes, más inexcusablemente obligadas desde el rasero de la ética que arriba describimos para las empresas y sociedades. No otra interpretación cabe a mi juicio sobre este respecto, a riesgo de crear una zona liberada –por extrapresupuestaria y ajena a la mentada normativa- en la que ingentes contrataciones se adjudiquen mediante la elusión de tales estándares éticos.

El Sector Público Nacional debería ser éticamente unívoco en su gestión contractual. Lo contrario implica mentirse y

2 IF-2021-001160072-CVSA-CVSA-GCL”CVSA, IF-2021-00011608-CVSA-GCL#CVSA, entre varios

3 Decreto Delegado N°1023/01, Artículo 5°: “CONTRATOS EXCLUIDOS. Quedarán excluidos los siguientes contratos: (...) c) los que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, *sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley N°24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control*” El destacado es propio, el instrumento se refiere al Contrato de Préstamo que suele contener o remitir al Reglamento de Contrataciones propio de la institución crediticia.

creerse la propia mentira.

Con respecto a los oferentes, es decir a las personas obligadas a contar con un Programa de Integridad para que su propuesta sea considerada jurídicamente válida en los términos legales “*supra*” relevados, la propia ley determina su ámbito de aplicación en dos instancias: la primera, las personas alcanzadas por el ámbito de la ley en general son las personas jurídicas *privadas*, de capital nacional o extranjero, campo del que como es obvio queda excluido el oferente unipersonal, la persona humana, lo que genera también una incertidumbre respecto de la presentación de un oferente de esta naturaleza –poco probable en la práctica (pero no imposible) en operaciones de magnitud relevante que amerite el decisorio de la autoridad superior según venimos comentando– eximido de contar con una política y un programa de integridad, es decir, un potencial contratante al que nada se exige en términos de desempeño ético y de procedimientos anticorrupción en su organización, independientemente de las dimensiones de su establecimiento y actividad.

Cualquier empresa podría en este caso argumentar que así se conculca el principio de Igualdad, liminar en cualquier proceso competitivo de contratación, con raigambre constitucional en el artículo 16 de la Carta, y en los diversos tratados y convenciones de Derechos Humanos constitucionalizados⁴, dando a las personas humanas un tratamiento diferente y preferente, mediante la eximición de tales exigencias éticas. Obviamente también se podrá esgrimir que la persona física ya era penalmente responsable antes y ahora, y que la Ley N°27.401 extiende esa responsabilidad penal a los entes jurídicos; reflexión que sin embargo nos invita a revisar esta requisitoria en las cláusulas particulares extendiéndola también como parte de las ofertas de las personas humanas, dado que entendemos como desiguales a quienes se esfuerzan por incorporar procesos de integridad y códigos de conducta a sus estructuras, de aquellos quienes omiten dotar a su actividad de es-

4 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 24, incorporada al ordenamiento jurídico argentino mediante por Ley N°23.054; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 3°, incorporado por Ley 23.313, entre los más específicos.

tos recursos documentales y humanos que guíen sus proceder. Evitemos así caer en una permisividad que inversamente establecería una evaluación discriminatoria entre los oferentes, poniendo en vigencia entonces aquel *principio* establecido por el despótico cerdo Napoleón en la rebelión de la fábula orwelliana: “*Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros*”.⁵

Aclarado esto, sigamos indagando en la operatividad de esta exigencia frente a las distintas alternativas que se presentan en la práctica.

¿Qué ocurre si el oferente declara llanamente carecer de un programa de integridad? La oferta debe ser desestimada sin más trámite por incumplir el plexo normativo en análisis. No se trata de una carencia de aptitud técnica, sino, antes, de la inobservancia de una exigencia de origen legal que la hace inadmisibile, con lo cual no cabe entrar en el análisis de esa aptitud técnica, su ajuste a las especificaciones, la conveniencia de su precio ni su solvencia económica financiera: carece de la solvencia ética que le es antecedente.

¿Es suficiente **declarar contar con dicho programa y presentar su copia como parte de la oferta**? No a mi entender, la mera constatación de la existencia de tal programa, sin mayores consideraciones, no exime a cada oferta de un examen más intenso sobre este requisito. No basta la firma de una DDJJ o formulario equivalente, o un tilde en una planilla del tipo “Cumple/No cumple” para que este se tenga por cubierto. La mera exhibición de un conjunto de textos redactados con declaraciones despojadas de sustento real y de herramientas de acción interna adecuadas carece de sentido a la hora de prevenir un potencial fraude, detectar un soborno en curso, denunciar un hecho consumado. De cumplimiento hablamos, eso significa “*compliance*” en su acepción más inmediata, pero ¿cuándo se **cumple en realidad este aspecto de la oferta**? ¿Qué **contenido debe tener un Programa de Integridad para que se lo repunte válido y suficiente**? Sin duda la primera respuesta que se nos impone son los tres elementos *obligatorios* establecidos por el artículo 23 de la Ley N°27.401, a saber: un código

5 ORWELL, George, *Rebelión en la granja*, Libros del Zorro Rojo, Barcelona, 2010, p. 145.

de ética o conducta, o en su defecto políticas expresas aplicables a todos los directores, administradores y empleados que regulen sus tareas o labores de manera de prevenir la comisión de los delitos contemplados en ella (*inciso a*), un conjunto sistematizado de reglas y procedimientos específicos para prevenir aquellos ilícitos en el ámbito de procedimientos de selección como concursos o licitaciones, en la ejecución de *contratos administrativos* –otra limitante conceptual en los términos de la técnica legislativa adoptada y aquí apuntada como insuficiente- “(...) o en cualquier otra interacción con el sector público”, frase de cierre del *inciso b*) que podríamos tomar como un principio correctivo de las deficiencias señaladas; y la realización de capacitaciones periódicas a directores, gerentes y empleados (*inciso c*). Además, el propio *artículo 23* indica otros elementos complementarios de inclusión facultativa, cuya inobservancia, por tanto, no ha de generar el descarte liminar de la oferta.

¿Quién controla estos contenidos y con qué grado de eficiencia? Este análisis por parte de la UOC o gerencia de contratación actuante, y de la COMISIÓN EVALUADORA o su equivalente, es central, de manera tal que se verifique no sólo el contenido, sino su *adecuación* (artículo 24, supra relevado), es decir, su relación “(...) con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica (...)” *artículo 22 párrafo segundo* de la Ley N°27.401, y que la existencia del programa no se convierta en otro “papelito” –según la jerga usual, en cierto modo despectiva, de los licitadores- sino en un elemento de evaluación con una importante ponderación sobre la decisión de selección.

Son muy útiles a este respecto los mencionados *Lineamientos* de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, si bien diseñados para uso de las empresas como guías de implementación, pueden también ser utilizados por las UOCs y COMISIONES DE EVALUACIÓN para su examen, considerando especialmente sus definiciones, interacciones, cuestionarios de corroboración y fuentes utilizadas para su elaboración, los que podría aportar herramientas de análisis al gestor público –en las administraciones y en las empresas de propiedad estatal- que, integrando la Unidad Operativa de Contrataciones de aquellas o las gerencias de contrataciones de éstas y las comisiones o áreas de evaluación o comités de adjudicación

–según los casos- pueda desarrollar sus capacidades como un verdadero *analista de integridad*, figura que propongo se tenga en cuenta crear para dotar de tales capacidades –mediante su profesionalización permanente- dentro de las administraciones y empresas públicas.

¿Cómo se logra este resultado valioso?

Hablemos de contenidos concretos.

En mi experiencia, con el desarrollo y la implementación de matrices de evaluación eficientes, que otorguen pautas objetivas de análisis de las ofertas y permitan ponderar con una participación porcentual importante sobre el puntaje a otorgar a los distintos ítems que componen ese examen, como por ejemplo:

a) la existencia de un **diagnóstico** previo a la formulación del Programa de Integridad realizado de modo profundo y responsable, de manera que haya permitido elaborar un programa a medida no sólo de la magnitud y capacidad económica, sino sobre todo teniendo en miras la actividad a la que la empresa se dedica (construcción de obras, consultoría, servicios de mantenimiento, limpieza, vigilancia, venta de bienes y en tal caso, el o los rubros de esos bienes, etc) y de las prácticas usuales en ese sector. El informe de diagnóstico deberá contemplar encuestas y entrevistas internas de asegurada confidencialidad, así como la consideración del segmento del mercado en el que la firma efectúa su giro comercial habitual, según dijimos.

b) Un especial capítulo –germinal- del Programa dedicado a la identificación de los **riesgos** de corrupción propios de la actividad y de la empresa, en íntima relación con el diagnóstico levantado en el punto anterior. Un Programa de Integridad y un Código de Ética o de Conducta diseñados sin un adecuado y profundo análisis o “mapa” de riesgos constituye un edificio sin cimientos. Las reglas de conducta y los procedimientos de gestión deben asegurar un correlato con las acciones usuales que correspondan a la operatoria de las distintas áreas de la firma, sin el cual se convierten en un conjunto de reglas despegadas de la realidad de sus miembros y de sus funciones, que caerá inevitablemente en el ol-

vido de su no uso.

c) También la fijación de las **reglas** y **parámetros** que definan con claridad, en un lenguaje simple y accesible, las prácticas prohibidas, las situaciones de conflicto de interés y las responsabilidades y eventuales sanciones asociadas, de manera que el programa sea auto explicativo, y ello lo habilite a funcionar bajo un también claro **principio de “tolerancia cero”** ante incumplimientos e irregularidades, estableciendo estos como falta grave, expresa causal de despido en los términos de la legislación laboral vigente, independientemente de las demás acciones que pudieran haber según el caso (denuncia en sede administrativa y/o penal por ejemplo).

d) La **jerarquización e independencia** que se otorgue al área de integridad. Para ello, no basta sólo su designación dentro del *staff* gerencial, sino la encomienda de funciones que explícitamente incluyan su capacidad de participación en el proceso de toma de decisiones, desde su presencia en las reuniones de los órganos de administración, personal clave y decisores, con acceso a los proyectos y al conocimiento de las ofertas de relevancia en los mercados públicos en los que la empresa compita, así como a los registros –especialmente de pagos u otros desembolsos- contables, informes de auditoría y libros de actas, hasta el reporte periódico y el acceso directo al Directorio y la Asamblea de Accionistas, en su caso. Un oficial de cumplimiento o gerente de integridad que deba sortear diversos superiores jerárquicos para hacer saber a las máximas autoridades de la firma cuando considere que ello hace falta carece de toda eficacia: estas facultades tienen que traducirse en reglas expresas dentro del Programa de integridad.

e) El diseño de un **esquema de control** y de **procedimientos** adecuados para detectar a tiempo cualquier indicio de irregularidades en curso (sobornos, cohecho, prácticas colusorias, pagos de facilitación, etc.) o del establecimiento de relaciones indebidas (obsequios, viajes, turismo ejecutivo disfrazado de asistencia a jornadas y congresos, etc.) con funcionarios públicos o de otras empresas competidoras o aliadas dentro del mercado. Tales procedimientos deberán contemplar recomendaciones para la actuación del personal –gerencial, jerárquico u operativo- en cada situación, con las debidas garantías de confidencialidad y respeto de

su seguridad laboral. Estos procesos deberán contemplar los de revisión periódica de los riesgos que le sirvieran de fundamento, como insumo para generar la consecuente adaptación en el curso de la actividad.

f) La presencia del Programa de Integridad en el **sitio web** de la empresa, así como de cada uno de sus componentes, y una guía simple para su interpretación, puntualizando sus valores, características y herramientas, de modo tal que sea accesible a clientes y empleados, a terceros y también a los operadores de la UOC y el evaluador del ente licitante para que puedan realizar una primera constatación de su actualización o alineamiento con los documentos que fueran presentados integrando la oferta.

g) El establecimiento de mecanismos seguros para realizar **denuncias** de conductas faltas de ética o de prácticas prohibidas, como correos electrónicos o líneas telefónicas **anónimas** en resguardo del denunciante –interno o tercero ajeno a la organización- y **autónomas**, donde el receptor y administrador de la primera denuncia sea un tercero imparcial, ajeno a la estructura de la empresa, que otorgue al denunciante las garantías tanto de su seguridad laboral o indemnidad ante represalias en caso de ser un miembro de la organización cuya identificación pudiera deducirse del tenor de lo denunciado, como del análisis independiente de la situación que da a conocer.

h) La constatación, por fuera del texto del programa pero acompañándolo, del **presupuesto** que para cada ejercicio se asigna al área de cumplimiento, la cantidad de personal profesional, técnico y administrativo que se le asigna, o en su defecto identificar el que esté a su disposición en otras áreas de la empresa, los recursos de capacitación para ésta y para el resto del personal de la empresa, la previsión de cursos de inducción para los ingresantes, para la realización de encuestas periódicas y otros tipos de relevamiento que promuevan su desarrollo en el tiempo, y un programa de incentivos –tanto para la capacitación como para el reporte de acciones sospechosas- constituyendo el cumplimiento no sólo el resultado de una abstención ante la amenaza de consecuencias represivas, sino el desarrollo de una forma de trabajar y hasta la posibilidad de obtener una recompensa por sostener

esa cultura de integridad, de modo que no se transforme en un túmulo de carpetas que nadie repasa ni un cuadrito colgado en la pared de algún despacho como una certificación más. La importancia del presupuesto asignado marcará, como en tantos otros ámbitos, la importancia real que se otorga al desempeño del área de ética e integridad en la empresa. Caso contrario el programa se vuelve un mero elemento de marketing, archivado, divorciado de su efecto, y esta legislación se vuelve otra normativa meramente declarativa de buenas intenciones, pero inoficiosa en los hechos.

Este itemizado puede ir precedido de aquella declaración jurada –usualmente un anexo específico como dijimos– dentro del pliego de cláusulas particulares, que indagando al oferente acerca de la presencia de cada uno de estos elementos en sus documentos que conformarán el programa de integridad, sirvan de guía al operador jurídico de la COMISIÓN EVALUADORA o, previamente, de la UOC en su previa tarea de colaboración preparatoria de la intervención de aquella, para ubicarlos rápidamente en los instrumentos que formen parte de cada propuesta.

Tengamos presente que las acciones de verificación son igualmente importantes para la etapa de ejecución del contrato, me refiero al seguimiento del progreso de la actualización del programa de integridad y a la realización de acciones de capacitación por parte de los adjudicatarios. Recordemos a modo comparativo la exigencia que el régimen de protección a las personas con discapacidad establecida por el artículo 7° del Decreto N°312-/2010: **¿se verifica la designación de ese 4% de personal con capacidades distintas en los adjudicatarios de servicios?** Así esta medida protectora y virtuosa, podría verse evadida en la práctica por un cocontratante que, luego de manifestar la declaración jurada correspondiente inserta como anexo parte del pliego de cláusulas particulares respectivo, tras la adjudicación del contrato ingrese menos personal con discapacidad –o ninguno– a su empresa aprovechando la falta de verificación del ente contratante.

Ello nos parece indispensable para que las conductas de las empresas oferentes se encaminen efectivamente hacia una **cultura ética empresarial integral con valores explícitos**. Este es el sentido del “*compliance*”: que arraigue en la práctica empresarial y en la

conducta laboral de sus ejecutivos y personal de ventas (también en sus propios departamentos de compras o “*supply*” para evitar el fraude interno en su cadena de abastecimiento), que se constituya en una costumbre el competir limpiamente, sin recurrir a las artimañas del soborno y la dádiva, que además constituyen delitos, y que la haga extensiva a su cadena de valor (proveedores, clientes, terceros involucrados en su gestión y actividad comercial).

Esta cultura no ha de traer un resultado inmediato, se requerirá de años de insistencia, seguimiento y profundización hacia las empresas cotizantes y hacia los órganos y áreas de selección dentro del Sector Público. No escapa a nuestra consideración que el “*compliance*”, a pesar de la extensa vigencia de su legislación de origen en los Estados Unidos de Norteamérica⁶, no sirvió sin embargo de disuasión suficiente para evitar los sonados fraudes de ENRON, la auditora ANDERSON, la crisis de las hipotecas “*sub prime*” de 2008 y la quiebra de la banca LEHMAN BROTHERS, entre los más evidentes y recordados; y que otro tanto cabe predicar del ordenamiento de Italia, tal vez el país al que más nos parecemos de la Europa comunitaria, cuyo *Decreto Legislativo N°231* ha cumplido en 2021, veinte años de vigencia, en este proceso de “*norteamericanización*” del orden penal internacional en lo que respecta a la responsabilidad corporativa, a caballo de la *Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales* de la OCDE⁷. Sin embargo, juzgamos positiva y necesaria su normación y, sobre todo, su implementación y el progreso de las capacidades de desarrollo, revisión y actualización tanto en las empresas privadas como en el sector público contratante.

Recordemos por último que además, en términos de la profesora MAXIT, “*Se concede a la adopción del Programa de Integridad importantes consecuencias legales. Éste, si resulta adecuado, exime de responsabilidad penal si se realiza una auto denuncia espontánea y se devuelve el beneficio obtenido (artículo 9°), funciona como atenuante en*

6 US Foreign Corrupt Practices Act de 1972.

7 Incorporada por el ordenamiento nacional por Ley N°25.319.

*la graduación de la eventual sanción penal (artículo 8º), puede ser estipulado como condición para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (artículo 18), y es requisito para ser oferente hábil en contrataciones con el Estado Nacional (artículo 24)."*⁸

Sin duda estas capacidades de análisis deberán desarrollarse progresivamente entre las abogadas y los abogados del Estado -y otros profesionales y auxiliares de la labor evaluativa en la organización de que se trate- mediante acciones de capacitación destinadas en principio para las COMISIONES DE EVALUACIÓN y para las UOCs, y otros asesores y miembros de los servicios jurídicos, y como otro tema a profundizar en el marco de esta Maestría y en los cursos de la ECAE.

8 MAXIT, María, *Una primera aproximación a la aplicación de la Ley N°27.401 y las contrataciones de bienes y servicios*, Revista de Contrataciones Públicas, N°2, Diciembre 2019, IJ-CMVIII-954.

El Poder de policía Provincial vinculado a la Salud Pública

Alejandro J. Uslenghi

Introducción

La terrible pandemia mundial que desató el COVID llegó a la Argentina en el año 2020 y motivó, en el aspecto jurídico, diversas normas dictadas por el Gobierno Nacional con el objeto de restringir o anular los efectos disvaliosos de la enfermedad. A poco andar, dadas las características de la difusión del mal, se advirtió la necesidad de *coordinar* las medidas tomadas por la autoridad nacional con las que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, debían asumir las autoridades locales, vale decir, los municipios y las provincias.

Estas circunstancias me han llevado a indagar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de examinar recientes fallos emanados del Alto Tribunal vinculados a las autonomías tanto provincial, como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para establecer si éstos marcan una tendencia de la Corte en su actual integración.

Para ello, he seleccionado dos pronunciamientos, emitidos en mayo y en junio de 2021, a los que me referiré más adelante.

Poder de Policía local

En el ámbito del derecho administrativo nacional ha echado raíces la noción de *Poder de Policía*. Se la define como la potestad

reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo.

Para tener validez constitucional el resultado de esa potestad debe contener un principio de razonabilidad que disipe toda iniquidad y que ponga en relación los medios elegidos con los propósitos perseguidos en la norma de policía.

Este *Poder de Policía*, además de haber sido citado en numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adquirió estatus constitucional en la reforma de la constitución operada en 1994.

El constituyente otorgó una nueva redacción al artículo 75, inciso 30, de la Carta Magna. Tras recordar la competencia del Congreso Nacional para ejercer una legislación en la capital de la Nación y en los establecimientos de utilidad nacional, introdujo una doctrina que ya había sido elaborada por la Corte Suprema.

En consecuencia, dispuso que “*las autoridades provinciales y municipales conservarán el poder de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines*”.

Toda vez que nuestro sistema general de gobierno federal distribuye competencias para regular los derechos personales entre el gobierno nacional -por una parte-; y los gobiernos provinciales -por la otra-; suelen suscitarse en la interpretación de tales competencias planteos de inconstitucionalidad.

En esos casos, la primera misión del jurista consiste en discernir si el poder otorgado a la provincia, en la especie, ha sido ejercido por la autoridad local sobre una materia asignada en la Constitución. Si la norma local supera este test de constitucionalidad, el jurista deberá establecer si el ejercicio de ese poder es razonable en la ocasión disputada.

Para la primera indagación, resulta necesario siempre recordar el camino aconsejado por una excelente sentencia que pronunció nuestra Corte Suprema, en los albores de su gestión, fijando una doctrina que hasta hoy se mantiene incólume.

El 5 de diciembre de 1865 (a dos años de la instalación definitiva del Tribunal), resolvió la causa iniciada por Domingo Mendoza

y su hermano contra la Provincia de San Luis. Los actores imputaban al Fisco provincial estar cobrando un impuesto inconstitucional, puesto que grababa productos generados en el interior de la Provincia, cuando eran extraídos del territorio provincial, operando como una *aduana interior*, prohibida por la Carta Magna.

En el considerando segundo del fallo, el Alto Tribunal estableció que (...) los actos de la Legislatura de una Provincia *no pueden ser invalidados*, sino en aquellos casos:

En que la Constitución concede al Congreso Nacional en *términos expresos un exclusivo poder*; o en los que el *ejercicio de idénticos poderes* ha sido expresamente prohibido a las Provincias; o cuando hay una *directa y absoluta incompatibilidad* en el ejercicio de ellos por éstas últimas. Fuera de estos casos, es incuestionable que las Provincias *retienen una autoridad concurrente* con el Congreso.

Vale decir, si se trata de *competencias concurrentes*, compartidas por la Nación y el poder local, sólo se podrá sostener la inconstitucionalidad de la norma local cuando repugne efectivamente a lo dispuesto por el poder nacional en la materia. Caso contrario, ambas regulaciones concurrentes -nacional y provincial- resultan legítimas, imperativas y operantes.

Causa Farmacity c/ Provincia de Buenos Aires

El 30 de junio de 2021, el Alto Tribunal resolvió la causa iniciada por Farmacity S.A. contra el Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro (*FALLOS 344: 1557*). La cuestión principal radicaba en la pretensión de la actora de que declare inconstitucional la ley de la Provincia que no incluye a la sociedad anónima entre las personas autorizadas a instalar farmacias en jurisdicción provincial, razón por la cual se rechazó la habilitación de una farmacia en Pilar.

La Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de la restricción provincial, rechazando la demanda, con el voto disidente de la Dra. Sotelo de Andreau, quién intervino como conjuera, tras la excusación de los Dres. Rosenkrantz y Rosatti. El Dr. Irurzun -el otro presidente de tribunal federal que actuó como conjuer, junto

a la Dra. Sotelo de Andreau-, votó con la mayoría.

Con relación al cuestionamiento de la competencia provincial para legislar en la materia, la Corte recordó que los poderes provinciales son originarios e indefinidos, mientras que los delegados a la Nación son definidos y expresos; así como antigua y constante jurisprudencia, según la cual las normas provinciales no pueden ser invalidadas, excepto que: a) el Congreso ejerza un exclusivo y excluyente poder; b) que tales poderes hayan sido expresamente prohibidos a las provincias; y c) cuando hay una manifiesta e insalvable incompatibilidad entre la norma provincial y la del Congreso. En el caso, se trata de una competencia compartida y concurrente; también fundada en los derechos del consumidor, a cuyo respecto el art. 42 de la Constitución justifica la existencia de disposiciones provinciales complementarias.

Concluyó que la norma nacional (Decreto N°2284/91) que eliminó muchas restricciones sobre la instalación de farmacias, se limitó a invitar a las provincias a adherir al régimen, sin imponerlo en el ámbito local, por lo que no hay incompatibilidad absoluta entre ambas regulaciones.

El Tribunal aclaró que delimitar el alcance de la actividad de expendio de productos farmacéuticos en el ámbito local es competencia de la provincia.

Por lo demás, la Corte Suprema considera que la ley provincial constituye una reglamentación razonable y no afecta las libertades económicas y de expresión comercial de la empresa.

Como resultado, el Alto Tribunal convalidó la constitucionalidad de la ley provincial que prohíbe instalar farmacias en la provincia en la medida que su propietario constituya una sociedad anónima.

La Dra. Sotelo de Andreau, en su disidencia, sostuvo que la Ley N°10.806 de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto excluya a la sociedad anónima como sujeto propietario de una farmacia, constituye una restricción irrazonable y, por lo tanto, convierte a la norma en inconstitucional.

Añadió que no se advierte el cumplimiento de una finalidad pública de protección de la salud al exigir que la propiedad de las farmacias sea exclusivamente de ciertos sujetos y no de otros,

excluyendo tipos societarios.

La prohibición es irrazonable porque la administración y organización de los establecimientos farmacéuticos pueden ser eficazmente desempeñadas por personas que no sean farmacéutico, o que integren otros tipos societarios.

Destacó que el personal farmacéutico es esencial para preservar el uso adecuado de los medicamentos por la población. Pero esa competencia no hace a la propiedad y administración de la farmacia.

Entendió que no es razonable afirmar que el tratamiento humano responsable se vea mejor garantizado exigiendo que el farmacéutico sea propietario y no meramente director técnico del establecimiento.

Finalmente, en su voto disidente, afirmó que la ley viola el principio de igualdad en tanto permite que algunas personas jurídicas sean propietarios de farmacias y otras no. Máxime que el sistema normativo provincial permite a la sociedad anónima o a personas físicas sin título habilitantes ser dueñas de asociaciones, clínicas, sanatorios o policonsultorios en los que se desempeñan médicos.

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional

Continúo esta reseña de fallos del Alto Tribunal con el que considero más paradigmático con respecto al tema de la autonomía local. Me refiero a la sentencia de la causa incoada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado nacional (Poder Ejecutivo Nacional), del 4 de mayo de 2021 (*Fallos: 344: 809*), que involucró el examen de las competencias de la CABA (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) en plena emergencia sanitaria.

El Gobierno de la Ciudad planteó ante la Corte Suprema, en instancia originaria, una acción declarativa de inconstitucionalidad del DNU por el cual el PEN suspendió las clases presenciales, en todos los niveles, desde el 19 al 30 de abril de este año, en el Área Metropolitana de Buenos Aires, espacio que incluye al territorio de la CABA. Consideró que la norma

violaba el art. 5 de la CN, el que garantiza la autonomía de las provincias mientras aseguren la educación primaria y el art. 129, en cuanto predica la autonomía de la CABA.

La Corte concluyó que se había violado la autonomía de la Ciudad, en una profunda sentencia constituida por un voto concurrente de los jueces Maqueda y Rosatti; un voto del juez Rosenkrantz y otro del juez Lorenzetti. Enunciaré algunos principios del fallo que juzgo trascendentes.

El federalismo es un *sistema cultural de convivencia*, con competencias en *interacción articulada*, una coordinación de esfuerzos, que impiden el enfrentamiento de poderes y persiguen la unión de ellos en vista a metas comunes.

A partir de 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió status constitucional: es *ciudad constitucional* porque es la única designada en la Carta Magna por su nombre y con atributos específicos de derecho público y es *ciudad constitucional federada* porque integra el sistema federal argentino.

El hecho de ser capital de la Nación es *la excepción; la regla* es el ejercicio regular de sus competencias locales. El ser capital nacional no le impide que decida sobre la modalidad presencial o virtual de la educación en su territorio. Ello es así porque le corresponde (como a las provincias) resolver los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes. Tiene la CABA atribuciones legislativas sanitarias, por ser ciudad constitucional federada; así como el Estado Nacional tiene atribuciones *concurrentes* para regular ciertas cuestiones de salud.

Es necesario preocuparse por impedir que el Estado Federal regule de una forma *vaga e injustificada* aspectos de las competencias que la Constitución le asigna.

El DNU (Decreto de Necesidad y Urgencia, del Poder Ejecutivo Nacional) N°235/2021 carece de una justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que implica suspender la modalidad presencial de la educación, por lo que el Estado Federal *invadió* una atribución ajena.

El AMBA como área de políticas epidemiológicas no es *una región* en los términos del art. 123 de la Constitución Nacional; por-

que en un *federalismo de concertación*, con buena fe y lealtad federal, se requiere la participación de las partes para atribuir a la región competencias locales y, en este caso, las partes (CABA y la Provincia de Buenos Aires), no intervinieron.

Aunque había fenecido el plazo de vigencia del DNU al tiempo de la sentencia (lo que tornaría ineficaz su pronunciamiento), la Corte Suprema entendió que su fallo se hacía necesario porque orienta decisiones futuras, desde lo jurídico y no desde lo sanitario; estableciendo un criterio rector de máxima relevancia institucional.

La pandemia habilita remedios que podrían no ser válidos en condiciones de normalidad, pero *no es una franquicia* para ignorar el derecho vigente; y la invocación de la emergencia no puede trastocar el reparto constitucional de competencias entre la Nación, las provincias y la CABA.

Quién pretenda restringir un derecho tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción. La regla esencial es que en cualquier limitación de los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida.

Conclusión

He introducido el comentario del pronunciamiento recaído en la causa planteada por la CABA porque tiene en común con la causa *Farmacy* el abordaje de conflictos de competencia en materia de salud entre el Gobierno Nacional y el gobierno local.

Por lo demás, el estatus jurídico de la CABA va siendo considerado en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema como parcialmente asimilado a la situación de las provincias. Si bien la Ciudad de Buenos Aires no constituye *propriamente* una provincia, sus competencias atribuidas por la Constitución Nacional en la reforma de 1994, a la luz de la interpretación jurisprudencial, le permiten gozar de potestades que guardan analogía con las provinciales. De allí, el paralelo que me lleva a cotejar la doctrina de

los dos pronunciamientos en materia de competencias constitucionales vinculadas a la salud en materia local.

La lectura de estos fallos revela una tendencia de la Corte Suprema, ya atisbada en anteriores pronunciamientos, en el sentido de *reafirmar la autonomía* de la CABA y de las provincias, frente al Estado Federal.

Las decisiones de la Corte federal persiguen establecer un equilibrio entre las potestades federal que garantizan el interés público de toda la comunidad nacional y la autonomía que la Constitución asegura a las provincias. Este equilibrio impedirá que el poder federal ahogue las atribuciones originarias del poder local; así como enervará que el poder de policía provincial interfiera y desnaturalice la gobernanza de todo el país.

Desafíos en materia de Responsabilidad del Estado¹

Ana Salvatelli

La construcción de la teoría general de la responsabilidad estatal en nuestro país ha girado en torno a una frondosa labor jurisprudencial, en especial, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación², y por ende siempre tuvo como punto de partida -para los valiosos aportes doctrinarios que la acompañarían-, supuestos específicos de casos judiciales en los que se reclamaba el resarcimiento de un daño causado por un órgano estatal. Como lógica consecuencia de ello, la función resarcitoria de la responsabilidad ha venido siendo el eje gravitante para definir sus alcances y límites. También este es el encuadre dado por las distintas leyes orgánicas que se vienen dictando en los últimos años³, que han significado una bisagra para el estudio de

1 De la exposición brindada en las Jornadas de la Maestría ECAE-UNTREF: “Derechos Humanos, principio democrático y derecho administrativo” (Jornada de Clausura del año Académico 2021, 6/12/2021).

2 Ver entre otros Mertehikian, Eduardo, La responsabilidad pública, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 27 y sig.; Balbín, Carlos F., Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo, Ed. Astrea DPI Cuántico, Buenos Aires, 2016, pág. 1 y Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por daños. Tomo X. Responsabilidad del Estado”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, pág. 42.

3 Hablamos de la Ley N° 26.944 y sus pares provinciales y de la CABA; Ley N° 3396 (Santa Cruz); Ley N° 7179 (Santiago del Estero); Ley N° 5536 (Catamarca); Ley N° 10004 (La Rioja); Ley N° 560 (Chubut); Ley N° 6325 (CABA); Ley N° 10636 (Entre Ríos); Ley N° 8968 (Mendoza); Ley N° 5339

la materia, en cuanto que no puede soslayarse la perspectiva regulatoria y jurisprudencial local.

Creemos sin embargo, en el contexto actual, que el estudio enfocado esencial -y únicamente- en la función resarcitoria de la responsabilidad, es insuficiente⁴.

Dos son las circunstancias que han impactado fuertemente en la actualidad de la temática. De un lado, la significancia que tiene el nuevo Código Civil y Comercial (CCCN) en lo que respecta al instituto de la responsabilidad en general, que como han puesto de manifiesto sus propios autores, al “constitucionalizar” el derecho privado provoca un diálogo de fuentes amplio y desafiante, del que la responsabilidad del Estado no está exenta. En este sentido, según surge de los Fundamentos del Anteproyecto⁵, el mismo “(...) toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Bajo este marco se destaca la expresa incorporación del “deber de no dañar a otro” como primer principio de la responsabilidad

(Río Negro) y proyecto Provincia de Buenos Aires (28/4/2021)..

4 Ver Gordillo Agustín, “La responsabilidad del Estado en la práctica”, en AAVV Responsabilidad del Estado, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, pág. 6 y también Mairal, Héctor “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en AAVV Responsabilidad del Estado, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, pág. 148.

5 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar (Herrera, Marisa y Caramelo, Gustavo), editorial Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 9.

civil dentro del CCCN⁶, que desde siempre constituyó también parte del fundamento de la responsabilidad pública, con sustento en el artículo 19 de la Constitución nacional. Por ende, y a pesar de la expresa exclusión de la aplicación de las disposiciones de aquél a la responsabilidad estatal⁷, cierto es que, cuanto menos desde la perspectiva de su aplicación por vía analógica⁸, se impone su consideración.

Por otro lado, un segundo y fuerte impacto en la materia es el de su fundamento convencional⁹, en tanto no es indiferente a la responsabilidad del Estado lo que viene sucediendo en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), de la mano de los órganos llamados a interpretar las distintas disposiciones de los Tratados que integran el plexo constitucional. Hoy debemos indagar en dichas fuentes cuál es el estándar de protección de los derechos que es exigible del Estado¹⁰, porque por lo mismo será la omisión o violación de esos mandatos lo que lo hará luego responsable. Es que venimos viendo cómo aquella interpretación permea a su vez en las sentencias sobre la materia, y adopta la forma de mandatos preventivos, de exigencia de no repetición y de medidas reparatorias más amplias que las conocidas hasta ahora, especialmente, cuando el bien jurídico afectado por el daño

6 Artículo 1710 CCCN.

7 Artículos 1764 a 1766 CCCN.

8 Artículo 2° CCCN

9 Abordamos este tema más extensamente en nuestro trabajo “El fundamento convencional de la Responsabilidad del Estado. Perspectivas actuales y desafíos a futuro”, Revista de Derecho Público 2019-1, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, pág. 265. Ver asimismo Gutiérrez Colantuono, Pablo, “Sinergias internas e internacionales en materia de responsabilidad del Estado”, AAVV Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la Ley N° 26.944, Revista RAP -Año XXXVII - 437, pág. 51.

10 “Como se puede advertir, el acogimiento por parte del orden normativo de la mentada categorización de derechos fundamentales [segunda, tercera y cuarta generación] pone en jaque la idea de un derecho de daños cuya estructura se limita a reparar el perjuicio causado” (Ramos Martínez, María Florencia, “Prevención y precaución como fuente de responsabilidad del Estado”, RDA 2020-129 (8/6/2020) (Cita online AR/DOC/1448/2020).

goza de una singular protección en dicho ámbito (garantías judiciales, violencia por motivos de género, daños en cárceles, violación de derechos de niños y niñas, entre otros).

Este doble impacto, entendemos, obliga a reconfigurar el estudio de la materia y define en su proyección las distintas funciones de la responsabilidad estatal. Por eso queremos dejar planteada aquí la necesidad de adoptar una visión integrada¹¹ de la misma, que incluya esas distintas funciones, no limitándola a la estrictamente resarcitoria como la conocíamos y estudiábamos hasta ahora.

I. Propuesta de visión integrada de la Responsabilidad estatal

La responsabilidad estatal no se agota en la reparación de un daño ya ocurrido. Podemos identificar, en el íter o trayectoria de la misma, un antes y un después de ese daño y de la función resarcitoria que se activa al perseguirse su reparación.

En efecto, antes que reparar un daño ya ocurrido, dentro del recorrido de la responsabilidad estatal con una mirada integral, aparece una función diferente, no suficientemente explorada en el ámbito de nuestra materia¹², que es la *“función preventiva”*. Esta última ha sido receptada en el Código Civil y Comercial, y si bien su aplicación al ámbito de la responsabilidad estatal presenta un desafío interpretativo no menor, debe advertirse que el incumplimiento del Estado de los mandatos concretos de prevención que pesen sobre él, acarrearán su responsabilidad, tal y como surge de un creciente número de casos que reclaman correcciones a futu-

11 Para ampliar ver nuestro trabajo *“Una visión integrada de la responsabilidad estatal (prevención, reparación y no repetición). Algunas reflexiones”*, Temas de Derecho Administrativo, Balbín, Carlos F (Director), Erreius, Marzo 2022, pág. 165.

12 Tawil, Guido, *“Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”*, en La Ley 2015-F, 482 (AR/DOC/3280/2015). Ver también Saavedra Becerra, Ramiro, *La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, editorial Ibañez, 5ta reimpresión, septiembre 2008, Bogotá, pág. 187

ro, para evitar incurrir en más responsabilidad. Desde esta perspectiva, la responsabilidad sirve para tratar de evitar los daños causados por el poder público y sus agentes, a través del indudable incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer una indemnización representa. El correcto y completo despliegue de esta función preventiva exige que la responsabilidad (y el estímulo que representa) alcance no sólo a la Administración, como organización sino también a las concretas personas físicas que la integran y actúan a su servicio¹³.

También en esa misma trayectoria puede identificarse, luego de la reparación del daño en concreto, una tercera función que es la pedagógica o de control. Porque lo que muestran los daños que el Estado debió resarcir, es todo lo que este no hizo, o hizo mal, o llegó tarde o falló. No debemos olvidar que el esquema de la responsabilidad estatal es un modo de controlar y exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y deberes con mayor estrictez, según el orden jurídico y demandas sociales y en este sentido *“es necesario advertir que la responsabilidad constituye también –desde otro lugar– un instrumento de control de las actividades estatales y una guía de cómo debe funcionar el Estado”*¹⁴. El deber de resarcir estatal es acompañado de una enseñanza y de un nuevo deber, de raigambre convencional, que es el de brindar garantías de no repetición. Así, la función pedagógica o de control de la responsabilidad estatal es la que permite justamente aprender de lo que se hizo mal para evitar repetir esos mismos daños a futuro.

Por eso hablamos de visión integrada de la responsabilidad estatal, porque pretendemos sumar al estudio de la materia una mirada que permita identificar las distintas funciones que recorre el *iter* de aquella en su conjunto, y que exige del Estado la adopción de medidas diferentes a la mera reparación del daño, a partir de determinar las necesidades previas a que este se verifique (pre-

13 Seijas, Gabriela *“Responsabilidad del Estado en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Deslinde jurisdiccional. Carácter iuspublicístico de la materia”*, en La Ley-2003-F, 284 (TR LALEY AR/DOC/10946/2003), pág. 7.

14 Balbín, Carlos F., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo IV, Ed. Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2da edición actualizada y ampliada, 2015, pág. 303.

vención), y las posteriores (garantías de no repetición) y de esta forma alcanzar una más adecuada satisfacción de los derechos en juego, en su máxima extensión. Creemos además que en cada una de estas tres funciones (preventiva, resarcitoria y de aprendizaje o control), que aparecen hilvanadas en la trayectoria de la responsabilidad, prevalece un criterio que permite identificarlas y actuar en consecuencia, como veremos seguidamente.

1.1. Función preventiva

1.1.1. Obligaciones de prevención y responsabilidad estatal por omisión

La incorporación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial, en el artículo 1711, está emparentada con la responsabilidad por omisión, porque esta nueva obligación de fuente legal, generadora de responsabilidad civil, suple la exigencia del deber legal específico del ex artículo 1074. Existe ahora un deber genérico de prevención que, omitido por quien debe desplegarlo, determina su responsabilidad¹⁵. A su vez, en la medida que ese deber de prevención se traduce en un principio general del derecho y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente –incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados–, se debe concluir que el referido deber resulta también exigible frente al Estado, sus entes y funcionarios¹⁶.

En línea con estos conceptos, creemos que la función preventiva de la responsabilidad del Estado impacta en la configuración de los alcances de su responsabilidad por omisión o inactividad, porque los mandatos incumplidos pueden ser de

carácter preventivo.

Recordemos al efecto que en la LNRE N° 26.944 la omisión viene establecida como un supuesto particular de la actividad estatal *ilegítima* generadora de daños, lo cual es conteste con la evolución jurisprudencial. Así, prevé el Artículo 3° de la ley: “[...] son requisitos de la responsabilidad del Estado por [...] inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la [...] inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una [...] omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. Interesa detenernos en este último inciso en el que, como se advertirá, queda delimitado tanto el *factor de atribución –único–* para este ámbito de responsabilidad estatal –*actividad ilegítima*–, que es la *falta de servicio*, como la exigencia puntual para la responsabilidad estatal derivada de su *inactividad*, esto es, que la conducta omitida se refiera a un *mandato expreso y determinado* de actuación. Por lo mismo, el Estado –según esta regulación– no podrá ser responsabilizado por incumplimiento u *omisión de mandatos genéricos o difusos* del ordenamiento jurídico.

Entendemos, en aplicación de esta norma, que la concreta posibilidad de imputar responsabilidad al Estado por una conducta omisiva depende de su nivel de *exigibilidad*. Y así, si esta última viene impuesta por mandato expreso convencional, constitucional, legal o reglamentario –lo que incluye mandatos de prevención– y a la vez se verifican los restantes requisitos del Artículo 3°, hay responsabilidad estatal por omisión. En estos casos, desde la perspectiva de la víctima, se verifica una situación jurídicamente protegida ante la actuación estatal, y no un mero interés legítimo indiferenciado. Son conductas *exigibles*.

En el otro extremo, *no resultarían exigibles* aquellas conductas derivadas de los mandatos indeterminados del poder de policía en sus diferentes variantes, ni los daños derivados de hechos ajenos a la intervención directa de los órganos o dependencias es-

15 García Pullés, Fernando R. “La responsabilidad del Estado en el contexto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en AAVV El Control de la Actividad Estatal II. Procesos especiales, responsabilidad y otros supuestos, Alonso Regueira, Enrique M. (Director), Asociación de Docentes UBA. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2016, pág. 472.

16 Tawil, Guido S., ob. citada.

tatales. Tal la doctrina del caso “Ruiz”¹⁷ –reiteradamente citado hasta nuestros días–, que anuda aquella exigibilidad a la verificación de si el órgano estatal “tuvo parte”¹⁸ en el evento dañoso. La inexistencia de esa intervención directa encuentra como contracara, a su vez, desde la perspectiva subjetiva de la víctima, que en estos supuestos sólo se verificaría un *interés legítimo indiferenciado a que el Estado actúe*, por tratarse de un *deber jurídico indeterminado para la generalidad de los ciudadanos*.

En efecto, la jurisprudencia no admite la responsabilidad estatal por el incumplimiento de mandatos genéricos e indeterminados en los que la víctima sólo ostenta un interés legítimo indiferenciado¹⁹. Por ende, y a *contrario sensu* de lo que establece el Artículo 3º, inciso d), de la Ley N° 26.944, este tipo de mandatos no engendra responsabilidad estatal.

Creemos sin embargo que la existencia o no de una falta de servicio depende del *correcto desenvolvimiento* de la función estatal requerida en el caso, de la razonabilidad de su *no actuación*. Es

17 CSJN, “Ruiz, Mirtha E. y otro c/ Provincia de Buenos Aires”, 7-11-1989, Fallos: 312:2138. Ese mismo año es resuelta otra causa similar en la que la Corte mantiene esta doctrina [CSJN, “Sarro, Antonio y otros c/ OCA S.R.L. y otros (Buenos Aires, Provincia de) s/ daños y perjuicios”, 27-12-1990, Fallos: 313:1636].

18 Se ha interpretado que el significado de “tuvo parte”, referido a una conducta omisiva –no comisiva–, implica no haber adoptado medidas suficientes para evitar el daño cuando existe un deber de hacerlo, pero justamente la función de policía estatal es muy amplia y abarca desde la tradicional seguridad física de las personas hasta el bienestar general de los ciudadanos, por lo que deben distinguirse dentro de la misma los distintos niveles de exigibilidad: sólo habría responsabilidad por daños si se verifica una omisión de una obligación jurídica, es decir, de un mandato expreso de actuación (ver Lorenzetti, Ricardo, “La Corte Federal fija su posición en la responsabilidad por accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en rutas”, LL, RCyS 2000, 289).

19 Nos hemos referido in extenso a la jurisprudencia y las distintas variables de procedencia de responsabilidad en estos casos en nuestro trabajo “*Perspectivas actuales de la Responsabilidad del Estado por omisión*”, Revista del Régimen de la Administración Pública RAP, Año XXXIX-465, pág. 7 y sig. al cual nos remitimos.

que, como bien ha señalado la doctrina²⁰, la responsabilidad del Estado por omisión es motivo de un análisis más exigente, que hace mérito de los bienes jurídicos en juego y las consecuencias de la decisión a tomar para el conjunto de la comunidad, es decir, involucra un juicio más estricto pero no necesariamente la exclusión de la responsabilidad como tal. No se puede caer en la trampa de esperar, apriorísticamente, que sean las normas las que establezcan el mandato exacto que debió cumplirse, sino que ese análisis debe integrarse, necesariamente, con la razonabilidad de la actuación estatal que se espera para evitar el daño. Es lo sustancial, que hace mérito de los bienes jurídicos en juego, lo que debe también prevalecer por sobre lo formal, el texto positivo de la norma.

Recordemos, en definitiva, que conforme los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la falta de servicio entendida como una *violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular* entraña una “apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”²¹, a lo que agrega que el factor de atribución genérico falta de servicio *debe ser aplicado en función de los mencionados elementos de concretización de la regla general*. Es justamente a partir del análisis de estas pautas de concreción de la falta de servicio que una omisión estatal referida a un mandato de prevención del daño, determina también la responsabilidad estatal si en las concretas circunstancias del caso, la no actuación es

20 Canda, Fabián O., “La responsabilidad del Estado por omisión (estado de situación en la jurisprudencia de la CSJN)”, en AA. VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, op. cit., p. 139 y sigs. y del mismo autor “Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión”, en AAVV *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*, Infojus, 2015, pág. 157); Vega, Susana Elena y Rotache, María Josefina, “La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso ‘Mosca’”, en AA. VV., *Responsabilidad del Estado, Jornada Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 301-20. LL, 1990-E, 617.

21 Ver CSJN, “Mosca” y “Parisi de Frezzini”, que siguen la doctrina de “Zacarías”, en nuestro trabajo “*Perspectivas actuales...*”, citado.

irrazonable y, como tal, contraria a las reglas del propio servicio.

En otras palabras, procedería la responsabilidad estatal cuando se verifique una falta de servicio por la irrazonabilidad de su omisión que no previno el daño, teniendo en cuenta para ello la naturaleza de la actividad, el lazo que une a la víctima con el servicio, el grado de previsibilidad de aquél y la razonabilidad de los medios puestos a disposición del servicio.

En línea con estos conceptos, creemos que esta función preventiva de la responsabilidad del Estado impacta en la configuración de los alcances de su responsabilidad por omisión o inactividad, porque los mandatos expresos y determinados incumplidos pueden ser de carácter preventivo.

1.1.2. El criterio de inmediatez o urgencia

Como venimos de exponer, esta función posee múltiples manifestaciones y es una demanda actual, en pleno vigor, alineada con el *deber de no dañar a otro* que con fundamento constitucional convencional se impone también al Estado. Así pues, la necesidad consecuente de este último de actuar para evitar ser condenado si el daño tiene lugar por el incumplimiento de los mandatos preventivos, creemos puede estar guiada por el criterio de inmediatez o urgencia.

Pensamos que en la función preventiva de la responsabilidad estatal se debe hacer foco en el derecho que en una sociedad determinada, en un momento dado, reclama una protección sin demoras, porque esa reiteración en la vulneración de un derecho obliga a desplegar una acción estatal positiva y urgente. Así, si bajo la teoría general de la responsabilidad sabemos, anticipadamente, que el Estado ha de resarcir los daños derivados de la violación de aquél derecho, ese mismo Estado se encuentra en obligación de prevenir el daño por iguales fundamentos convencionales por los que luego responde. Prevalece así el criterio de la urgencia, en el sentido que el derecho más importante en un momento dado es el que más está siendo violado, y por lo mismo, reclama una urgente protección. Los daños que serán reclamados al Estado y surtirán su eventual condena, obligan a anticiparse y arbitrar los disposi-

tivos necesarios para hacer cesar esa fuente de responsabilidad. La reiteración de un daño de un tipo determinado, es el que se traduce en la obligación de prevenir esos mismos daños a futuro por parte del Estado. Este está obligado a actuar con urgencia o inmediatez, es ahora, antes que un nuevo daño sobre el mismo derecho se repita.

1.2. Función resarcitoria

La segunda función que ubicamos en la trayectoria de la responsabilidad estatal es la clásica función resarcitoria de un daño ya acontecido, cuya reparación se persigue en el marco de un proceso judicial sustanciado al efecto. Esta constituyó históricamente la principal función de la responsabilidad civil, y consiste en restablecer a la víctima en la situación en la que estaba antes de la producción del daño; desde esa perspectiva, la responsabilidad civil es restauradora, compensatoria, resarcitoria, reparadora, restitutoria, indemnizatoria, reintegradora, retributiva, satisfactoria, refaccionaria o equilibrante, todos calificativos que implican la ficción jurídica por la cual se vuelve al estado anterior y se deviene *indemne*, o sea, sin perjuicio, sin daño²². En la actualidad dicha función viene enmarcada en el artículo 1716 del Código Civil y Comercial.

1.2.1. La valoración cualitativa del daño

Al respecto, lo que queremos dejar planteado como desafío, es que actualmente se impone la necesaria valoración cualitativa del bien jurídico sobre el que recae el daño. Creemos que no es lo mismo si este impacta en la vida, integridad física o libertad personal de un individuo, o en su derecho de propiedad o bienes estrictamente materiales. A su vez, tampoco es igual si esa vida o integridad es de un niño o una mujer, un migrante, o sujetos que gocen de especial protección en el ámbito del SIDH. Y en tal designio, el razonamiento que justifique el alcance de la repara-

22 Alterini, Juan M. "Funciones de la responsabilidad civil: prevenir y resarcir", Thomson Reuters La Ley 2017, Buenos Aires, pág. 5.

ción debe hacerse cargo de una consideración particular sobre el bien jurídico dañado en el caso en concreto. Estamos convencidos de que el desafío que actualmente impone la función resarcitoria a los jueces y juezas, es un análisis cualitativo²³ que confronte el bien jurídico dañado con la conducta exigida al Estado para evitar que aquél se concrete o que no sea justamente reparado, de donde, a mayor interés del derecho lesionado, mayor protección y consecuente apertura de fuentes y justificación.

Un caso que concurre para ejemplificar esta especial valoración es *"Ortolani"*²⁴, en el que se destaca, en el voto del juez Treacy, *"el carácter preeminente que tiene en nuestro sistema jurídico el derecho a la preservación de la salud derivado del principio de inviolabilidad de la persona (Fallos 323:3229 y sus citas) y que se ha establecido la necesidad de una reparación plena en supuestos en que se había lesionado la integridad psicofísica de un individuo, con fundamento en disposiciones constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Fallos 327:3753)"*, a resultas de lo cual reconoce en el caso una reparación plena, inclusiva de la pérdida de chance y lucro cesante, a pesar de tratarse de un caso de responsabilidad por actividad lícita.

El fallo se anticipa así a las distinciones que se efectuaron en algunas de las leyes orgánicas de responsabilidad del Estado dictadas en el ámbito provincial (provincia de Mendoza, artículo 10; CABA, artículo 5°; proyecto ley provincia de Buenos Aires (2021), artículo 12) en las que se contempla la procedencia de aquél rubro *"...cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños"*.

23 Como paralelismo, es interesante siempre recordar el voto de la Jueza Kemelmajer en la causa *"Torres, Francisco c. Provincia de Mendoza"* (SCJ Mendoza, 4/4/1989, La Ley 1989-C, 514), que hoy está plasmado en la Ley de Responsabilidad del Estado de la provincia de Mendoza N° 8968, artículo 8°.

24 Cám. Cont. Adm. Fed, Sala V, *"Ortolani, Javier Natalio c/EN - Ministerio de Salud de la nación y otros s/daños y perjuicios"*, 7/2014, Expte. N° CAF 34769/2007, voto del juez Treacy.

Lo que queremos significar con estos ejemplos es que la responsabilidad no puede subsistir *deshumanizada*, en el sentido de equiparar fundamentaciones sin consideración del bien jurídico concretamente afectado por el daño: a tutelas diferentes y jerarquizadas, corresponden respuestas (y reparaciones) igualmente diferenciadas.

En tal sentido, ya habíamos advertido²⁵ que a pesar del impacto de los estándares del SIDH en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina judicial sobre responsabilidad estatal continuaba fundando las reparaciones sin hacer mención de los bienes jurídicos afectados, sin marcar las diferencias que con fundamento convencional, se establecen entre ellos. Esto último contraría el sentido último de la responsabilidad en su función reparatoria. Recordemos al efecto, como sostuvo en fecha reciente²⁶ la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el derecho que tiene toda persona a una reparación integral de los daños sufridos es un principio basal del sistema de reparación civil *"(...) que encuentra su fundamento en la Constitución nacional y está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental (conf. Artículos I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)"* y más aún, *"Es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado, noción que comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades"*.

En este mismo caso, en el voto del juez Lorenzetti, se señala que, atendiendo a las funciones que actualmente desempeña la responsabilidad civil (preventiva, resarcitoria y sancionatoria), deben cumplirse dos estándares para la satisfacción del principio

25 Ver nuestro trabajo *"El fundamento convencional..."*, citado.

26 CSJN, Fallos 344:2256 *"Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c/Campos, Enrique Oscar y otros s/daños y perjuicios (acc. trán. c/les. O muerte)"*, 2/9/2021.

de reparación plena²⁷. De un lado, en virtud de las características de los derechos que pueden ser lesionados (patrimonial, extrapatrimonial, incidencia colectiva) la reparación *-lato sensu-* del daño debe procurar una “*tutela efectiva*” mediante el otorgamiento de un remedio apropiado no sólo a la naturaleza del derecho afectado, sino además, a la concreta situación en la que se encuentra en virtud de la lesión; de otra parte, el segundo estándar indica que cuando por las circunstancias del caso la reparación del daño tiene que ceñirse al otorgamiento de una indemnización sustitutiva del bien jurídico lesionado, es preciso que el quantum que se establezca para tal fin ostente una extensión congruente y acorde a la entidad del perjuicio acreditado.

Finalmente, destacar que el contenido último de la reparación plena que corresponda en cada caso debe superar el test de convencionalidad impuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, que impone el principio de “justa indemnización” en su artículo 63.1.

1.3. Función pedagógica o de control

La tercera función que en la trayectoria (o *iter*) de la responsabilidad podemos identificar, es la de la enseñanza, es decir, lo que nos permite aprender la realidad de los daños por los que el Estado fue condenado, como forma de control o diseño de sus propias políticas públicas, corrigiendo aquello que no hizo, o hizo mal, o tarde. En efecto, también la responsabilidad del Estado desenvuelve una función pedagógica²⁸ y de control²⁹ del poder y

27 Ver considerando 5to del voto.

28 Seguimos en ello a Rebollo, Martín L., “Los Fundamentos de la Responsabilidad del Estado”, AA.VV, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, junio 2000, ediciones Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pág. 15.

29 Porque permite exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones con mayor estrictez, según el orden jurídico y las demandas sociales (Balbín, Carlos, *Tratado...*, ob. Citado, Tomo IV, pág. 303). Ver también Sammartino, Patricio M. “Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente”, en AAVV *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios*

del buen funcionamiento de los servicios públicos, en la medida en que también la eficacia depende en parte de los sistemas de control³⁰. Es un principio de orden a la vez que juega un papel pedagógico adicional porque supone que la Administración aprende, a través de la responsabilidad, como debe actuar en el futuro para evitar condenas.

Esta función se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia. Así, la Corte IDH ha señalado que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las ocurridas y, por eso, adoptar las medidas legales, administrativas y de otra índole que fueran necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en cumplimiento de sus deberes de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención Americana³¹.

Más recientemente, el caso “*M. J. H*”³², fallado por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, ejemplifica también la aplicación de esta función de la responsabilidad y a él nos hemos referido en un trabajo al que nos remitimos, donde destacamos del voto de la jueza Caputi, el siguiente señalamiento “*Antes bien, esta responsabilidad debe pensarse como una institución pedagógica y de proyección global, una forma en que la Administración inicie un proceso de aprendizaje de sus yerros, que la conduzca a la adopción de ajustes sistemáticos correctivos con miras al perfeccionamiento general de su operatoria, por los que se prevengan daños y se rectifique el rumbo desviado o anormal de la función administrativa, o bien que se detecten y colmen el vacío dejado por el eventual abandono de misiones*

para el estudio sistemático de la ley 26.944, Infojus, 2015, pág. 179.

30 Seijas, Gabriela “Responsabilidad del Estado en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Deslinde jurisdiccional. Carácter iuspublicístico de la materia”, en La Ley-2003-F, 284 (TR LALEY AR/DOC/10946/2003).

31 Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción preliminar Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 5/7/2006 Serie C N° 150.

32 Cám. Cont. Adm. Fed. Sala II, “*M. J. H y otros c/EN – M° Desarrollo Social – SENNAF s/daños y perjuicios*”, Exp. 23.202/2009, 24/9/2021, voto de la Jueza Claudia Caputi.

esenciales del Estado”.

Este último razonamiento traduce exactamente lo que queremos significar con una visión integrada de la responsabilidad estatal que incluya, en su recorrido, la función pedagógica o de control que la misma manifiesta.

1.3.1. El criterio cuantitativo

Para finalizar, entendemos respecto de esta última función que viene guiada por un tercer criterio basado en la diferenciación entre lo micro y lo macro, conforme el cual, un caso aislado de responsabilidad estatal admite una solución particularizada y no tiene entidad para trasladarse en sus efectos a una política pública determinada, pero cuando ese mismo caso se reproduce por decenas, hasta formar una familia de casos, lo que eso muestra es un patrón de actuación lesivo o dañoso por parte del Estado, aunque no sea ilegítimo.

Se impone entonces, como parte de la función pedagógica o de control, revertir aquello que está fallando, para modificar también los alcances de la propia responsabilidad estatal a futuro, tal y como señala el fallo que aportamos como ejemplo.

II. EL DESAFÍO DE LA VISIÓN INTEGRADA

El panorama que venimos de describir deja planteados múltiples desafíos de interpretación e implementación, que no desconocemos. Sin embargo, el origen del planteo parte de la idea básica de que no podemos repetir el estudio de la responsabilidad del Estado, únicamente, desde su función resarcitoria clásica, haciendo hincapié en los daños reparados en casos individuales, porque ello nos impide tomar dimensión de lo que ha sucedido antes de que aquél ocurra, en el sentido de advertir si pesaban sobre el Estado deberes concretos de evitación del mismo (función preventiva), pero también después de haber satisfecho la reparación, adoptando las medidas necesarias para que el mismo tipo de daño, en la medida de lo posible, no se repita (función pedagógica o de control).

Por eso proponemos una visión integrada de la responsabilidad estatal que repare en las otras funciones que también ella despliega, para aprovecharlas en miras al fin último, que es limitar la responsabilidad en todos aquellos supuestos en los que el Estado pudo o puede corregir lo que esté a su alcance y evitar que los mismos daños se repitan, o morigerarlos, por haber aprendido de los que él mismo ya reparó.

De esta forma, la visión integral de la responsabilidad del Estado que proponemos representa una rueda que se va retroalimentando y que según el Estado de Derecho en clave convencional nos impone, debe ser virtuosa. No podemos perder de vista que todo el sistema de responsabilidad estatal debe apuntar a mejorar en forma continua el piso común de protección del principio de dignidad humana, que es un fundamento último, y que implica no sólo no dañar sino también brindar garantías de no repetición de los daños que el Estado haya ocasionado o no haya podido evitar.

Prevención del daño y Responsabilidad Patrimonial del Estado

Lucas Lafosse

INDICE

1. Introducción. 2. La figura de la función en el ámbito Civil. 3. Una primera aproximación a la Función Preventiva de la Responsabilidad Estatal. 4. Características y finalidad de la función preventiva de la responsabilidad estatal. 5. Fundamento normativo de la prevención del daño en la responsabilidad estatal. 6. La Función Preventiva surge como corolario del Estado Constitucional de Derecho y es compatible con sus valores. 7. La aplicación Analógica de la función preventiva del daño del Derecho Civil al sistema de la Responsabilidad del Estado. 8. El deber genérico de prevención en el Código Civil y su aplicación al ámbito de la responsabilidad estatal. 8.1 El deber de prevención estatal es objetivo. 8.2 La actuación antijurídica del Estado como presupuesto de hecho que origina el deber de prevención estatal. El daño innecesario o excesivo producto de la actividad legítima del Estado. 8.2.1 La falta de servicio como estándar de la antijuridicidad estatal. 8.2.2 La prevención ante una conducta estatal antijurídica por omisión. 8.3 El nexo de causalidad es un requisito para la procedencia del deber de prevención estatal. 9. La acción de prevención del daño en el Código Civil y Comercial de la Nación y su aplicación al ámbito de la responsabilidad estatal. 10. Los requisitos de procedencia de la acción de Prevención en la Responsabilidad Estatal. 11. Conclusiones.

Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación del 2014 estableció que son funciones de la responsabilidad civil la reparación y también la *función preventiva* del daño.

De esta forma, mediante la Ley N° 26.994, en el Libro Tercero “Derechos Personales”, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, en su SECCION 2ª se incorpora la Función Preventiva del daño.

Allí, se establece un deber genérico de evitar el daño, y se incorpora la figura de la acción preventiva del daño como mecanismo tendente a garantizar el cumplimiento de dicho deber.

En paralelo, la Ley N° 26.944 estableció el régimen jurídico de la Responsabilidad del Estado, mediante la cual se consagran un conjunto de reglas aplicables a las situaciones propias que presenta la responsabilidad estatal, pasando así de un régimen jurisprudencial a un régimen legal.

Originariamente, el Anteproyecto de la Comisión que se había creado con la finalidad de introducir reformas al Código Civil -comisión integrada solamente por juristas provenientes del derecho privado- incluyó a la Responsabilidad del Estado y del funcionario dentro de los supuestos especiales de la Responsabilidad Civil.

De esta manera, se contemplaba la aplicación directa de las normas privadas, contempladas en el Código Civil a todo el régimen de responsabilidad estatal.

Sin embargo, el legislador se apartó del Anteproyecto elaborado por la comisión de juristas y estableció un régimen jurídico autónomo y propio de la responsabilidad del Estado.

En efecto, en los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial establecen que lo concerniente a la Responsabilidad del Estado debe regirse por los principios y normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda, excluyendo la aplicación -ni de manera directa ni subsidiaria- de las disposiciones del Capítulo 1 (Responsabilidad Civil) del Título correspondiente.

En ese marco, el legislador contempló un régimen de respon-

sabilidad estatal mediante la Ley N° 26.944, estableciendo como ideas rectoras el carácter objetivo, directo, autónomo y local del derecho de la responsabilidad estatal.

Ahora bien, dentro de lo señalado y teniendo en cuenta que la ley de responsabilidad del Estado sólo contempla la función reparatoria, cabe preguntarnos si la Responsabilidad del Estado tiene -además- función preventiva.

En el marco de la nueva ley de responsabilidad del Estado, y según lo previsto en los artículos 1764 a 1766 del Código Civil, cabe preguntarnos: ¿es procedente reconocer la existencia de una función preventiva de la responsabilidad del Estado?

En caso de encontrar una respuesta afirmativa a dicho interrogante, corresponde analizar cuáles son las características de la función preventiva de la responsabilidad del Estado.

Por otro lado, bajo el mismo lineamiento, cabe interrogar acerca de cuáles son los requisitos de procedencia de la acción preventiva -prevista en los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial- en la responsabilidad del Estado, como así también cuál es el radio más apropiado de esta acción preventiva en el derecho de la responsabilidad estatal.

En virtud de estas cuestiones, intentaremos abordar algunos lineamientos que nos permitan responder a los interrogantes planteados.

2. La figura de la función preventiva en el ámbito Civil

En el ámbito de la responsabilidad civil coexisten dos funciones de la responsabilidad. Por un lado, se encuentra la función resarcitoria, la cual tiene como objetivo reparar un daño una vez ocasionado (ex post); y por el otro, la función preventiva que tiene como objetivo evitar (ex ante) que el daño se produzca, disminuir la magnitud o no agravar el daño ya producido.¹

De esta manera, podemos decir que el concepto de “función

¹ El artículo 1708 del Código Civil y Comercial establece: “Función de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del

preventiva” se refiere a un conjunto de actividades con finalidad común, tendiente a evitar o disminuir los daños que, por cualquier clase de hechos ilícitos, pueden sufrir las personas y los bienes.²

La prevención sería, entonces, el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes”.³

La función preventiva del daño expresa el conocido principio de que siempre “es mejor prevenir que curar”.

Cabe destacar que la función preventiva es una derivación del principio de “no dañar” previsto en la Constitución, en los Tratados Internacionales y en otras normas aplicables infraconstitucionales.⁴

Así, desde el derecho privado, la prevención es una función normativa de la responsabilidad, que consagra el deber general de acción u omisión de no dañar (evitar causar un daño), de fuente constitucional y de impedir el agravamiento o continuación,

daño y a su reparación”.

Asimismo, la Función Preventiva es receptada en la Sección 2da, Capítulo 1, Título V del Código; mientras que la Función resarcitoria se establece en la Sección 3ra del mismo Título y Capítulo del Código Civil y Comercial.

2 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La función preventiva de la responsabilidad civil”, en L.L. del 11-5-2015, citado por Mario C. Perrachione en La función preventiva y la Tutela Anticipada en el Nuevo Código Civil y Comercial.

3 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación” en PEYRANO, Jorge W. (dir.) - ESPERANZA, Silvia L. (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, p. 357; citado por Galdós, Jorge M., Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales, La Ley 12/10/2017, AR/DOC/2479/2017, p.1.

4 Artículos 16, 19, 28, 43, 75 inc. 22 y 99 inc. 1 de la Constitución Nacional; en los artículos 1, 8, 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; y en el artículo 7 en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”.

El principio *neminem laedere* como principio Constitucional fue receptado por la CSJN en los autos “Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ E.F.A”, Fallos 308:1160.

temporal o espacial, del daño en curso.⁵

Se concibe que la prevención es anterior a la reparación del daño, y, lógicamente, la primera es más eficaz y preferible que la segunda.

Como podemos observar, esta función preventiva del daño es la expresión más acabada del principio *neminem laedere*, que supone primero no dañar a otro y luego, si se lo daña, reparar el perjuicio causado. El no dañar a otro lleva implícito en su misma esencia, la idea de una razonable evitación del perjuicio.⁶

Nótese que el principio de “no dañar” no establece “no dañar indemnizando”, sino principalmente buscar todos los medios para que el daño no se produzca.

Bien destaca López Herrera que la función preventiva tiene como significado el Derecho de poder actuar ex ante de que el daño ocurra, de evitación de que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda.⁷

Esta función preventiva, radica en la idea - principalmente- de que la reparación del daño ocasionado tiende a ser deficiente; es decir, una vez producido el daño la función resarcitoria o reparatoria no logra una respuesta acabada frente a las consecuencias emanadas de ese daño sufrido.

Piénsese, de qué manera eficaz se podría compensar la lesión al honor o a la dignidad de las personas. Es allí, sobre todo en los derechos fundamentales indisponibles, donde se puede ver con mayor nitidez la función de la prevención del daño.

Se ha mencionado, con razón, que el principio de reparación integral es siempre un anhelo, un norte que guía a abogados y

5 GALDÓS, Jorge M., *Responsabilidad civil preventiva*. Aspectos sustanciales y procesales, La Ley 12/10/2017, AR/DOC/2479/2017, p. 1.

6 PIZARRO, Ramón D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”. SJA20/09/2017, cita online AR/DOC/3951/2017, p.1.

7 LOPEZ HERRERA, Edgardo, “La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones”, Revista de Derecho de Daños, Prevención del Daño (2008-2), p. 200.

magistrados, pero suele ser un objetivo que nunca se consigue del todo, pues puede no alcanzar a todos los daños y a todos los damnificados. De alguna u otra manera siempre se produce alguna externalidad impune.⁸

En esa línea, se destaca que el fundamento de la función preventiva radica en el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, de origen constitucional (art. 42, Const. Nac.), que protege la vida y la salud de las personas muy especialmente en la relación de consumo, conforme doctrina de la Corte Nacional. Se sostiene con acierto que el Código Civil y Comercial elevó la prevención del daño a la categoría de principio del derecho privado y que proviene del derecho fundamental a la seguridad de los bienes de consumo (art. 42, Const. Nac.). También se enfatiza su fundamento axiológico del instituto, el deber de solidaridad y de actuar de buena fe en el marco de la carga constitucional de no dañar a los demás (art. 19, Const. Nac.). La contracara de la figura es la libertad de los demás, porque prevenir, a veces, puede significar afectar la esfera de la libertad de otros.⁹

También, con la finalidad de justificar y promover la función preventiva, se han expresado argumentos ligados a lo económico, que permitió pasar de una antigua concepción de función exclusivamente compensatoria a una función preventiva de la responsabilidad civil.

En ese entendimiento, se sostiene que es más barato prevenir el daño que resarcirlo, afirmando que la eficiencia de la función preventiva del daño es mayor teniendo en cuenta los costos que acarrea el sistema judicial al perseguir una sentencia que termine resarcando a la víctima.

Así, se argumenta que el sistema de responsabilidad civil se queda con casi el 50% de lo que el responsable paga. ¿En qué se gasta o

8 LOPEZ HERRERA, Edgardo, "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", Revista de Derecho de Daños, Prevención del Daño (2008-2), p. 203.

9 GALDÓS, Jorge M., "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", La Ley 12/10/2017, AR/DOC/2479/2017, p. 7.

pierde esa importante cantidad de dinero que podría compensar a la víctima de una manera más equitativa? Pues bien, se menciona a título de ejemplo los honorarios, peritajes, pactos de cuota litis, costas, gastos, tasas de justicia, etcétera.¹⁰

Dicho esto, corresponde dejar en claro que mediante dichas ideas no se excluye por completo la función resarcitoria del derecho de daños sino que convive y se complementa con otras funciones, como la preventiva.

Con certeza se ha postulado que el *alterum non laedere*, de raigambre constitucional en nuestro Derecho, debe ser interpretado primero en forma literal, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado (intervención ex post), sino de evitación del daño (actuación ex ante).¹¹

Ahora bien, adelantamos desde ya que la prevención del daño y todas las ideas rectoras que expusimos no es tarea exclusiva del derecho de Daños.

Se sostiene que ningún instrumento del derecho puede quedar ajeno a la tarea de evitar los daños que se generan en la sociedad moderna, que ha sido llamada por algunos como *sociedad riesgo*. Por eso debe reiterarse que la prevención del daño no es tarea exclusiva de la responsabilidad civil. Son particularmente eficaces las regulaciones administrativas (por ej., normas contra incendios, obligación de utilizar cinturones de seguridad, normas sobre construcciones, etc.) y también las sanciones penales.¹²

En definitiva, en el ámbito del derecho privado, cuando aludimos a la prevención del daño o función preventiva de la responsabilidad civil, nos referimos al derecho sustancial, a la nueva finalidad del derecho civil constitucionalizado; y ya no se trata solo de

10 LOPEZ HERRERA, Edgardo, "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", Revista de Derecho de Daños, Prevención del Daño (2008-2), p. 195.

11 LOPEZ HERRERA, Edgardo, "La función preventiva...", p. 207

12 LOPEZ HERRERA, Edgardo, "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", p. 202.

reparar, sino de prevenir el daño.¹³

3. Una primera aproximación a la Función Preventiva de la Responsabilidad Estatal

La función de prevención no es ajena al derecho administrativo y es predicable también al ámbito de la responsabilidad del Estado.

En efecto, parte de la doctrina señala que este instituto tuvo presencia en el derecho administrativo mucho antes que en el derecho privado.

Sin embargo, puede observarse que, si bien existieron y existen muchos ejemplos de prevención en el derecho administrativo, lo cierto es que puntualmente, en lo que respecta a la función preventiva para la evitación del daño, se ha desarrollado mucho más en el derecho civil que en derecho administrativo.

Ahora bien, adelantamos entonces la importancia de la aplicación de la función preventiva de la responsabilidad estatal. Creemos conveniente y hasta necesario concebirla aplicación (de manera analógica) de la prevención del daño como una de las funciones de la responsabilidad estatal.

No debemos caer en lo que señala Pizarro, con razón, en cuanto a que muchas veces los administrativistas miramos con alérgica desconfianza la extrapolación de normas e instituciones forjadas en el derecho civil al ámbito de la responsabilidad estatal, haciendo del emplazamiento temático de la responsabilidad del estado casi una cuestión de fe.¹⁴

Así, son muchas las razones que nos llevan a sostener la posibilidad y necesidad de la aplicación de la función preventiva del daño estipulado en el artículo 1710 y ss. del Código Civil y Comer-

¹³ GALDÓS, Jorge M., "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", La Ley 12/10/2017, AR/DOC/2479/2017, p. 8.

¹⁴ PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.1, Ed. Astrea, p. 4.

cial de la Nación (con sus modulaciones propias) al ámbito del derecho administrativo.

Sostenemos entonces que esa aplicación no puede hacerse de otra forma más que mediante la técnica de la analogía, es decir, armonizando tal instituto con los principios y normas de derecho Público.

Se destaca como idea rectora que la contracara de la prevención del daño es -ni más, ni menos- el avance sobre la libertad y los derechos individuales, por lo cual al momento de profundizar sobre este instituto debe hacerse con mucha cautela y comprensión de los valores y derechos involucrados.

Se ha dicho que no se puede pretender que el hombre haga de todas las ciencias para prevenir todos los daños al costo que sea. Si se procede así es probable que la prevención tenga costos tan altos que sean paralizantes de la vida social, pues la medida preventiva máxima no es tomar precauciones sino directamente no hacer nada.

En esa línea, se observa que los principales argumentos que sostienen a la función resarcitoria como única función de la responsabilidad se enfocan en que si se procura actuar previo a la comisión del daño los juicios serían interminables y se paralizaría la vida social.

Lo mencionado en el párrafo anterior es de vital importancia para el Derecho Administrativo. Si se llega al extremo de sostener que hay que prevenir, bajo las circunstancias y al costo que fuera, se llegaría la indeseada situación en que el Estado no podría lograr su cometido, que no es otra cosa que velar, con inmediatez, por el interés público.

4. Características y finalidad de la función preventiva de la responsabilidad estatal

En primer término, cabe aclarar que en el presente trabajo se concibe a la Responsabilidad del Estado como un sistema, dentro del cual existen dos funciones. Por un lado, la típica fun-

ción resarcitoria; y por el otro, la función preventiva objeto del presente análisis. Dicha aclaración tiene sentido, a los fines de abordar cuestiones terminológicas, tal como sucede en el derecho privado cuando se habla de un “derecho de Daños”, dentro del cual se subsumen las dos funciones mencionadas.

Ahora bien, se destaca que de la misma forma que la responsabilidad del Estado ha sido analizada y regulada normativamente bajo principios propios y con las modulaciones correspondientes respecto al derecho de Daños (o Responsabilidad) en la órbita Civil, idéntica labor corresponde realizar respecto al instituto de la Prevención.

Si bien los fundamentos mencionados anteriormente que informan a la prevención la responsabilidad civil resultan plenamente aplicables a la responsabilidad estatal, la aplicación del instituto bajo análisis deberá hacerse armonizándolo con los principios de derecho público, en especial del derecho administrativo, y con los fundamentos y lineamientos que establece la Ley de Responsabilidad Estatal (Ley N° 26.944).

Sostenemos que la función preventiva de la responsabilidad estatal tiene como misión la optimización del principio *neminem laedere*, principio de raigambre Constitucional del deber de no dañar. Es decir, en primer término no hay que dañar, y si se daña, luego, reparar ese daño ocasionado.

Bajo esta idea, la prevención supone un momento anterior (*ex ante*) respecto al daño, mientras que la reparación implica una posición posterior (*ex post*) frente al daño ya ocasionado.

Así, podemos afirmar que la finalidad de la función preventiva de la responsabilidad del Estado comprende al conjunto de actividades emanadas de la Administración Pública tendientes a evitar, disminuir o no agravar los daños que pudieran sufrir los particulares en el ejercicio de la función administrativa.

La función preventiva de la responsabilidad del Estado se presenta, en líneas generales, bajo dos supuestos. Uno desde la función administrativa que desempeña el Estado frente a los particulares, donde la administración pública debe evitar los daños que puedan ocasionarse en el desarrollo de sus cometidos públicos; y el otro su-

puesto, de los particulares frente al Estado (Administración Pública) exigiéndole su intervención a los fines de la prevención.

De esta manera, el Estado -en el ejercicio de sus funciones- debe actuar para prevenir los daños que puedan ocasionarse en la sociedad. Asimismo, la ciudadanía cuenta con un derecho frente al Estado para que éste actúe -o deje de hacerlo-, ante la inminencia de un daño, bajo ciertas condiciones.

No existen dudas de que el Estado en el desarrollo de sus cometidos, que siempre son guiados en pos del interés público, puede llegar a ocasionar daños a los particulares, y que siempre es preferible prevenir el daño que repararlo, sobre todo, como vimos anteriormente, frente a ciertos derechos donde la reparación es ilusoria, teniendo en cuenta la naturaleza de esos derechos en juego, como son los derechos fundamentales indisponibles.

Cabe resaltar que la concepción de prevenir los daños implica un beneficio para toda la sociedad ya que evita sufrimientos y tiende a la paz social. Asimismo, desde la mirada del Estado se debe concebir a la función preventiva como una herramienta útil que ayudará a evitar dispendios económicos, lo que es sumamente relevante atento el carácter limitado de fondos y recursos del Estado y la necesidad de que sean destinados al logro de sus fines públicos.

Ahora bien, la prevención del daño no puede ser absoluta. No debe olvidarse que toda actividad de prevención frente al Estado implica un impedimento a que el Estado actúe, o una imposición de obligación a que lo haga, pudiendo traer inconvenientes en el desarrollo de sus cometidos.

Es importante destacar que la prevención en el Derecho Civil se inmiscuye en las libertades de los particulares, mientras que en el Derecho Administrativo repercute directamente en la potestad de actuar -o no actuar- que tiene el Estado en el ejercicio de la función administrativa, paralizando al mismo.

De esta manera, debe analizarse este instituto con suma prudencia, ya que se presenta como un arma de doble filo, en tanto bien utilizada resulta una herramienta indispensable, pero mal utilizada puede resultar el peor de los males; siendo peor el reme-

dio que la enfermedad.

Asimismo, el instituto de la prevención no puede ser neutral a los derechos involucrados. La concepción de la existencia de una función preventiva en la responsabilidad estatal es producto del modelo de Estado, precisamente del Estado Constitucional Social de Derecho¹⁵.

Esta función preventiva debe ser guiada bajo el principio de la dignidad humana. Tanto la habilitación de la prevención como su límite deben ser analizados bajo la óptica de este principio. Sólo así encontraremos un verdadero equilibrio entre la idea de evitar los daños y la necesidad de que el Estado desarrolle sus funciones en pos del interés general.

Por último, se debe tener en cuenta que -al igual que sucede con lo contemplado en la Ley de Responsabilidad del Estado- la función de la prevención del daño en la responsabilidad Estatal debe analizarse dentro del principio de reserva de lo posible.

Va de suyo que las situaciones abordadas por la responsabilidad del Estado presentan características propias que las diferencian, de manera notable, con las situaciones que pueden presentarse en la responsabilidad Civil. No es lo mismo cuando quien debe hacer frente a los daños (ya sea de manera preventiva o reparando) es el Estado que cuando lo hace un particular.

Los fondos con los que cuenta el Estado para llevar a cabo sus cometidos son limitados y cada erogación de estos implica necesariamente menos recursos para poder afrontar las competencias que las normas le imponen.

Por otro lado, cabe destacar que la función preventiva de la responsabilidad estatal debe analizarse de acuerdo con las normas de Derecho Administrativo y no a las del Derecho Civil.

Aunque esta cuestión parezca obvia, resulta conveniente remarcar que -al igual que en la función resarcitoria- la prevención

¹⁵ En esta misma línea se encuentra el artículo 2, inciso 2 de la Ley de Medidas Cautelares (Ley N°26.854)

del daño en la responsabilidad del Estado es una cuestión de Derecho Público.

A diferencia de lo que se había previsto en el Anteproyecto de la Comisión de juristas para la elaboración del Código Civil y Comercial de la Nación, tanto el Código Civil, como la Ley N° 26.944 han dejado en claro que todo lo concerniente a la Responsabilidad Estatal resulta ajena a las normas de derecho privado común. De otra forma, caeríamos irremediablemente en una inconstitucionalidad debido al carácter Federal, local, del instituto.¹⁶

Desde ya, lo expuesto no puede implicar una autorización a que el Estado ocasiona daños, sino todo lo contrario; la prudencia de los agentes estatales debe ser mayor y se deben tomar todos los recaudos necesarios a sabiendas de la gravedad que presenta ante la sociedad y el Estado la comisión de actividades dañosas.

Bajo el marco expuesto, analizaremos ahora el fundamento normativo de la función preventiva del daño en la responsabilidad del Estado, como así también el correspondiente deber de prevención de los daños por parte del Estado, con sus características particulares y modulaciones propias del derecho de la responsabilidad estatal.

5. Fundamento normativo de la prevención del daño en la responsabilidad estatal.

La función preventiva de la responsabilidad estatal tiene fuente Constitucional y Convencional.

Así, la prevención encuentra su fuente normativa en los artículos 16, 19, 28, 43, 75 inc. 22 y 99 inc. 1 de la Constitución Nacional; y en los artículos 1, 8, 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

¹⁶ Cfr. artículos 1, 5, 121, 122, 129 y ccs. CN. Dicha cuestión ha sido analizada arduamente por la doctrina Administrativista, encontrando consenso en el carácter local de la Responsabilidad Estatal, como así también en la Jurisprudencia de la CSJN, v. fallo "Barreto" 329:759, entre otros.

Podemos citar como precepto constitucional basal en donde reposa toda la teoría de la responsabilidad al artículo 19 de la Constitución Nacional, mediante el cual se establece el principio del deber de no dañar, *“alterum non laedere”*.

De esta forma, se colige que las acciones que perjudican a terceros deben ser juzgadas por los magistrados, quedando prohibido el acaecimiento del daño injusto.

Se destaca, tal como se expresó anteriormente, que dicha norma dispone el *“deber de no dañar”*, no el *“deber indemnizar”*, por lo cual se encuentra de mejor manera garantizado el deber de no dañar previsto en el artículo 19 CN previniendo el daño, es decir, evitando el acaecimiento de los perjuicios.

Por su parte, la prevención del daño encuentra fundamento normativo -también- en el artículo 43 CN, de manera tal que la prevención es receptada toda vez que *“en forma actual o inminente”* se lesione, restrinja, altere o *“amenace”* derechos y garantías receptados por el ordenamiento jurídico.

Esta norma viene a receptar el derecho fundamental al reclamo de una tutela judicial ante la inminencia o amenaza de un daño.

Se ha dicho que la prevención del daño hunde sus raíces antes que todo en el derecho constitucional (art. 43 CN), que plasma directivas relevantes en torno al emplazamiento relevante que en ciertos ámbitos tiene la tutela preventiva. Desde allí irradia sus efectos hacia el derecho público común (derecho administrativo), hacia el derecho privado común (derecho civil) y hacia otras áreas (derecho ambiental, laboral, penal, entre otras), en donde la prevención es receptada como uno de los ejes y objetivos centrales del sistema.¹⁷

Por otro lado, puede razonablemente entenderse que existe un deber de prevención de daños estatal, que surge de lo dispuesto en el artículo 99 inciso 1 de la Constitución Nacional¹⁸.

De esta manera, la Ley Fundamental dota al Poder Ejecutivo de las actividades que requiere la jefatura de la Nación, del gobierno y la responsabilidad política de la Administración General del país, debiendo ejercer una función preventiva ante el acaecimiento de distintas situaciones que pongan en riesgo los derechos que dicho poder tiene la obligación de tutelar.

De esta forma, podemos sostener que existe una competencia inherente por parte del Poder Ejecutivo de prevenir el Daño.

La función preventiva de la responsabilidad estatal encuentra sustento también en las normas convencionales.

En efecto, en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se estipula la obligación de los Estados de respetar los derechos allí reconocidos. En ese sentido, el precepto reza: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Podemos inferir de lo expuesto que, para cumplir con el mandato de respetar los derechos y libertades allí reconocidas, y garantizar su libre y pleno ejercicio, la función preventiva es más que una necesidad, un deber.

Por otra parte, resulta de vital importancia lo dispuesto en el artículo 8 y 25 de la Convención mencionada, en cuanto estipula la garantía de la tutela Judicial y Administrativa efectiva.

Naturalmente, no se puede concebir una tutela judicial y administrativa efectiva sin contemplar la prevención del daño. Como se ha dispuesto en reiteradas ocasiones, la función preventiva tiene, entre otros, un fundamento de eficacia. Si la reparación del daño una vez producido es concebida como tutela efectiva de los derechos, mucho más lo es la prevención del daño antes de que se produzca, o la disminución -o no agravamiento- del ya producido.

administración general del país...”

17 PIZARRO, Ramón D., *Función preventiva...*, p. 2.

18 “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la

Ciertamente, prevenir el daño o su agravamiento constituye una de las funciones más excelsas del sistema jurídico, de modo que para que exista tutela judicial (y administrativa, agregamos) efectiva es imprescindible que ella también pueda ser preventiva. Asimismo, es necesaria la construcción de procedimientos autónomos y suficientes para la prestación de esta modalidad de tutela.¹⁹

La tutela judicial y administrativa efectiva, entonces, tiene rai-gambre Constitucional y Convencional, específicamente en el artículo 8 y 25 de la CADH.

Esta tutela tiene una función de utilidad de los derechos fundamentales, es decir, viene a proteger los Derechos Fundamentales allí previstos.

Las garantías aludidas son respetadas mediante un sistema efectivo de prevención. Piénsese, por ejemplo, de qué manera podría ser respetado el derecho a ser oído, con las debidas garantías, de manera previa a la toma de cualquier decisión si no existe una tutela preventiva.

De esta manera, la tutela judicial y administrativa aseguran su efectividad evitando el daño, haciendo cesar el ya producido o evitando su agravamiento.

Por otro lado, encontramos el deber del Estado de prevenir los daños en determinados supuestos particulares estipulados en dichas disposiciones Convencionales.

Así, diferentes Tratados Internacionales previstos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, establecen la obligación del Estado de prevenir el acaecimiento de daños en determinados casos, especialmente cuando se trata de grupos vulnerables.

En ese marco, se encuentra lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", mediante la cual

-en su artículo 7- establece en cabeza del Estado un deber de prevención contra la violencia de la Mujer, debiendo adoptar distintas políticas (medidas) orientadas a dicho fin.

No existen dudas de que el Estado posee un deber de protección y por ello se encuentra obligado a dictar las normas sustanciales, procesales (y procedimentales) que faciliten la tutela preventiva de los derechos y el cumplimiento efectivo y oportuno de los consecuentes mandatos judiciales de prevención, ya sean inhibitorios, de remoción del ilícito, cautelares o de satisfacción anticipada.²⁰

Entendiendo al derecho administrativo como el derecho Constitucional concretizado, y su función administrativa como la satisfacción directa e inmediata del interés público, corresponde deducir -razonablemente- que existe un deber por parte de la Administración Pública de prevenir los daños, dictando los reglamentos y actos administrativos pertinentes para lograr tal fin.

Si bien se puede afirmar que todos los derechos necesitan de una tutela preventiva para asegurar su efectividad, lo cierto es que hay ciertos derechos específicos que requieren aun más de una tutela preventiva para su protección, para un mayor resguardo. Estos derechos son los denominados Fundamentales, como el derecho a la dignidad de la persona humana, el derecho a la salud, entre otros, toda vez que en estos casos la reparación del daño ~~no~~ resulta, por lo menos, ineficiente.

Por su parte, como dijimos, el Código Civil y Comercial de la Nación recepta a la función preventiva del daño en la Sección 2 del Capítulo I, Título V, artículos 1710 a 1713.

El código de fondo citado legisla con carácter general una tutela preventiva de derechos e intereses, contemplando también a la figura de la acción preventiva, cuestiones que hemos abordado.

Por lo demás la normativa del Código Civil y Comercial consti-

19 DE LOS SANTOS, Mabel A., "El amparo y la medida autosatisfactiva como vías procesales para la prevención del daño", nota al fallo publicada en la Revista de Derecho Procesal, N°2002-2, Derecho Procesal de Familia-II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps.388/389.

20 Mabel A. De los Santos, Vías procesales para deducir la Pretensión Preventiva, en obra colectiva La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 202.

tuye un núcleo duro que nutre a las prevenciones específicas, propias de los microsistemas que tienen más desarrollado el instituto, como el derecho de consumo y el derecho ambiental [arts. 52, 52 bis, 53, 54, 55 y concs. ley 24.240 de Defensa del Consumidor; arts. 2º, 19, 22, art. 2º incs. g, k, 33, 30, 33 y concs. de la Ley General del Ambiente (Nº 25.675)].²¹

6. La Función Preventiva surge como corolario del Estado Constitucional de Derecho y es compatible con sus valores

Una de las cuestiones trascendentales es poder observar que la función preventiva de la responsabilidad estatal es compatible con los valores que informan al Estado Constitucional de Derecho.

En efecto, puede verse a este instituto como una figura que surge como consecuencia de la evolución que tuvo el modelo jurídico de Estado, el cual pasó de un Estado formal de derecho al Estado constitucional de derecho.

Naturalmente, cuando hablamos del Estado constitucional de derecho estamos haciendo mención a una situación donde la Constitución, como norma fundamental, tiene un rol protagónico, en donde los valores y bienes que allí se protegen se encuentran dotados de preeminencia frente a todo el ordenamiento jurídico restante.

Anteriormente, en el Estado formal de derecho, el protagonismo lo tenían valores como la separación de poderes, la libertad y los derechos individuales; mientras que hoy, en el Estado constitucional de derecho, el eje principal y centro de todo es la dignidad del ser humano. Así, se ha sostenido que “el Estado constitucional gira centralmente en torno de la primacía efectiva de la Constitución y sus valores. En la Argentina, después de la reforma constitucional de 1994, la concretización de esos valores se manifiesta en el compromiso real de las instituciones con la dignidad del ser humano”.²²

21 GALDÓS, Jorge M., *Responsabilidad civil preventiva*. Ob. cit, p. 7.

22 SAMMARTINO, Patricio M., *La noción de acto administrativo en el Estado*

El Estado liberal clásico no admitía la tutela preventiva de los derechos, pues se la consideraba una indebida injerencia del Estado en la esfera privada de los individuos.

Imbuido por los ideales de la Revolución Francesa y la afirmación de la libertad individual frente a los avances del Estado, concebía a los derechos como dotados del valor de cambio. Frente a la práctica de un ilícito se consideraba suficiente la prestación de la tutela resarcitoria por el equivalente del valor del daño.²³

Cuando hablamos del Estado constitucional hacemos directa referencia a la expansión de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta el rol que ocupan estos derechos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, junto a la correspondiente interpretación de estos.

Desde esa óptica, la institución de la responsabilidad del Estado se encuentra modulada por los principios y valores que informan el Estado constitucional de derecho. Así, toda la teoría de la responsabilidad del Estado, en busca de la adecuada protección de la dignidad humana, y asegurando el efectivo respeto de los derechos fundamentales que son inherentes a ella, necesariamente expande su misión, surgiendo así, la idea de la prevención de los daños.

La responsabilidad del Estado, entonces, adecúa su contenido y finalidad a los valores y principios que surgen de la Constitución reformada, surgiendo así la función preventiva del daño como un deber del Estado, en busca de la protección y garantía de la dignidad humana.

Podemos concebir a la prevención del daño como un producto de los derechos humanos y valores que hoy informan a la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 incisos 22 y 23 CN).

Constitucional, EDA, 2007-639, p. 1

23 MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, Communitas, Lima 2010, p.8; citado por Mabel A. De los Santos, *Vías procesales para deducir la Pretensión Preventiva*, en obra colectiva *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 203

Bajo ese lineamiento, tal como fuera expuesto supra, el profesor Perrino señala como fundamento de la responsabilidad estatal lo contemplado en el ámbito convencional, que se desprende de los artículos 1, 2, 21 ap. 2, y 63 ap. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ostentan jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.²⁴

Reconocer la existencia de un instituto cuya finalidad sea la de proteger a las personas de los daños que puedan llegar a sufrir, es concebir un instituto que respeta y protege los principios y valores del Estado constitucional, poniendo en valor la dignidad de las personas.

En el estado formal de derecho, los daños sufridos sólo podían ser reparados, de allí se forma toda la teoría de la Responsabilidad del dañador, con la finalidad de resarcir a la víctima, cuando fuere imposible volver al estado anterior al daño. En el estado constitucional, la reparación del daño se ve complementada con la necesidad de prevenir el daño, ya que, insistimos, siempre es mejor prevenir que curar.

La dignidad de las personas es respetada y protegida de manera adecuada mediante la idea de prevenir los daños, es decir, poniendo los medios necesarios para que la persona no sufra menoscabos.

Podemos decir que existe un derecho inherente a la persona humana a no sufrir daños, ya sea en sus bienes o en su persona; y desde esta lógica la indemnización que percibe la víctima resulta insuficiente para el adecuado respeto de los derechos fundamentales.

Si existe un deber fundamental por parte del Estado de velar por el respeto y protección de la dignidad del hombre, y entre sus cometidos está la prevención de los daños que puedan sufrir las personas, no podemos más que afirmar que existe una función preventiva de daños de la responsabilidad estatal, como corolario de ese pilar basilar que es la dignidad humana.

²⁴ PERRINO, Pablo E., *La Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos, Código Civil y Comercial, Ley 26.944 comentada*, La Ley, 1 Ed, p. 3.

Concluyendo que existe una función preventiva de la responsabilidad estatal, en cumplimiento de los deberes que impone el Estado constitucional de derecho, la administración pública debe generar los medios adecuados y eficaces para lograr dichos cometidos.

El derecho administrativo, que se ocupa de la función administrativa, no hace otra cosa que velar por la satisfacción directa e inmediata del interés público. Dentro de ese interés público, entendido como los valores y bienes que la comunidad reconoce con particular preferencia, no podemos dejar afuera la idea de que las personas no sufran daños.

De esta manera, se sostiene que existe una estrecha vinculación entre el interés público -misión del derecho administrativo- y la prevención de los daños.

Así, se afirma que en el cumplimiento del respeto y aseguramiento de la dignidad humana se afianza el interés público, cuya tutela y satisfacción es el deber primordial que compromete el desarrollo de la función administrativa²⁵.

Podemos sostener que el interés público modula el instituto de la Responsabilidad del Estado, siendo necesaria la función preventiva del daño, para poder hablar de una verdadera satisfacción del interés público.

Desde esta atalaya, al momento de decidir, el órgano o ente emisor deberá dar primacía al principio *pro homine*, por el cual se debe acudir a la norma o interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer limitaciones sobre su ejercicio.²⁶

Estas ideas han sido expresadas de manera reiterada por la Corte Suprema en no pocos precedentes.

Así, en un caso de suma importancia, el Máximo Tribunal, al

²⁵ SAMMARTINO, Patricio M. "La noción de acto...", p. 15.

²⁶ SAMMARTINO, Patricio M. "La noción de acto...", p. 18.

analizar la reducción de salarios de empleados públicos mediante actos estatales (en el caso proveniente de un Municipio de Salta), ha realizado una serie de consideraciones respecto a los valores que hacen a la dignidad humana y a los derechos humanos.²⁷

En esa línea, en otro caso relevante, la Corte ha sido contundente ante un caso que presentaba una grave situación de vulnerabilidad, donde la pobreza y la discapacidad de un menor requería el acceso a una vivienda digna y hábitat adecuado.²⁸

En concordancia con lo expuesto, podemos afirmar que los derechos llamados a ser garantizados por el Estado como la seguridad, la salud, o el estándar de la dignidad humana, se encuentran desprotegidos sin la efectiva prevención.

De esta manera, vemos a la prevención del daño como una elemental tarea del Estado, tendiente a garantizar derechos, en especial los derechos fundamentales, valorados por el interés público y, en especial, por el orden Constitucional.

Debemos concluir que una noción actual del derecho administrativo no puede prescindir de la idea de prevención. Es correcto, a este modo de ver, sostener que en el Estado constitucional de derecho vigente existe, necesariamente, una función preventiva de la responsabilidad estatal.

Las tareas actuales que la Administración Pública debe atender,

27 CSJN, Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de Inconstitucionalidad, del 18 de Junio de 2013. La Corte sostuvo que *dicha dignidad intrínseca o inherente al ser humano, además de ser el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional, se relaciona con el trabajo en términos “naturalmente entrañables”... En otras palabras, la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios se inserta, en lo inmediato, en un proceso más comprensivo, concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo, lo cual ha tenido, entre sus propósitos fundamentales, la protección de la dignidad de la persona humana en el vínculo laboral subordinado. Y, mediatamente, en el desarrollo de la protección y realización de los derechos humanos en general*”.

28 CSJN, La Corte sostuvo, en el Considerando 12, que *“hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona”*.

de manera directa e inmediata, requieren de una función preventiva que garantice los derechos.

Desde esta óptica, ya no es del todo justo -ni eficiente- enfocarse solamente en la reparación del menoscabo a esos derechos, sino que es preciso velar por la integridad de ellos, o por lo menos, por su mayor resguardo posible.

Así, el Estado, y en lo que aquí interesa, la administración pública, debe poner sus mayores esfuerzos en que no se produzcan daños, o minimizar los ya producidos.

7. La aplicación Analógica de la función preventiva del daño del Derecho Civil al sistema de la Responsabilidad del Estado

Cabe recordar que la responsabilidad del Estado, a lo largo de la historia de nuestro país, ha sido creada y moldeada fundamentalmente por obra de la jurisprudencia, tomando tan solo de referencia unos pocos artículos del Código Civil, haciendo notar dicha situación una marcada autonomía de la rama del derecho administrativo respecto al instituto de la responsabilidad²⁹.

Sostenemos que la función preventiva del daño de la responsabilidad estatal es una derivación secuencial necesaria no solo de las normas Constitucionales y Convencionales, sino también que es consecuencia de la aplicación analógica del régimen de la responsabilidad Civil al ámbito de la responsabilidad del Estado.

Bajo ese lineamiento, cabe destacar que la ley de responsabilidad del Estado no prohibió la postulación de pretensiones preventivas frente al Estado y que si bien las normas del nuevo Código no resultan aplicables de manera directa o subsidiaria nada impide su aplicación analógica.

En efecto, el artículo 1764 del Código Civil y Comercial establece que las disposiciones del Capítulo 1 (Responsabilidad Civil) de ese Título *“no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”*.

29 CSJN “Devoto” Fallos 169:111, “Ferrocarriil Oeste” Fallos 182:5, “Vadell” Fallos 306:2030, entre otros.

Complementa dicho precepto el artículo 1765 que dispone “*la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”.

En el mismo sentido, el artículo 1766 sostiene que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Corresponde señalar que la ley N° 26.944 es una ley general y contempla sólo algunos de los aspectos principales de la responsabilidad del Estado, no agotando todos los supuestos que pueden presentarse.

Bajo ese marco, ante las previsiones dispuestas por el Código Civil y Comercial y frente a la ausencia de normativa específica de derecho administrativo, entendemos que corresponde aplicar el instituto de la función preventiva del daño previsto en el Código Civil a la responsabilidad del estatal de manera analógica, es decir, utilizando la técnica de la analogía.

Así, se ha sostenido que la Ley N° 26.944 de responsabilidad del Estado, juntamente con las normas pertinentes del Código Civil y Comercial (Arts. 1764 a 1766 Código Civil y Comercial) consagran un elenco mínimo de reglas, abstractas y generales, a partir de las cuales es posible extraer respuestas concretas a los problemas clásicos del derecho de la responsabilidad del Estado. A su vez, sobre este tangible corpus normativo habrán de operar los principios y valores del Estado constitucional vigente en la república, a partir de los cuales se podrán encontrar respuestas plausibles a los problemas contemporáneos de la responsabilidad estatal³⁰.

Señala el Profesor Sammartino que los límites que el Código Civil y la Ley N° 26.944 le impone a la aplicación del derecho privado, no impide en modo alguno que, frente a situaciones no previstas específicamente por la Ley de Responsabilidad del Estado se proceda a integrar el ordenamiento lagunosos a través de la interpretación analógica del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero

30 SAMMARTINO, Patricio Marcelo E, “Responsabilidad del Estado...”, en obra citada.

del Código Civil y Comercial³¹.

Tal como vimos, la función preventiva del daño es un claro ejemplo donde no ha sido prevista específicamente por la Ley de Responsabilidad del Estado, por lo cual, resulta preciso realizar una interpretación analógica de lo dispuesto en el capítulo mencionado del Código Civil.

La ley de Responsabilidad del Estado no prohibió la postulación de pretensiones preventivas frente al Estado. Si bien las normas del nuevo Código no resultan aplicables de manera directa o subsidiaria -arts. 1, párr. 3 Ley de Responsabilidad del Estado y 1764 Código Civil y Comercial- nada impide su aplicación analógica. De allí pues que este dispositivo sustantivo, consagrado en el art. 1711 Código Civil y Comercial y concordantes está llamado a evitar la producción de un daño previsible, originado por la actividad estatal ilegítima, con la menor restricción de derechos. Su prudente utilización -con las modulaciones que impone la analogía- en la medida que no interfiera, ni frustre la satisfacción de los bienes jurídicos que protege el interés público ni el desarrollo de la autotutela declarativa, puede traer fecundos resultados en el ámbito del derecho público, sobre todo en aquello cuanto concierne a la evitación de daños sobre derechos esenciales indisponibles³².

De esta manera, compartimos lo expuesto por el Profesor citado y entendemos que la función preventiva del daño de la responsabilidad estatal es consecuencia -también- de la aplicación analógica del régimen de la responsabilidad Civil al ámbito de la responsabilidad del Estado, con las modulaciones propias de esta interpretación, respetando los principios y valores del derecho Público.

8. El deber genérico de prevención en el Código Civil y su aplicación al ámbito de la responsabilidad estatal.

El Código Civil y Comercial, en su última redacción incorporó de manera expresa y genérica el deber de prevención, es decir, de

31 *Ibíd.*

32 *Ibíd.*

evitar la generación de daños.

Dicho deber se encuentra contemplado en el artículo 1710, el cual establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

De esta forma, se concibe la existencia de un deber genérico de prevención en el ámbito Civil cuya finalidad es evitar la causación de los daños en la sociedad, disminuir su magnitud, y de no agravarlos.

Ahora bien, ese deber de “*toda persona*”, establece como límite “*en cuanto de ella dependa*”. Asimismo, el artículo 1710 del Código Civil y Comercial citado establece que la adopción de ese deber genérico de prevenir los daños debe realizarse “*de buena fe y conforme a las circunstancias*”.

Entonces, nos preguntamos, ¿Cuándo existe un deber de prevención estatal de prevenir los daños?, ¿Bajo qué “*circunstancias*” puede considerarse que el Estado se encuentra obligado a prevenir los daños?

Sin ánimo de brindar respuestas tajantes que agoten este -complejo y debatible- tema, consideramos que dichas respuestas deben ser extraídas de lo que nos brindan las normas Constitucionales y Convencionales, y las establecidas en el marco normativo específico en la materia, es decir, la Ley de Responsabilidad del Estado (Ley N° 26.944).

Compartimos, en primer término, la idea de que el deber de Prevención traduce un principio general del derecho y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente, el cual resulta también exigible frente al Estado,

sus entes y funcionarios.³³

En esa línea, se señala que tal como lo indicó la Corte en el caso “*Gunther*”, la obligación de abstenerse de ejercer conductas prohibidas por las leyes y causar daños injustos e innecesarios -traducida en el principio del *alterum non laedere*- tiene raíz constitucional y se proyecta también frente al Estado, en tanto expresa un principio general del derecho común a todas las disciplinas jurídicas.³⁴

Por su parte, sostenemos que las ideas rectoras que inspiraron la Ley de Responsabilidad del Estado (Ley N° 26.944) deben informar al deber de prevención del Estado.

Bajo ese lineamiento, un punto de partida es pensar a la función preventiva del daño de la responsabilidad estatal, y en particular al deber del Estado de prevenir, dentro de la **esfera de lo posible**, esto es, teniendo en consideración que los costos que implican un deber de prevención estatal amplio repercuten directamente en los recursos económicos con los que cuenta el Estado para satisfacer el bien común.

Corresponde remarcar, una vez más, que al igual que en la función resarcitoria, el Estado no se encuentra en una situación similar a la de cualquier particular, ya que la finalidad que se persigue en el ámbito privado tiene connotaciones de intereses particulares, ora económicos, ora de ventajas individuales.

En ese contexto, resulta lógico sostener que cuando el particular, en el desarrollo de sus actividades amenace daños derivados de una conducta que persigue ventajas individuales, éste cuenta con un deber claro y concreto de evitarlos.

Ahora bien, se presenta un caso bien distinto cuando el Estado en el ejercicio de su función administrativa se encuentra obligado a desarrollar actividades y, en ese espíritu, introduce posibilida-

33 TAWIL, Guido Santiago, Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño, La Ley 21/10/2015, 1- La Ley 2015-F, 482, p.1.

34 TAWIL, Guido Santiago, Obra citada, p.2.

des de ocasionar daños; de modo que la paralización de esas actividades repercute directamente en el bienestar general.

Esto no implica, de manera alguna, sostener una prerrogativa estatal de dañar, sino que su prevención debe ser analizada de manera prudente teniendo en consideración los derechos tutelados en juego.

Dicho lo expuesto, sin ánimo de brindar una respuesta absoluta, sino más bien intentar plantear algunas ideas, entendemos que, una vez más, podemos encontrar ciertas respuestas dentro de las ideas rectoras que informaron la Ley N° 26.944.

8.1 El deber de prevención estatal es objetivo

Podemos decir sin riesgo a equivocarnos que la responsabilidad estatal, al igual que en su función reparadora, también es objetiva en su función preventiva, en tanto carece de toda relevancia la culpa del agente cuya actuación genera la amenaza del daño.

Es decir, el nacimiento del deber de prevención en cabeza del Estado resulta ser independiente de la conducta subjetiva del agente estatal, y se imputará dicho deber al Estado de manera objetiva y orgánica al organismo o ente.

Para analizar el deber de prevención debemos observar si la actuación (ilegítima) que amenaza un daño proviene de la Administración Pública, independientemente de la conducta subjetiva desplegada por los funcionarios públicos, en sentido amplio.

Esto guarda relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado, en tanto dispone, en lo que aquí interesa: "...La responsabilidad del Estado es objetiva y directa...".

Entendemos que dicho concepto abarca a todo el sistema de Responsabilidad Estatal, tanto en su función indemnizatoria, como su función preventiva. Desde este punto de vista, no podría ser de otra manera, ya que no sería congruente sostener una responsabilidad objetiva (y directa) para reparar los daños y una subjetiva (teniendo en consideración la culpa de los agentes) para prevenir aquellos mismos.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, deberá existir una imputación

a un órgano o ente estatal que correrá por cuenta de quien solicite la prevención.

De esta forma, quien invoque el deber del Estado de prevenir los daños, deberá individualizar concretamente la conducta estatal que podría provocar un daño, sin necesidad de individualizar la conducta subjetiva de los agentes involucrados³⁵.

8.2 La actuación antijurídica del Estado como presupuesto de hecho que origina el deber de prevención estatal. El daño innecesario o excesivo producto de la actividad legítima del Estado

Para que exista un deber de prevención en cabeza del Estado debe existir previamente, como principio, una actuación estatal antijurídica, es decir, contraria al régimen normativo aplicable.

El Estado en el ejercicio de sus funciones puede producir desequilibrios entre éste y los particulares, debiendo evitar estos desequilibrios de manera preventiva.

Si bien en el instituto de prevención del daño en el Código Civil resulta irrelevante el factor de atribución, entendemos que dadas las particularidades que presenta la responsabilidad estatal, y a los fines de un adecuado y justo tratamiento debido al interés público comprometido, debe tenerse en cuenta el factor de atribución típico de este tipo de responsabilidad.

Para poder profundizar sobre esta cuestión es preciso tener en cuenta lo contemplado en la Ley de Responsabilidad del Estado respecto a la antijuridicidad como presupuesto de hecho para la procedencia de la indemnización.

La Ley N° 26.944 establece un sistema de responsabilidad basado en dos grandes supuestos: Por un lado, la responsabilidad por actividad u omisión ilegítima, y por el otro por actividad legítima.

Consideramos como principio la exigencia de una conducta an-

35 En línea con lo dicho por la Corte en el caso "Vadell", Fallos 306:2030.

tijurídica por parte del Estado para la procedencia de todo deber de prevención. Así, el deber estatal de prevenir va a presentarse cuando la amenaza del daño provenga de la actividad o inactividad ilegítima del Estado.

En esa línea, para que nazca el deber de prevenir los daños en cabeza del Estado corresponde que éste mediante su conducta ilegítima (activa o pasiva) genere una amenaza de daño a los bienes o derechos de las personas.

Ahora bien, consideramos también que es posible predicar la función preventiva de la responsabilidad estatal ante la concreta amenaza de daño proveniente de una conducta legítima del Estado cuando los daños se vislumbren como innecesarios u objetivos.

No soslayamos que esta idea puede resultar peligrosa, teniendo en cuenta que de sostener un deber de prevención amplio ante la actuación estatal legítima se corre el riesgo de obstaculizar el ejercicio de los cometidos estatales en pos del interés general.

Basta con imaginar cómo sería ante la posibilidad de obligar al Estado a que no dicte ni ejecute actos en cumplimiento de sus competencias (de mandato obligatorio) por temor a generar un daño a un particular.

Sin embargo, entendemos que la justa solución ante el peligro de ocasionar daños en el ejercicio de la actividad legítima del Estado se enmarca en el criterio de la necesidad.

El juicio acerca de la necesidad exige valorar si la medida adoptada es la menos restrictiva de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces y que la restricción impuesta será necesaria si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia.³⁶

En definitiva, lo que se trata de ver es si existen otras medidas que resulten idóneas que sean menos gravosas de los derechos fundamentales.³⁷

36 CASSAGNE, Juan Carlos, Los grandes principios del derecho público, constitucional y administrativo, La Ley, p. 176.

37 Ibídem.

8.2.1 La falta de servicio como estándar de la antijuridicidad estatal.

Dijimos anteriormente que el deber de prevención estatal del daño procede principalmente cuando una conducta del Estado antijurídica amenaza de daño a los particulares. Desde este aspecto corresponde entonces analizar en qué situaciones el Estado obra de manera contraria a las normas.

Dicha cuestión ya ha sido analizada -y hay consenso- en el estudio de la función reparatoria de la responsabilidad Estatal, receptada por la Ley de Responsabilidad del Estado, consistiendo en la Falta de Servicio como criterio que engloba la actuación antijurídica del Estado.

Sobre esta cuestión se ha escrito mucho, por lo cual excede al objeto de este trabajo profundizar sobre ello, resultando conveniente mencionar solo algunas cuestiones pertinentes.

El concepto de Falta de Servicio es extraído de la doctrina francesa y receptada hace ya varias décadas en nuestro país por la jurisprudencia, en especial por el máximo tribunal, y luego contemplada de manera expresa en la Ley N° 26.944.

En efecto, la CSJN, con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.944, sostuvo que la procedencia del reclamo fundado en la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita debía reunir los siguientes requisitos: que el Estado haya incurrido en una falta de servicio (art. 1112 CC) o ejecución irregular del servicio, por acción u omisión.³⁸

La Ley de Responsabilidad del Estado recepciona de manera expresa a la Falta de Servicio en su artículo 3 inc.d), el cual establece: "*Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:... d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.*"

De esta manera la "Falta de servicio" se vincula de manera clara con el incumplimiento o cumplimiento irregular de la función

38 SAMMARTINO, Patricio Marcelo E, "Responsabilidad del Estado...", Ob. cit.

asignada al Estado en el marco de sus competencias. Así, existirá una conducta antijurídica cuando las normas que sirven de marco para la actividad estatal no se cumplan, o se cumplan de manera irregular.

Nos señala el Profesor Sammartino (aunque lo plantea para el supuesto de función indemnizatoria) que para comprobar si concurre este requisito es necesario, en primer lugar, realizar un juicio de comparación entre la actuación y el sistema normativo que rige esa actividad. En segundo término, se debe verificar, en concreto, si se han observado total o parcialmente, los deberes y obligaciones establecidos por la norma aplicable; finalmente se habrá de constatar si en el ejercicio de la función existió incumplimiento del régimen jurídico que rigen la actividad. A tal efecto se deberá considerar cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo dentro del cual se encausa la actuación estatal enjuiciada.³⁹

8.2.2 La prevención ante una conducta estatal antijurídica por omisión

Otra cuestión para destacar es que cuando la amenaza de daño que origina el deber estatal de prevenir proviene de una conducta pasiva del Estado, es decir, de una omisión, el criterio es distinto.

Esta cuestión también se encuentra contemplada en la Ley de Responsabilidad del Estado, cuando el ya citado artículo 3 inciso d) dispone que “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

A pesar de que el criterio receptado por la Ley N° 26.944 ha sido criticado en varias oportunidades, entendemos que la formulación prevista por el legislador para la función indemnizatoria es de uso obligatorio para la función preventiva de la responsabilidad estatal, no encontrando razón alguna para sostener una ampliación de dicho estándar, más aún cuando los peligros de una apertura conceptual en la función preventiva son más importantes que los

que se presentan ante la reparación.

Para que se configure la falta de servicio por omisión, se requiere algo más que una abstención o un no hacer. Es necesario que la actuación estatal que se le imputa al órgano no haber realizado sea de observancia obligatoria (y posible, jurídica y materialmente) por estar prescrita en un precepto normativo válido (juridicidad) que concierne al ámbito de incumbencias funcionales del órgano en razón de la materia, territorio, tiempo y el grado (competencia).

En ese sentido, el deber estatal de prevenir los daños ante una omisión se dará ante la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. El Estado tendrá el deber de prevenir un daño, con la consecuente realización de una conducta activa con la finalidad de evitar que el daño se produzca, cuando exista un mandato expreso y determinado derivado de una norma.

Aunque parezca una contradicción, la manera de prevenir los daños por parte del Estado ante una conducta antijurídica por omisión es, justamente, con el ejercicio de una actividad (contraria a la omisión) en cumplimiento de los mandatos expresos y determinados que se extraen de las normas aplicables.

Un caso interesante es el dictado por la Sala Segunda de la Cámara en lo Contencioso Administrativo del Chaco, en los autos “*Vega Hugo c/ Municipalidad de Resistencia Chaco s/ Demanda Contencioso Administrativa*”⁴⁰.

En dicho caso, un trabajador de la Municipalidad de Resistencia, Chaco, solicitó a ésta el reconocimiento y pago de la bonificación por Riesgo de Vida, como plus remunerativo previsto en el Estatuto para el Personal Municipal (Ordenanza 1719/90).

La Cámara “*exhortó a la demandada teniendo en consideración la existencia de números supuestos similares en los que se acreditó la conducta renuente del ente Municipal a reconocer derechos laborales de sus agentes, prolongando sin razones el trámite administrativo y obligando a*

39 *Ibidem*.

40 Fallo comentado por DOMEQ, Livia Verónica, en “Jurisdicción Preventiva en el Fuero Contencioso Administrativo”, en obra colectiva “La Acción Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Director Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 133

los agentes a litigar. Tal conducta administrativa, se estimó injustificada habida cuenta la efectiva acreditación de los requisitos de hecho y de derecho para acceder al reconocimiento de beneficios remunerativos acordes a la función asignada. En el caso, se destacó la arbitrariedad incurrida por la Administración con el agente accionante con más de veinticinco (25) años de antigüedad que se limitó a cumplir la tarea asignada en beneficio del Estado Municipal con corrección y responsabilidad, quien debió acudir a la justicia para lograr el reconocimiento de sus derechos largamente reclamados.”⁴¹

De esta manera, “Los jueces exhortaron a las Autoridades Municipales a que instrumenten los procedimientos administrativos y acto final en plazos razonables, con observancia de los principios de eficacia, economía y eficiencia exigibles a la Administración municipal en el marco de su relación de empleo público y concretar programadamente la solución administrativa, a supuestos análogos, evitando litigiosidad y mayores costos. Los términos del pronunciamiento permiten afirmar que se consideró el daño económico sufrido por el accionante al privarlo de un incremento remunerativo acorde a la función desempeñada y el que se irrogaría a tantos otros agentes en similar situación con la consecuente promoción de acciones judiciales de similar objeto. En ese contexto, se intentó prevenir el perjuicio patrimonial derivado de la reproducción de litigios, no sólo para los potenciales actores sino también evitar los costos para el erario municipal.”⁴²

De lo mencionado, surge que la Cámara en cuestión al verificar que la Municipalidad de Resistencia incumplía de manera deliberada con su deber de pagar un concepto remunerativo a sus trabajadores, y ante la posibilidad de que varios trabajadores encuentren obligados a iniciar acciones con la misma finalidad, el Tribunal obliga a la Municipalidad a que no genere futuros daños y abone a todos los casos similares el plus reclamado por el actor.

Por último, en cuanto a este tema, corresponde señalar, que resulta interesante la postura⁴³ que sostiene que imponer un deber

41 DOMECCQ, Livia Verónica, Obra citada, p. 136.

42 DOMECCQ, Livia Verónica, Obra citada, p. 137.

43 ACCIARRI, Hugo, Funciones del Derecho de Daños y de Prevención,

de prevenir todo daño posible a todos es poco efectivo, como así tampoco es correcto establecer en un código un catálogo de obligados a prevenir en cada escenario posible. Proponiendo como medida eficiente que la ley incentive a prevenir a quienes pueden hacerlo mejor, más fácilmente, con menor esfuerzo, de modo más eficaz; “Así, es razonable que los fabricantes tengan el deber de prevenir los vicios que hacen riesgoso a un automóvil, pero también lo es que los conductores eviten que se ponga a prueba el funcionamiento de los airbags conduciendo con cuidado”

8.3 El nexo de causalidad es un requisito para la procedencia del deber de prevención estatal

Otro de los requisitos que debe concurrir para que exista el deber estatal de prevenir los daños es el nexo de causalidad.

Se destaca que la función preventiva de la responsabilidad del Estado, a diferencia de lo que establecen los artículos 3 y 4 de la Ley N° 26.944, el daño se presenta como previsible, no como un daño actual.

En ese sentido, para que se origine un deber en cabeza del Estado de prevención de los daños por su conducta (activa o pasiva) es necesario que exista un vínculo entre dicha actuación estatal y la amenaza de un daño.

La necesidad de existencia de un nexo de causalidad radica en la circunstancia de poder asegurarse de que no se le atribuya a una persona (Estado) el deber de prevenir un daño como consecuencia de una conducta que amenaza un daño realizada por otra.

Así, el nexo de causalidad viene a unir o vincular la conducta antijurídica estatal, encuadrada en el factor de atribución “Falta de Servicio” con la amenaza de un daño, trayendo como consecuencia para el Estado un deber de prevención.

Ahora bien, para analizar la conectividad entre la conducta es-

citado por Aida Kemelmajer de Carlucci, obra citada, p.377.

tatal que funciona como el antecedente y el peligro de daño hacia un particular, creemos conveniente analizar, lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad del Estado.

La Ley de Responsabilidad del Estado ha estipulado como requisito del deber estatal de reparar (indemnizar) el daño al nexo de causalidad adecuada. El artículo 3, inciso c) dispone como requisito de la responsabilidad del Estado por su actuación ilegítima la existencia de una “relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación persigue”. Lo receptado por la ley es producto de lo dispuesto por el máximo tribunal de nuestro país.

Tal como señala Sammartino, es característica de la teoría de la causalidad adecuada el hecho de que se desinteresa de la sucesión temporal para centrar las soluciones en la “idoneidad” de las condiciones, a través del juicio de probabilidad. Solamente se considera causa idónea a la que según un juicio de probabilidad normalmente produce u ocasiona el resultado. Señalando que, el concepto de “causalidad adecuada” implica, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra suceder en la vida misma; siendo causa para esta teoría aquella que entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado.⁴⁴

Cabe destacar que para el análisis el nexo de causalidad que vincula la conducta antijurídica pasiva (omisión) del Estado con el peligro de ocasionar un daño al particular, menester acreditar -por parte de quien alegue la prevención- que de haber actuado el Estado como la norma lo indicaba no se producía peligro de daño alguno. Por el contrario, si se demuestra que aún actuando el Estado (de conformidad con lo indicado por un mandato normativo, expreso y determinado) el peligro del daño existía, existiría un rompimiento en el nexo de causalidad y, por ende, no existiría un deber de prevenir por parte del Estado.

Por último, se señala que la carga de la prueba está en cabeza de quien alega un deber estatal de prevención de daños, no procediendo -a mi parecer- la teoría de la carga dinámica de las pruebas.

Esta teoría resulta ser muy tentadora cuando el demandado es el Estado, ya que por su posición de prerrogativas frente al particular y la función que desarrolla, naturalmente, podría encontrarse en mejores condiciones de producir cierta prueba. Sin embargo, exigirle lo expuesto al Estado (más aún ante la producción de prueba negativa) se presenta como un exceso cuyas consecuencias paralizarían la actividad estatal y traería consecuencias negativas para toda la sociedad.

9. La acción de prevención del daño en el Código Civil y Comercial de la Nación y su aplicación al ámbito de la responsabilidad estatal.

En primer lugar, corresponde destacar que la acción preventiva del daño se encuadra como una especie dentro del género “pretensiones preventivas”, entendiendo a estas últimas como aquellas que tienen por objeto evitar un daño ante la amenaza de su producción o hacer cesar las causas del que ha comenzado a producirse.

Bajo la idea de que siempre es mejor prevenir que curar, se dio lugar a la función preventiva de la responsabilidad, y en ese marco, se ha entendido que resultaba valioso y necesario contar con una herramienta (acción preventiva) que permitiera poner en ejercicio ese tipo de función.

En esa línea, la acción de prevención es la herramienta mediante la cual se busca principalmente evitar un daño, ya sea este nuevo, repetido, agravado o persistente.

Con esta herramienta se persigue impedir un perjuicio evitable y, además, evitar todo lo negativo que conlleva al acaecimiento de un evento dañoso, principalmente para la víctima.

Para comprender los antecedentes de esta figura debemos remitirnos al derecho Romano, donde se acordaba la *cautio damni infecti*, es decir, caución de daño temido, ya que el Digesto establecía que “daño que amenaza, es daño aún no ocurrido que tememos que sobrevendrá”. El Derecho Romano preveía el caso en que el propietario de un fundo temiera razonablemente que las condicio-

44 SAMMARTINO, Patricio Marcelo E, “Responsabilidad del Estado...”, Ob. cit.

nes del edificio vecino, o de obras de cualquier tipo que en él se realizarán, pudieran terminar dañando su propiedad ello legitimaría al dueño del predio a solicitar al magistrado que ordene al dueño del fundo desde el que podía provenir el daño a prestar una garantía, por un valor suficiente que le permitiera efectuar la reparación del daño para el eventual caso de que éste finalmente se produjera.⁴⁵

Luego, surgieron planteos de este tipo en la época en que el funcionamiento de las locomotoras de los ferrocarriles provocaba chispas que ocasionaban incendios en camposlinderos, por lo cual los propietarios de estos promovieron acciones tendientes a evitar riesgos de incendios.⁴⁶

Vemos así, que la idea de prevenir los daños en el ámbito Civil se presentaba ya hace tiempo, bajo la idea de garantía ante la previsión de sufrimiento de daños injustos. De esta manera se vislumbraba históricamente un derecho por parte de los particulares de contar con una herramienta que, ante el justificado peligro de sufrir daños, garantizara su reparación.

El instituto de la acción de prevención del daño fue receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación, Libro Tercero, Derechos Personales, Título V, Otras fuentes de las Obligaciones, en el artículo 1711 que reza: *“La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”*.

Cabe destacar que la acción preventiva se encuentra reconocida en la Constitución Nacional, encuadrándola dentro de la *“Tutela preventiva”* que forma parte del Derecho de Daños como consecuencia de la incorporación como garantía del derecho a la *“tutela judicial”* ante la mera amenaza de daño (Art. 42 y 43, Constitución Nacional) y de la inclusión como derecho fundamental de la *tutela judicial efectiva* y oportuna, que para ser tal, en ocasiones debe

45 CALVO COSTA, Carlos A., *“La pretensión preventiva en el derecho de daños”*, La Ley 19/02/2018, 1- LA LEY 2018-A. 976, AR/DOC/197/2018, p.2.

46 PEYRANO, Jorge W., *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20.

tutelar preventivamente los derechos lesionados o amenazados para impedir el agravamiento del daño o su producción.⁴⁷

La doctrina describe a la acción preventiva como aquella *“que puede tener por destinatarios o particulares o entidades públicas y que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación antijurídica existente. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busca revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción”*.⁴⁸

De lo expuesto podemos extraer que la acción de prevención es la herramienta mediante la cual se ejerce la función preventiva de la responsabilidad. Su misión principal es obtener una orden judicial tendiente a evitar un daño, disminuir o no agravar el ya ocasionado.

La Jurisprudencia ha dicho que *“los fundamentos que justifican la disposición de esta clase de medidas preventivas entrañan un profundo sentido humanista y, a la vez, económicamente eficiente, pues evitar la producción de daños a las personas no sólo es valioso desde una perspectiva ética, sino también desde el punto de vista de la administración de los recursos de la comunidad”*⁴⁹

Se destaca que la acción de prevención pone su foco en la amenaza de un daño y en la conducta antijurídica que la hace surgir, resultando irrelevante su urgencia o peligro en la demora, exigiendo la presencia de una situación actual que resulta idónea para producir un daño futuro.

Este aspecto distintivo de esta herramienta se encuentra dado por el hecho de que se exige la existencia de un peligro en la de-

47 Fallo de la Cámara Civil, Sala M, del 11 de abril de 2019, en los autos *“Rodríguez, Lucila Mabel c/ Nación Seguros SA y otro s/ Daños y Perjuicios”*.

48 PEYRANO, Jorge W., *“La acción preventiva...”* ob. cit. p. 20.

49 *“Lucila Mabel c/ Nación Seguros SA y otro s/ Daños y Perjuicios”* con cita a Galdós Jorge M, en *“Código Civil y Comercial Comentado”*, Dir. Ricardo Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, 2015, TVIII, p. 297).

mora, ya que, si bien debe existir una amenaza o peligro de daño, la producción de éste podrá realizarse en un plazo no inmediato.

Resulta importante subrayar que el daño que se evita es, naturalmente, potencialmente posible, y la vara que medirá el grado de eficacia de esa potencialidad será el “orden normal y corriente de las cosas”.

Por lo común, las acciones preventivas tienden a proteger derechos extrapatrimoniales como son los personalísimos, tales como la protección del nombre, de la imagen, de la intimidad y también de la honra, del cuerpo y de la salud, y a la disposición del cuerpo y circunstancias de las exequias y a la dación de todo o parte del cuerpo con fines terapéuticos o de investigación. Igualmente, el daño ambiental, el tenor de publicidades ilícitas y la llamada dignidad de la persona humana, han sido consideradas áreas aptas para la operatividad de tutelas preventivas.⁵⁰

La acción de prevención del daño, bajo este lineamiento, debe ser visto como un instrumento técnico que protege, de manera directa y con inmediatez, la integridad de las personas y sus derechos.

De esta forma, se vislumbra a la acción de prevención como una técnica anticipatoria, cuya su razón de ser es anticiparse a la producción de daños previsibles⁵¹.

La acción preventiva (art. 1711 Código Civil y Comercial) posee un vínculo directo e inescindible con el deber de prevención (art. 1710 Código Civil y Comercial) analizado con anterioridad.

En efecto, previo a analizar los requisitos de procedencia de la acción preventiva, entendemos que resulta necesario -en todos los casos- visualizar y constatar que efectivamente exista un incumplimiento al deber de prevención en cuestión.

De esta manera, para que proceda una acción de prevención

50 PEYRANO, Jorge W., “La Acción Preventiva: Certezas y Dudas”, obra colectiva citada, p. 28.

51 Fallo de la Cámara Civil, Sala M, del 11 de abril de 2019, en los autos “Lucila Mabel c/ Nación Seguros SA y otro s/ Daños y Perjuicios, Punto V.

debe existir previamente un deber de prevención que habilite al reclamante a petionar, de modo que la acción preventiva presupone siempre un deber de prevención que recaiga sobre la contraria.

A tal efecto, como ya vimos anteriormente, deberá tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial junto a las particularidades señaladas.

Advertimos aquí -una vez más- una diferencia sustancial en cuanto a la aplicación de dichas figuras (deber de prevención y acción preventiva) en el ámbito Civil respecto al derecho Público. Naturalmente, dicha diferencia se sustenta en que las relaciones en el ámbito Civil son entre particulares y el artículo 1710 del Código estipula un deber general de prevención para todos los particulares, sin posibilidad de extender, sin más, ese deber de prevención amplio al Estado.

Las particularidades propias que presenta el régimen de responsabilidad estatal exigen un tratamiento diferenciado y separado de la responsabilidad del ámbito Civil.

Se destaca que las mismas razones que llevaron al dictado de una ley autónoma de Responsabilidad Estatal en el ámbito Nacional que refleje las características y finalidades propias del Estado, son las que sostienen la idea de conceptualizar un deber de prevención estatal distinto a lo dispuesto en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial, en el sentido expuesto anteriormente en el presente trabajo, al cual nos remitimos.

Ahora bien, al igual que lo expuesto respecto a la función preventiva de la responsabilidad, sostenemos que el instituto de la acción de prevención previsto en el Código Civil y Comercial debe ser aplicado al ámbito del derecho público mediante la técnica de la analogía.

Recordamos, tal como sostiene el Profesor Sammartino que la Ley de Responsabilidad del Estado no prohibió la postulación de pretensiones preventivas frente al Estado. Si bien las normas del nuevo Código no resultan aplicables de manera directa o subsidiaria -arts. 1, párr. 3 Ley de Responsabilidad del Estado y 1764 Código Civil y Comercial- nada impide su aplicación analógica. De allí

pues que este dispositivo sustantivo, consagrado en el art. 1711 Código Civil y Comercial y concordantes está llamado a evitar la producción de un daño previsible, originado por la actividad estatal ilegítima, con la menor restricción de derechos. Su prudente utilización -con las modulaciones que impone la analogía- en la medida que no interfiera, ni frustre la satisfacción de los bienes jurídicos que protege el interés público ni el desarrollo de la autotutela declarativa, puede traer fecundos resultados en el ámbito del derecho público, sobre todo en aquello cuanto concierne a la evitación de daños sobre derechos esenciales indisponibles.⁵²

Dicho esto, veremos a continuación los requisitos particulares que presenta la Acción de Prevención y su modulación en el ámbito de la responsabilidad estatal. Los requisitos son: 1) La autoría; 2) La amenaza de daño; 3) La antijuridicidad; 4) El nexo de Causalidad; 5) La posibilidad material de detener la potencial causación del daño⁵³.

10. Los requisitos de procedencia de la acción de Prevención en la Responsabilidad Estatal.

Respecto al primer punto, la autoría, resulta claro que la conducta estatal que ocasione una amenaza de daño debe provenir de la esfera de la Administración Pública, es decir, debe poder imputarse a un órgano estatal de la Administración Pública que su conducta antijurídica (activa o pasiva) produce un peligro de daño.

Cabe destacar que, en lo que respecta a este requisito para la procedencia de la acción preventiva en la responsabilidad estatal,

52 SAMMARTINO, Patricio Marcelo E, "Responsabilidad del Estado..." ob. cit.

53 CNAC, Sala M, "Lucila Mabel c/ Nación Seguros SA y otro s/ Daños y Perjuicios", los presupuestos para la procedencia de estas medidas son: 1) amenaza de daño, entendiéndola como razonable probabilidad de ocurrencia de un daño 2) conducta antijurídica, en faz activa (por acción) y pasiva (por omisión), 3) relación de causalidad adecuada, que acredite la existencia de previsibilidad de ocurrencia de un perjuicio, 4) la posibilidad material de detener la potencial causación del daño, ya que de lo contrario solo quedaría la posibilidad del resarcimiento (indemnización).

debemos hacer referencia -más precisamente- a una imputabilidad en línea con lo estipulado en los artículos 3 y 4 de la ley de responsabilidad estatal.

En referencia al punto 2, la amenaza de daño debe existir una situación concreta, sin embargo el daño debe ser potencial; es decir, la existencia es de la amenaza de un daño, pero esta amenaza resulta ser idónea para la producción de un año; y relacionarse esta potencialidad con el orden normal y corriente de las cosas.

Existe cierto acuerdo en la doctrina en cuanto que esa amenaza de daño debe recaer una "razonable probabilidad" de que efectivamente se ocasione el daño. Este juicio sobre la razonable probabilidad se encontrará en manos del Juez, quien al momento de determinar un caso concreto, deberá meritar su existencia.

En cuanto al requisito de la antijuridicidad si bien debe ser analizado al momento de identificar la existencia de un deber de prevención estatal, también puede ser analizado como requisito de procedencia de la pretensión de la acción de prevención.

Así entonces, para que proceda una acción de prevención del daño deberá existir, en principio, una situación antijurídica (acción u omisión antijurídica), es decir, contraria a las normas.

El hecho generador debe ser ilícito y mediar daño o amenaza de daño.⁵⁴

Respecto al requisito de acción y omisión antijurídica, cabe preguntarse si esta alude a un sentido amplio, o bien, a una idea más restrictiva.

Si acordamos un sentido amplio de antijuridicidad quedarán comprendidas todas las normas -Constitución, leyes, reglamentos, actos, etc.- e incluso los principios generales del derecho y valores consagrados por aquellas. Por el contrario, si sostenemos una idea restrictiva del concepto de antijuridicidad podríamos tener de referencia, por ejemplo, el concepto utilizado en la ley de responsabilidad del Estado para la responsabilidad por omisión, esto es, el incumplimiento de un deber normativo, expreso y determinado.

54 Galdós, Jorge M., Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales, La Ley 12/10/2017, AR/DOC/2479/2017, p.7.

En el derecho privado parecería prevalecer la primera visión, la antijuridicidad en sentido amplio, esgrimiendo los civilistas que el análisis de la antijuridicidad debe tener por referencia al orden jurídico respectivo en su totalidad incluyendo así los valores y principios privilegiados por aquél. Tal es el criterio mayoritario.⁵⁵

Sostenemos, contrario a ello, que en el ámbito del derecho público, la antijuridicidad debe ser valorada con el criterio propio que contempla la ley de Responsabilidad Estatal (Ley N° 26.944), en coherencia con lo estipulado por la Corte Suprema en los fallos que sirvieron de precedente para crear el sistema de la responsabilidad estatal, como así también para respetar la tarea realizada por los legisladores y los valores propios que se han tenido en cuenta para dicha labor.

Además de ello, sostenemos esta postura al compartir en un todo con el criterio utilizado en la ley N° 26.944 el cual ha reflejado de manera razonable y -sobre todo- justas particularidades que presenta este tipo especial de responsabilidad; en particular en cuanto al respeto de su carácter objetivo, directo, autónomo y local y al enfoque integrador y de respeto del principio de “reserva de lo posible”.

De esta manera, consideramos que al momento de analizar el requisito de “antijuridicidad” para la procedencia de la acción de prevención del daño en la responsabilidad estatal, deberá contemplarse lo estipulado en el artículo 3 inciso d) de la Ley N° 26.944, el cual establece que: *“Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima... d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado...”*

Por otro lado, se destaca que, la antijuridicidad como requisito para la procedencia de la acción preventiva es el principio general; sin embargo, sostenemos que puede proceder dicha acción cuando mediante la conducta legítima estatal se produce un daño innecesario o excesivo.

⁵⁵ Jorge W. Peyrano, La acción preventiva, LexisNexis Abeledo-Perrot, p. 66, citado en la obra señalada.

Asimismo, sólo en casos de extrema gravedad, donde las situaciones planteadas pudieran evidenciar un estado de vulnerabilidad absoluta cuya dignidad se encuentre seriamente comprometida podríamos llegar a sostener la viabilidad de que proceda una acción de prevención frente al Estado por su actividad legítima.

En el ejercicio de las funciones que le han sido conferidas a la administración pública es probable que se ocasionen amenazas o peligros de daños asiduamente, por lo cual, de sostener la procedencia de la acción de prevención frente a su accionar lícito, de manera imprudente, se corren serios riesgos de paralizar a la administración y, en consecuencia, impedir la satisfacción directa e inmediata del interés público.

Cabe destacar que la acción preventiva del daño en el Código Civil se dirige -en principio- hacia aquel que puede evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento del posible daño, sin embargo, puede ser destinada -en ciertos casos- hacia aquel que no ha ocasionado la posibilidad del daño pero puede contribuir a evitar el mismo.

Entendemos que aquí existe otra diferencia con el régimen de la responsabilidad Estatal. El criterio mencionado en el párrafo precedente debe ser valorado con suma prudencia, de lo contrario podrían llegar a darse situaciones injustas en donde el Estado Nacional se convertiría en garante de evitación de todo tipo de daños, en cualquier circunstancia.

El criterio amplio contemplado en el Código Civil respecto a que el deber de prevención recae en todo aquel que se encuentre en condiciones de evitar la producción del daño -independientemente de si haya provocado el riesgo de este- resulta improcedente cuando se intenta depositar la obligación de prevenir en cabeza del Estado.

Aquí, sostenemos -una vez más- que el Estado va a generar acciones de prevención de los daños sólo cuando recae sobre él un deber de prevención, y este último aparecerá, principalmente, cuando exista un obrar estatal antijurídico (ya sea por acción u omisión). De esta manera no podrá sostenerse que el Estado tiene la obligación de prevenir los daños porque está en condi-

ciones de hacerlo, simplemente porque el Estado (desde una visión amplia) siempre estaría en condiciones de intervenir en lo fáctico; dicho criterio se encuentra fuera de toda lógica y, sobre todo, del sistema propio que informa a la responsabilidad estatal.

Queda claro entonces, que el deber de prevención que aparece en cabeza de los particulares (receptado por el artículo 1710 del Código Civil) es naturalmente distinto y presenta fuertes diferencias con el deber de prevención del Estado de evitar los daños.

Siendo de naturaleza distinta el deber de prevención en el ámbito Civil del que puede presentarse en el mundo jurídico público, va a ser diferente -también- la aplicación de la herramienta de pretensión procesal (acción de prevención) mediante la cual se intenta concretizar dicho deber.

Respecto al requisito del nexo de causalidad adecuada entendemos que no hay aquí diferencias con lo exigido en el ámbito Civil.

De esta forma, la acción de prevención tanto en plano civil como en el de la responsabilidad estatal va a requerir una vinculación entre la conducta (activa o pasiva) estatal antijurídica y la amenaza o peligro de daño en los particulares o sus bienes.

Dicho vínculo será valorado según lo que se denomina “nexo de causalidad adecuada”, es decir, realizando un juicio de probabilidad teniendo en cuenta lo que sucederá según “el curso normal y habitual de las cosas”.

De esta manera, al analizar la procedencia -o no- de la acción de prevención, en lo que aquí interesa, frente al Estado, se deberá analizar si la acción u omisión antijurídica que ha realizado (o está realizando) el Estado se vincula de manera adecuada con un probable daño.

Por su parte, respecto al requisito de procedencia relativo a la posibilidad material de detener la potencial causación del daño, se ha sostenido que, si no existiera tal posibilidad, ningún sentido tendría la acción preventiva, ya que quedaría solo por acudir a la tutela resarcitoria, a fin de que el responsable del perjuicio indemnice a la víctima el daño injustamente sufrido por ella.⁵⁶

⁵⁶ CNAC, Sala M, “Rodríguez Lucila Mabel c/ Nación Seguros S.A. y

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 1712 del Código Civil y Comercial establece que: “*Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*”.

Dicha fórmula amplia presenta algunos inconvenientes cuando el legitimado pasivo resulta ser el Estado, llegando al punto contradictorio de exigirse una legitimación mayor para ser parte en un expediente administrativo (requiriendo un derecho subjetivo o interés legítimo) que en un expediente judicial.

Consideramos que la legitimación para interponer una acción de prevención frente al Estado debe ser fundada en la afectación de un derecho subjetivo. Es decir, la conducta antijurídica estatal debe generar una amenaza de daño a un particular o sus bienes, conllevando un derecho subjetivo a que no se genere un daño en cabeza de quien peticona.

Por último, destacar que la pretensión consistirá en lograr una sentencia que ordene la prevención definitiva del daño o bien el cese del daño que está produciendo, posibilidad esta última que tendrá repercusiones en una futura o concomitante pretensión resarcitoria que puede asistir en este caso al afectado.⁵⁷

11. Conclusiones.

i) En el ámbito de la responsabilidad civil coexisten dos funciones de la responsabilidad. Por un lado, se encuentra la función resarcitoria, la cual tiene como objetivo reparar un daño una vez ocasionado; y por el otro, la función preventiva que tiene como objetivo evitar que el daño se produzca, disminuir la magnitud o no agravar el daño ya producido.

ii) La función preventiva en la responsabilidad civil se refiere a un conjunto de actividades con finalidad común, tendiente

otro s/ Daños y Perjuicios”, cf. Calvo Costa, C., “La Prevención: la otra cara de la responsabilidad civil...”, LL, RCyS 2018- III, 20.

⁵⁷ RAMIREZ, Amable Valentina, BASALDUA, Graciela y ACEVEDO, Adriana, “La Acción preventiva de daños prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación, en obra colectiva citada, p. 503.

a evitar o disminuir los daños que, por cualquier clase de hechos ilícitos, pueden sufrir las personas y los bienes.

iii) La función preventiva del daño, expresa el conocido principio de que siempre “es mejor prevenir que curar”.

iv) La prevención del daño es más eficaz y preferible que la reparación del daño, destacando que el principio de “no dañar” no establece “no dañar indemnizando”, sino, principalmente buscando todos los medios para que el daño no se produzca.

v) La función preventiva radica en la idea de que la reparación del daño ocasionado tiende a ser deficiente; es decir, una vez producido el daño la función resarcitoria no logra una respuesta acabada frente a las consecuencias emanadas de ese daño sufrido, especialmente frente a los derechos personalísimos o derechos fundamentales indisponibles.

vi) La función preventiva es predicable también en el ámbito de la responsabilidad del Estado, debiendo coexistir con la típica función resarcitoria de la responsabilidad estatal consagrada, principalmente, en la Ley N° 26.944.

vii) La función preventiva es compatible y exigible con los fundamentos y particularidades propias que presenta la responsabilidad del Estado. La prevención del daño es compatible y exigible con los principios y valores que informan al Estado Constitucional vigente en la República y a la idea de justicia, y a los principios que derivan de ellos.

viii) Los fundamentos que informan a la prevención en la responsabilidad civil resultan plenamente aplicables a la responsabilidad estatal, destacando que la aplicación del instituto de la prevención debe hacerse armonizándolo con los principios de derecho público, y con los fundamentos y lineamientos que establece la Ley de Responsabilidad Estatal (Ley N° 26.944).

ix) La función preventiva de la responsabilidad estatal tiene como misión la *optimización* del principio *neminem laedere*, principio de raigambre Constitucional del deber de no dañar. Mediante este principio, primero se debe buscar que el daño no se ocasione, y luego, en caso de resultar imposible la evitación del daño, que éste sea reparado.

x) La finalidad de la función preventiva de la responsabilidad del Estado comprende al conjunto de actividades emanadas de la Administración Pública tendientes a evitar, disminuir o no agravar los daños (de fuente ilegítima, o de origen legítimo en los casos en que el daño sea innecesario) que pudieran sufrir los particulares en el ejercicio de la función administrativa.

xi) La función preventiva de la responsabilidad estatal implica un beneficio para toda la sociedad ya que evita sufrimientos y tiende a la paz social, como así también se presenta como una herramienta útil que ayuda a evitar dispendios económicos, siendo tal cuestión, relevante, atento el carácter limitado de fondos y recursos del Estado y la necesidad de que sean destinados al logro de sus fines públicos.

xii) La función preventiva de la responsabilidad del Estado no es absoluta. La prevención en el Derecho Civil se inmiscuye en las libertades de los particulares, mientras que en el Derecho Administrativo repercute directamente en la potestad de actuar -o no actuar- que tiene el Estado en el ejercicio de la función administrativa, paralizando al mismo.

De esta manera, debe analizarse este instituto con suma prudencia, ya que se presenta como un arma de doble filo, en tanto bien utilizada resulta una herramienta indispensable, pero mal utilizada puede resultar el peor de los males; siendo peor el remedio que la enfermedad, ya que paralizaría la concreta satisfacción de los intereses generales.

Frente a ello es menester analizar la necesidad y razonabilidad en cada caso particular, teniendo en cuenta el contexto concreto, tiempo, modo y lugar; evitando criterios generales y abstractos que pueden llevar a soluciones injustas.

xiii) La función preventiva del daño en la responsabilidad estatal debe analizarse dentro del principio de reserva de lo posible, como así también de acuerdo con las normas de Derecho Administrativo y no a las del Derecho Civil.

xiv) La función preventiva de la responsabilidad estatal tiene fuente Constitucional y Convencional. De esta forma, la prevención encuentra su fuente normativa en los artículos 16, 19, 28, 43,

75 inc. 22 y 99 inc. 1 de la Constitución Nacional; en los artículos 1, 8, 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; y en el artículo 7 en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”.

xv) La función preventiva del daño de la responsabilidad estatal es una derivación secuencial necesaria no solo de las normas Constitucionales y Convencionales, sino también que es consecuencia de la aplicación analógica del régimen de la responsabilidad Civil al ámbito de la responsabilidad del Estado.

xvi) La función preventiva de la responsabilidad estatal como institución surge como corolario del Estado Constitucional de Derecho y es compatible con sus valores.

De esta forma, la función preventiva del daño surge como consecuencia de la evolución que tuvo el modelo jurídico de Estado, el cual pasó de un Estado formal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

Así, toda la teoría de la responsabilidad del Estado, en busca de la adecuada protección de la dignidad humana, y asegurando el efectivo respeto de los derechos fundamentales que son inherentes a ella, necesariamente expande su misión surgiendo así, la idea de la prevención de los daños.

xvii) El deber de prevención de los daños en cabeza del Estado debe analizarse desde las ideas rectoras que inspiraron la Ley de Responsabilidad del Estado (Ley N° 26.944), anudada con la garantía fundamental a la tutela judicial efectiva.

De esta forma, el deber de prevención en la responsabilidad estatal es objetivo y directo.

xviii) Para que exista un deber de prevención del Estado debe existir previamente, como principio, una actuación estatal antijurídica, es decir, contraria al régimen normativo aplicable.

En los casos de actividad legítima del Estado, el deber de prevención estatal gira en torno a que el daño que se cause sea el estrictamente necesario, evitando daños excesivos o innecesarios.

Si bien en la prevención del daño en el Código Civil resulta irrelevante el factor de atribución, en virtud de las particularidades que presenta la responsabilidad estatal, y a los fines de un adecuado y justo tratamiento debido al interés público comprometido, debe tenerse en cuenta el factor de atribución típico de este tipo de responsabilidad.

En esa línea, el deber de prevención estatal del daño procede cuando una conducta del Estado se encuadra en una falta de servicio y, producto de ello se amenaza de daño a los particulares; o bien, cuando la conducta estatal legítima exige un sacrificio especial a los particulares ocasionando un daño más allá de lo estrictamente necesario para llevar adelante su finalidad de interés público.

El deber estatal de prevenir los daños ante una omisión se dará ante la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Así, el Estado tendrá el deber de prevenir un daño, con la consecuente realización de una conducta activa con la finalidad de evitar que el daño se produzca, cuando exista un mandato expreso y determinado derivado de una norma.

Por otro lado, en la función preventiva de la responsabilidad del Estado, adiferencia de lo que establecen los artículos 3 y 4 de la Ley N° 26.944, el daño se presenta como previsible, no como un daño actual.

xix) Para que se origine un deber en cabeza del Estado de prevención de los daños por su conducta (activa o pasiva) es necesario que exista un vínculo entre dicha actuación estatal y la amenaza de un daño. La necesidad de existencia de un nexo de causalidad radica en la circunstancia de poder asegurarse que no se le atribuya al Estado el deber de prevenir un daño como consecuencia de una conducta que amenaza un daño realizada por otra persona.

xx) La acción de prevención es la herramienta mediante la cual se busca principalmente evitar un daño, ya sea este nuevo, repetido, agravado o persistente. Con esta herramienta se persigue impedir un perjuicio evitable y, además, evitar todo lo negativo que conlleva al acaecimiento de un evento dañoso, principalmente para la víctima.

xxi) La acción de prevención es una técnica anticipatoria, y su razón de ser es anticiparse a la producción de daños previsibles.

Los requisitos para la procedencia de la acción de prevención son: 1) la autoría; 2) la amenaza de daño; 3) la antijuridicidad; 4) el nexo de Causalidad; 5) La posibilidad material de detener la potencial causación del daño.

Respecto a la autoría, debemos hablar mejor de una imputabilidad en línea con lo estipulado en los artículos 3 y 4 de la Ley de responsabilidad estatal. Resulta claro que la conducta estatal que ocasione una amenaza de daño debe provenir de la esfera de la Administración Pública, es decir, debe poder imputarse a un órgano estatal de la Administración Pública que su conducta antijurídica (activa o pasiva) produce un peligro de daño.

En referencia a la amenaza de daño, debe existir una situación concreta, sin embargo, el daño debe ser potencial; es decir, la existencia es de la amenaza de un daño, pero esta amenaza resulta ser idónea para la producción de un daño. Esa amenaza de daño debe recaer en una "razonable probabilidad" de que efectivamente se ocasione el daño. Este juicio sobre la razonable probabilidad se encontrará en manos del Juez, quien, al momento de determinar un caso concreto, deberá meritar su existencia.

En cuanto a la antijuridicidad debe ser valorada con el criterio propio que contempla la Ley de Responsabilidad Estatal (Ley N° 26.944), en coherencia con lo estipulado por la Corte Suprema en los fallos que sirvieron de precedente para crear el sistema de la responsabilidad estatal, como así también para respetar la tarea realizada por los legisladores y los valores propios que se han tenido en cuenta para dicha labor.

En cuanto a la existencia de un nexo de causalidad, dicho vínculo será valorado según lo que se denomina "nexo de causalidad adecuada", es decir, realizando un juicio de probabilidad teniendo en cuenta lo sucederá según "el curso normal y habitual de las cosas".

Asimismo, ese nexo de causalidad presenta la nota típica de ser *ex ante*, debiendo analizar su existencia realizando un juicio de probabilidad de acuerdo con lo que podría llegar a suceder, antes de que el daño se produzca.

De esta manera, al analizar la procedencia -o no- de la Acción de Prevención, frente al Estado, se deberá analizar si la acción u omisión antijurídica que ha realizado (o está realizando) el Estado se vincula de manera adecuada con un probable daño.

Comentarios acerca del agente público en el estado constitucional de derecho

Miriam M. Ivanega

I. Introducción

Hemos sostenido con anterioridad que resulta incongruente e ineficaz diseñar modelos de función pública, aislados y separados de la organización, la estructura y los fines del Estado¹.

Justamente, es la ausencia de políticas públicas integrales la causa que impide construir un camino que lleve a ponderar la eficacia y la eficiencia de la gestión pública a partir de la actuación del agente público.

Si bien excede a este trabajo abordar el tema desde una perspectiva económica-social, no podemos negar la relación estrecha que existe entre el empleo público y el empleo privado, y la incidencia de factores como los índices de subocupación o desocupación laboral y la activación (o no) de economías regionales o sectoriales².

1 Ivanega Miriam M. Empleo Público, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2019, capítulo I.

2 Este trabajo está basado en el trabajo presentado para la Obra Colectiva en Homenaje al profesor uruguayo Augusto Durán Martínez. Allí sostuvimos que sería dar un paso en falso negar la importancia que tiene revisar los criterios tradicionales del empleo público que ponían énfasis en la potestad de la Administración, pues existe la necesidad de realizar un análisis sisté-

Es decir, ya sea por las particularidades económicas y sociales de una región o por una situación de crisis de similar naturaleza, el empleo público ha sido uno de los instrumentos más directos al que acudieron los gobiernos a través del tiempo, para evitar las nefastas consecuencias de la falta de trabajo en la actividad privada³.

Esta realidad no es desconocida por los operadores económicos y jurídicos, por el contrario, ha sido puesta de manifiesto en diversos estudios e investigaciones oficiales y es motivo constante de revisión en la mayoría de los países, llegando a mostrarse que los mayores índices de ocupación en el ámbito público, no necesariamente se concilia con el menor grado de desarrollo económico.

Por estas razones y sin perjuicio de reconocer que estamos frente a una materia que es objeto de investigación y revisión interdisciplinaria, desde la óptica del derecho público se nos presenta con un significativo casuismo, que refleja los errores y las ineficacias de las políticas adoptadas en esta materia.

Sin embargo, esta realidad no constituye un obstáculo para retomar el análisis del empleo público bajo la visión del Estado Constitucional de Derecho, perspectiva que, en esta ocasión, nos remite a algunos sus requisitos ya conocidos y otros que comienzan a ser incorporados progresivamente. Sobre ello nos ocuparemos a continuación.

mico del tema que incluya los derechos de los agentes públicos y el objetivo de sus servicios, esto es la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esa visión es coincidente con el criterio que el profesor Rodríguez Arana Muñoz formulara en relación al derecho administrativo: “el lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el Derecho Administrativo” (Rodríguez-Arana Muñoz Jaime, Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano en Revista de Direito Administrativo & Constitucional, año 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012 Belo Horizonte, pp. 13-50).

3 Recomendamos ver Ruocco Graciela, Trabajo de los funcionarios públicos y Derecho General del Trabajo en “Presente y futuro de los funcionarios públicos en Iberoamérica”, Editores Carlos E. Delpiazzi Natalia Veloso Giribaldi, La Ley Uruguay, 2021, pp. 207-233

II. Idoneidad y capacitación

Ambos requisitos, históricamente, fueron considerados esenciales en la construcción de la función pública.

La evolución del Estado de Derecho supuso la concretización de esas condiciones, por lo menos en el plano teórico, porque la realidad nos muestra que esas exigencias fueron desplazadas por el favoritismo y clientelismo político.

Esto muestra que la gestión pública padece de graves deficiencias en la conformación de los modelos de función pública, producto –entre otros factores- de la falta de un análisis sistémico.

La complejidad de la gestión pública influida por factores políticos, económicos, climáticos, sociales, culturales, religiosos y por los efectos propios de la globalización y del avance tecnológico, impone el replanteo de los instrumentos aplicables a la organización pública, entre los que se encuentran las capacitaciones de los agentes públicos.

Para ello hay que considerar que las prioridades que imponen la consagración y el ejercicio de los derechos fundamentales, el deber de su satisfacción por parte de todos los poderes estatales, la cercanía del ciudadano con las instituciones públicas, han marcado cambios significativos en la organización del Estado y, particularmente, de la Administración pública, a quien se le exige, en forma directa, prestaciones eficaces y oportunas.

El concepto de idoneidad

Tanto el trabajo público o privado requieren la idoneidad para ejercerlo, aunque en el ámbito del empleo público esa condición adquiere un especial alcance en atención al interés público involucrado.

Quienes se desempeñan en los poderes del Estado deben ser idóneos, requisito que el ciudadano tiene derecho a exigir y que significa ser “adecuado y apropiado para algo”⁴, vinculándose

4 Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2021.

con la aptitud para ejercer una función, conforme a las normas y a los objetivos de ésta.

Se presentan dos especies de idoneidad, la técnica y la moral, las que indudablemente van unidas.

La primera implica conocimientos suficientes para cumplir con la función, resultando ser responsabilidad del agente, que se entiende idóneo, la veracidad sobre esas condiciones, como también de quien lo designa, de comprobar que las reúne. Su contenido va unido a las nociones de profesionalización y mérito.

La idoneidad moral se la identifica con el cumplimiento de las normas éticas y con la exigencia a los empleados públicos de que sirvan a los intereses generales de la organización⁵.

En palabras del profesor uruguayo Rotondo Tornería, “la Administración ética no solo pasa por la honestidad, sino también por la calidad y perfección del trabajo, por el adecuado clima laboral y la debida atención al ciudadano”⁶.

Por eso, en el comportamiento de acuerdo al derecho es síntoma de conducta: la desviación de poder, la arbitrariedad, la motivación ausente o sesgada, son manifestaciones de conductas éticamente reprochables. “La clave del cumplimiento de la misión de servicio público de los funcionarios radica en convicciones éticas que tienen su explicación, más allá del Derecho y su cuidada observancia, en la Ética pública como parte de la Ética general, cuya enseñanza no sería superflua en los cursos de formación de los funcionarios públicos. Volvemos así a ponderaciones clásicas, trátase del imperativo ético, o más inteligible para una antropología realista, de la virtud que hace al hombre feliz, contento con lo que hace y por qué y para qué lo hace, consciente de la lealtad a una

5 Ampliar en Comadira, Julio Rodolfo: “Regulación jurídica de la ética pública (con particular referencia al ámbito nacional”, en: Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios, 2ª ed. Buenos Aires, 2003.

6 Rotondo Tornería Felipe, “La conducta debida del funcionario público”, en DELPIAZZO, C.E. (Coordinador) Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo. F.C.U. Montevideo, 2012, p. 149

misión que vale la pena desarrollar”⁷.

De esta forma confirmamos que la exigencia de la integridad del agente público (que abordaremos más adelante) forma parte “necesaria” de la idoneidad.

A partir de ese eje interpretativo, a nuestro criterio la implementación de sistemas que reconozcan y garanticen la idoneidad asegura:

a) *la eficiencia de las funciones a cumplir y la satisfacción de las necesidades de la organización y de la sociedad;*

b) *que se evite el clientelismo político en la cobertura de los cargos y*

c) *la motivación del agente público (“merece el cargo” y ello es reconocido) que a su vez tiene un efecto directo sobre la eficiencia*⁸.

Por esas causas, tal requisito debe ser exigido a todo funcionario público, cualquiera sea su categoría, forma de designación, ubicación jerárquica. Nadie que se desempeñe en las filas del Estado puede estar exento de cumplir con los conocimientos y las aptitudes necesarias para desarrollar sus funciones conforme a los principios de juridicidad, eficacia, transparencia.

2. Carrera administrativa, capacitación, profesionalización y mérito

El catedrático español Garrido Falla, aludiendo al modelo español vigente en la década de 1990, expresaba que había dos principios o notas propias a la función pública de toda Administración desarrollada: el acceso a la función pública de acuerdo al principio de mérito y capacidad de los aspirantes y la existencia de una carrera administrativa que ofreciera estabilidad y permanencia. “Todas las demás notas son accidentales, en el sentido de que responden a las características y a la historia de cada país en

7 Meilán Gil José Luis. Buen gobierno y ética en la Administración Pública en *Buen Gobierno y Ética en la Administración Pública*, Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, México, 2013, pp. 123-125.

8 Ivanega Mirian M. Empleo Público, capítulo II

particular”⁹.

Recuérdese que uno de los pilares del modelo burocrático, es la posibilidad de poner en práctica el principio de la especialización de las funciones administrativas, de acuerdo a regulaciones estrictamente objetivas; es decir, que las actividades sean confiadas a funcionarios especializados -que con la práctica aprenderían cada vez más- para permitir la resolución “objetiva” de los asuntos.

La burocracia de esta forma concibe una Administración altamente racionalizada y con un criterio de máxima eficiencia técnica; una organización jerárquico-autoritaria, entendida como modo ideal y dotada de una especialidad técnica superior a cualquier otro tipo de organización¹⁰.

En consecuencia, se presenta como una dominación mediante el conocimiento, dato que la hace racional.

Pero es justo admitir que tales exigencias no son exclusivas de la burocracia, porque también están presentes en otros modelos organizacionales. Así, por ejemplo, la profesionalización del cuerpo de funcionarios es un elemento de la Nueva Gerencia Pública (NGP) escuela que -entre otros aspectos- considera esencial reducir el clientelismo y la politización de la alta burocracia, sin aislar a los funcionarios públicos de la necesaria supervisión democrática de los políticos y de la sociedad.

9 Garrido Falla Fernando, *Reformas de la función pública*, Madrid, 1995, p.31.

10 Acerca de si la burocracia es un “tipo ideal” HARMON Y MAYER entienden que “Un tipo ideal es antes que nada una construcción mental. Todos los comentaristas de la obra de Weber lo repiten, pero vale la pena reiterarlo: “ideal” se refiere sólo a “idea”, a la mente y no tiene absolutamente nada que ver con un juicio normativo. ...Un tipo ideal es una especie particular de construcción mental que hace al mundo racional e inteligente. Weber argumenta que el propósito de todas las ciencias, exactas o no, es darle al mundo un sentido racional. El tipo ideal es una herramienta que los científicos sociales utilizan para ello y que cada uno de ellos en realidad ya emplea. El propósito de Weber, como él mismo aduce, es simplemente hacer explícito el uso de tal herramienta”. En HARMON MICHAEL Y MAYER RICHARD, *Teoría de la organización para la Administración Pública* Fondo de Cultura Económica, México, 1999, 106/107. Ver también en ese sentido MANUEL GARCÍA PELAYO, *Burocracia y tecnocracia*, Editorial Alianza Universitaria, Madrid, 1974, 15 y ss.

Ahora bien, debe entenderse que para la NGP el grado de profesionalización de la administración pública, no será el mismo para todo el funcionariado. No se adopta un patrón único de régimen jurídico o de contratación, tratando a los funcionarios por igual en términos de derechos y deberes, pues supone que parte de las actividades públicas puedan ser realizadas por profesionales que no necesariamente revistan el carácter de funcionarios públicos.

A partir de la valoración de la idoneidad y su contenido en todo tipo de organización, cabe entonces considerar el rol que le corresponde a la carrera administrativa en la estructura de una función pública del siglo XXI, en particular porque a través de ella se demuestra la idoneidad de los agentes.

En primer término, corresponde admitir que se está frente a un derecho de quienes gozan de estabilidad, que tienen la posibilidad de progresar regularmente dentro de las clases, grupos o categorías previstos, cumpliendo con las condiciones y requisitos fijados por la norma legal.

Una vez ingresado en la función pública (de acuerdo a los procedimientos o sistemas legales) el agente se incorpora a la organización en la que, normalmente, desarrollará su vida profesional. Esta situación es la que le permite la progresión en la estructura (ascensos por mérito e incluso por antigüedad) y en su caso, la progresión económica y social.

Sin embargo, ese carácter vitalicio que se manifestaba en la carrera administrativa, dejó de ser la regla para pasar a ser la excepción, a partir de la movilidad de los profesionales y la flexibilidad laboral¹¹.

Es por ello, que la transformación de los esquemas de empleo público y la eliminación progresiva de modelos de estabilidad, ha influido negativamente en la carrera administrativa: la precarización del empleo público convierte al ejercicio de los derechos en una utopía.

En síntesis, estamos convencidos que deben superarse los criterios que analizan la carrera administrativa desde ópticas

11 Sánchez Morón Miguel, *Derecho a la función pública*, Tecnos, Madrid, 9na. Edición, 2016, pp. 163-164

sesgadas y parciales, ya que se está ante una herramienta de gestión eficiente.

La cobertura de cargos con personal que se perfecciona y capacita, constituye un instrumento que excede el ámbito interno de la organización, pues la progresión jerárquica del agente incide a su motivación en el desarrollo de sus funciones, aspecto que redundará en beneficio de aquella y de los ciudadanos.

Por último, como indicamos, en el tema están presentes la profesionalización y el mérito.

“Profesión” es el arte de profesar, es decir “ejercer una ciencia, un arte, un oficio, etc.” (Real Academia Española- Vigésima segunda edición). El empleado público hace de su actividad una profesión, se perfecciona para cumplir con ella (particularidad destacada por el modelo burocrático antes comentado); lo que redundará en beneficio de la Administración.

Esta profesionalización, se logra a través de la capacitación y del incentivo a recorrer en forma ascendente la carrera administrativa, cuya base a su vez la constituye el mérito. Por eso los concursos de selección de personal suponen una valoración comparativa de los méritos de los candidatos.

Un claro sustento de esta condición se ve reflejada en la Carta Iberoamericana de la Función Pública, que instituye como principio rector de todo sistema de función pública al “mérito, desempeño, capacidad como criterios orientadores del acceso, la carrera u las restantes políticas de recursos humanos” (punto 8).

Se entiende que un sistema meritocrático conlleva elementos que combaten la arbitrariedad, el nepotismo y el clientelismo político. Como atributo del empleo público, se convierte en un conjunto de garantías formales cuyos efectos positivos se producen proyectándose en las necesidades y expectativas de la sociedad.

En esta relación idoneidad, mérito, profesionalismo, la gestión de los recursos humanos deben garantizar en forma adecuada “la búsqueda, la elección, el estímulo y la recompensa de los mejores en cada caso”.

En realidad, organizaciones públicas y privadas necesitan de la

meritocracia no solo para proteger a ciudadanos y prevenir actos corruptos, sino también para producir los mejores resultados de acuerdo a las estrategias y objetivos de cada una.

Es cierto que ningún sistema de empleo asegura por sí mismo la presencia de esas condiciones, pues en el marco de la flexibilización laboral e incluso en la elección directa de quienes ocupan cargos directivos vinculados directamente con las áreas políticas se puede -y debe- exigir la máxima idoneidad. Pero, la experiencia demostró que no siempre el mérito constituyó una exigencia cumplida.

3. Idoneidad y nacionalidad en la Administración Pública. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.

En línea con lo expuesto, el desempeño en la Administración pública de un país plantea retos que, si bien no son nuevos, merecen ser analizados con una visión renovada.

Uno de esos desafíos se presenta respecto a la nacionalidad, requisito que sin perjuicio de las previsiones que fijen las Constituciones, comienza a ser considerado a la luz de los tratados de derechos humanos y el principio de igualdad.

¿La exigencia de la nacionalidad es una condición de idoneidad? ¿El principio de igualdad aplicable a la situación de nacionales y extranjeros, es extensivo a los casos de la función pública?

La justicia argentina ha dado respuesta a ello, en algunos interesantes precedentes.

A nivel legal (en el ámbito nacional) el artículo 4° inciso a de la Ley 25.164 establece que el ingresante en la Administración Pública, debe acreditar “ser argentino nativo, por opción o naturalizado”. Las excepciones a dicha condición tienen que ser evaluadas por el Jefe de Gabinete de Ministros, previa “fundamentación precisa y circunstanciada de la jurisdicción solicitante”.

Aunque la norma es clara, su compatibilidad con los pactos de derechos humanos generó sustanciales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos “Cal-

vo y Pesini”¹² “Hooft”¹³, “Gottschau”¹⁴ y “Mantecón Valdés”¹⁵, “Perez Ortega”¹⁶, los que reconocen un denominador común: una

12 C.S.J.N., “Calvo y Pesini Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo”. Fallos 321:194 (1998). Rocío Calvo y Pesini, de nacionalidad española, psicóloga, inició acción de amparo contra la Provincia de Córdoba a fin de que se abstenga de aplicar el artículo 15 inciso a de la ley provincial 7625 que impide el ingreso, reingreso o reincorporación al Régimen de Personal que integra el Equipo de Salud Humana, a quienes no cumplan con el requisito de ser argentinos.

13 C.S.J.N., “Hooft Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” Fallos 327:5118 (2004). Pedro Cornelio Federico Hooft promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener que se declarara la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 177 de la Ley Fundamental de dicha Provincia, por ser contraria a la Constitución Nacional, por cercenar su derecho a ser juez de Cámara —o eventualmente de casación— al requerir, para acceder a tal cargo, “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”. El actor, nacido en Utrecht, Holanda, había obtenido la nacionalidad argentina en 1965. Por decreto 1611/76, fue designado titular del Juzgado en lo Penal N° 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata, confirmado por Decreto 1151/84.

14 C.S.J.N., “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” Fallos 329:2986 (2006). Evelyn Patrizia Gottschau, de nacionalidad alemana, inició acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, solicitando se revoque la Resolución N° 214/99 del Consejo de la Magistratura, que rechazó, a su vez, la impugnación formulada al Acta 24/99, por la cual le denegó su solicitud de inscripción en el Concurso para la selección de Secretarios del Poder Judicial de la Ciudad, en razón de no cumplir con los recaudos previstos en la Resolución 93/99, apartado 10.1.4. RC, vinculado a ser argentino nativo o naturalizado.

15 C.S.J.N., “Mantecón Valdés Julio c/ Estado nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Resolución N° 13/ IX/04 (concurso biblioteca) (recurso de hecho)”. Fallos 331:1715 (2008) Julio Mantecón Valdés, de nacionalidad cubana, cuestionó la resolución por el cual se denegó su inscripción en el concurso convocado para cubrir 3 cargos de auxiliar en la biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dado la exigencia de contar con el requisito de ser argentino.

16 C.S.J.N. “Pérez Ortega Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público” del 21 de febrero de 2013. Fallos 336:131 (2013). El Presidente de la Cámara de Diputados de la Nación había resuelto revocar la designación de la actora en un cargo de planta permanente, porque no cumplir el requisito de ser argentina, exigido en el artículo

situación de discriminación del extranjero producto de una norma legal (que exige determinada nacionalidad)¹⁷.

De tales decisiones surge que:

1. *La Constitución Nacional no distingue entre nacionalidad y ciudadanía y, desde la perspectiva gramatical, utiliza ambos términos como sinónimos.*
2. *La Constitución Nacional, exige la condición de ser argentino nativo o ser hijo de ciudadano nativo, en el caso de haber nacido en el país extranjero, en los casos del presidente y del vicepresidente (artículo 89), no así para los legisladores, los jueces de la Corte Suprema, los jueces nacionales y el resto de los funcionarios o empleados.*
3. *El artículo 16 de la Constitución Nacional¹⁸ consagra el re-*

7°, inc. d de la ley 22.140 para el ingreso a la Administración Pública Nacional. La accionante solicitó la declaración de nulidad de dicho acto e indemnización por despido incausado.

17 Otro precedente para destacar es la causa “Lavados Bello, Iris Doemi y Otra c/ Chubut, Provincia del s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”. Fallos 331:2777 (2008). La actora (una profesora especializada en Educación Básica de Adultos, de nacionalidad chilena, naturalizada argentina desde 1984) y la “Asociación por los Derechos Civiles”, promovieron una acción declarativa de certeza contra la provincia de Chubut, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del art. 30, incisos a y d del decreto-ley local 1820 (Estatuto del Docente), que establecía como requisitos indispensables para ejercer un cargo docente en las escuelas de frontera de la provincia, el ser argentino nativo y tener menos de cuarenta años de edad. Entendieron que ello contravenía los derechos garantizados por los arts. 14, 16, 20 de la Constitución Nacional y el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien por el voto de la mayoría se rechaza la presentación, al entender que la materia traída a debate es propia del ámbito del derecho público local y, por lo tanto, ajena a la competencia originaria, la disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Zaffaroni, remiten a las conclusiones de la Procuración Fiscal, señalando “que al ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal -cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la actora- el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte”.

18 Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra con-

conocimiento pleno de los derechos de los extranjeros al ejercicio de su profesión.

4. En casos donde no están comprometidos los derechos civiles, sino el acceso al empleo público, no resulta aplicable el artículo 20 de la Constitución Nacional¹⁹, sino el 16° antes citado, pues éste impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no obsta a que existan diferencias legítimas. La igualdad en términos constitucionales, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.
5. El concepto de idoneidad en el empleo público *supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser establecidos por la ley o el reglamento*. Se separan la aptitud técnica, física y en particular la moral de otras como la ciudadanía; las primeras configuran exigencias de carácter genérico; mientras que la ciudadanía, es predicable para determinadas funciones, *ya que no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos*.
6. Agregó que *la renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando están en juego derechos de contenido patrimonial y no aquéllos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad...* (Fallos 279:283).
7. Frente a preceptos tan explícitos como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

dición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

19 Art. 20.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República

Políticos —equiparados jerárquicamente a la Constitución Nacional por el artículo 75° inciso 22—, una norma legal que establece respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”), y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor), *se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique*.

8. Cita como antecedente destacable que *la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el “origen nacional”), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (conf. Bossuyt, Marc en PettitiLous Edmond y otros “La Convention Européenne des Droits de L’Homme”, ed. Económica, París 1995, comentario al art. 14, pág. 477 y autores citados en las notas 6), 7) y 8)*.
9. Ante el condicionamiento en materia de empleo público, respecto de la nacionalidad, y frente a las sospechas indicadas, debe exigirse “justificación suficiente de la restricción” no siendo suficiente una limitada a una dogmática afirmación de su postura”.
10. Así, el criterio de ponderación debe ser más exigente que la mera razonabilidad; el escrutinio debe ser más severo; de ahí que no alcanza con la sola alegación de que la exigencia de nacionalidad argentina era razonable o aun conveniente y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debe acreditarse que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía además disiparse toda duda *sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado*.
11. Esa inconstitucionalidad sólo puede ser levantada —en el caso, por la provincia demandada— *con una cuidadosa*

prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. Los primeros, deben ser sustanciales y no basta que sean meramente convenientes. Respecto de los segundos, es insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

En definitiva, el requisito de la nacionalidad es violatorio de la Constitución Nacional, por imponer una distinción basada en la nacionalidad considerada sospechosa de discriminación, motivo por el cual no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos.

III- La perspectiva de género en el empleo público

Perspectiva de género es el “... enfoque teórico de análisis que facilita repensar las construcciones sociales y culturales de la distribución del poder entre mujeres y hombres y que afectan de manera directa e indirecta las formas de relacionarse de las personas en todos los ámbitos, que han derivado en discriminación, falta de equidad, poco acceso a oportunidades y al desarrollo, así como poco conocimiento de sus derechos”²⁰.

En el documento final de la IV Conferencia Internacional de la Mujer, celebrada en 1995, en Beijing -patrocinada por la ONU- se hizo hincapié en factores de orden económico, puntualizándose sobre “la rigidez de las funciones que la sociedad asigna por razones de género, y se puso énfasis, a la vez, en el limitado acceso de la mujer al poder, la educación, la capacitación”.

La crítica a la situación desigual que inclina la balanza en perjuicio de la mujer y que es imposible desconocer en unas sociedades más que en otras lleva, conforme a dicho documento, a la “femi-

nización de la pobreza” porque, entre otras circunstancias, en los “análisis económicos” y en la “planificación económica” se omite considerar la “perspectiva de género”. “Dejando de lado aquí la crítica que podría efectuarse al modelo preferido de planificación económica que sobrevuela en el documento, puede advertirse que la preocupación atendible en Beijing fincaría en el papel asignado a la mujer y en el desconocimiento de su singularidad. Estas omisiones, ya se conoce, establecen barreras sociales y legales que le impiden a la mujer compartir con el varón, de modo igualitario, el poder, la educación y la capacitación”²¹.

En similar sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya en el año 2011 había advertido la estrecha relación que existe entre la violencia de género y la falta de acceso a los derechos sociales, económicos y culturales: “... aunque la pobreza afecta a todas las personas, su impacto es diferente para las mujeres dada su situación de discriminación social y la existencia de cargas adicionales, tales como las funciones familiares, lo cual limita sus posibilidades de acceder a los recursos económicos necesarios para su subsistencia, y la de sus familias. Asimismo, las desigualdades y limitaciones en el acceso y control de recursos económicos por parte de las mujeres contribuyen a su baja participación en esferas vitales para sus derechos humanos”²².

En este punto, es importante recalcar que la desigualdad de género si bien está presente en múltiples aspectos de la realidad social, es en el mercado de trabajo donde se verifican las mayores diferencias.

21 GelliMaria Angélica, Prólogo a Igualdad y Género (Dir. Miriam M. Ivanega) Thomson Reuters-La Ley, agosto 2019, prólogo.

22 CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA Ser.L/V/II.143, 2011. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeres-desc2011.pdf> (ultimo acceso 25/03/2022). Acerca de la violencia contra las mujeres en la pandemia por el COVID.19 ver https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic?gclid=Cj0KCQjw8_qRBhCXARIsAE2AtRYUI-ZwRzQKXIup-QCDNbr3zD7rvexHPMLFYn_vH10LyitGJi58gt0caAmBFEALw_wcB (ultimo acceso 25/03/2022)

20 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*, San José, Costa Rica, 2008, p. 11.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 2019 indicó que el mejoramiento de la situación de las mujeres para lograr una igualdad con respecto a los hombres, no requería pasos graduales sino un gran salto en el que se pusiera fin a la discriminación y las desventajas y se superaran los estereotipos arraigados en cuanto al papel de las mujeres en la sociedad, el valor de su trabajo y su posición en el mercado laboral. Las leyes que establecen que las mujeres y los hombres tienen los mismos derechos son la base para exigir y conseguir la equidad en la práctica.

Con base en el 70% de una muestra mundial representativa de mujeres, se demostró que ellas preferirían tener un trabajo remunerado y que el 66,5% de los hombres estaban de acuerdo. Sin embargo, en el año 2018 sólo el 45,3% de las mujeres tenía un trabajo: 1.300 millones de mujeres estaban empleadas, mientras que los hombres con trabajo sumaban 2.000 millones²³.

La prestación de cuidados no remunerada sigue constituyendo la principal causa **por la que las mujeres se encuentran fuera de la fuerza de trabajo**. A nivel mundial, 647 millones de mujeres en edad de trabajar se dedican de tiempo completo a un trabajo de cuidados no remunerado, en comparación con 41 millones de hombres que hacen lo mismo.

Existen datos precisos de que históricamente con la división sexual del trabajo a las mujeres les correspondió el trabajo doméstico, el cuidado del hogar, la crianza de los hijos, la atención al marido y el mantenimiento de la armonía familiar; la orientación de la vida en ese sentido, centrada en el espacio de lo doméstico-privado. Esta asignación cultural de roles creó modelos en los cuales los hombres debían ser fuertes, protectores, propietarios, responsables de la toma de decisiones importantes, mientras que las mujeres, eran los sujetos débiles, frágiles, a cargo del trabajo doméstico, dependientes y vulnerables²⁴.

23 Un paso decisivo hacia la igualdad de género: Para un mejor futuro del trabajo para todos, OIT. En https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_674751/lang-es/index.htm (último acceso 25/03/2022)

24 Perela Larrosa Marta, Violencia de género: violencia psicológica en ForoRevista de ciencias jurídicas y sociales- Universidad Complutense, Madrid, Nro. 11-12, 2010, pp. 353-376

En cuanto a los salarios, en el último *Informe Mundial de la OIT* se demuestra que el crecimiento mundial de las remuneraciones ha sido débil y que las diferencias entre hombres y mujeres, de alrededor del 20% a escala mundial, continúan siendo inaceptablemente altas.

El objetivo de la equiparación salarial forma parte de la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS 8) de las Naciones Unidas, que establece como propósito «De aquí a 2030, lograr [...] la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor», proponiéndose como indicador principal comparar el «ingreso medio por hora de empleadas y empleados» (indicador 8.5.1).

Ahora bien, la función pública no ha estado exenta de las diferencias y debilidades indicadas; lo que lleva a abordar la perspectiva de género tanto desde el rol de las mujeres en las organizaciones del sector público como desde la necesidad de establecer capacitaciones especiales que prevengan y sancionen casos de violencia laboral.

En el sector público, “Women 20”²⁵ indica que, si bien el liderazgo femenino ha aumentado en las últimas décadas, aun no puede hablarse de paridad de género.

En el ámbito político, por ejemplo, resulta manifiesta la escasa presencia femenina. Entre los obstáculos que se presentan para generar la paridad, la llamada “masculinización de la política” es el principal, ya que los horarios y los espacios para la toma de decisiones continúan organizados y dominados por un hombre que responde a un modelo machista, ámbito en el cual las mujeres siguen manteniéndose dentro de las segundas líneas o asumiendo tareas y roles más administrativos.

Otros factores son: a) la “debilidad institucional”, dado que las unidades de género tienen escaso poder y recursos y se verifica ausencia de cupo femenino en la mayoría de los estamentos públicos; b) la “ausencia de tiempo y dinero” para construcción de carreras políticas entre las mujeres; c) carencia de una “articulación público/privado”, es decir la falta de trabajo en red entre lo

25 W20 surgió de la cumbre del G20 que realizó en Australia, como reclamo de un grupo poco representado.

público y lo privado para la toma de decisiones que transparenten los ingresos y las condiciones laborales de las mujeres. Fuera del sector político, también continúa siendo dificultoso que las mujeres accedan a cargos superiores de las organizaciones públicas.

Frente a ello, se formularon una serie de propuestas para evitar las desigualdades:

- a) garantizar concursos competitivos, transparentes y neutrales en términos de género para el acceso a puestos públicos y fiscalizar el cumplimiento de los procesos de selección para cargos de la Alta Administración Pública Nacional;
- b) promover una cultura de trabajo en la política que concilie la vida personal y laboral, con el objeto de poder aumentar la presencia de mujeres, sobre todo aquellas con responsabilidades familiares;
- c) promover cupos femeninos en los tres poderes del Estado para garantizar un piso mínimo de presencia de mujeres y en los espacios de decisión en las empresas del Estado;
- d) garantizar espacios de trabajos públicos y privados libres de acoso contra las mujeres;
- e) dictar normativas que aseguren equidad salarial;
- f) fortalecer la estructura y competencia de las unidades de género en todo el territorio nacional, provincial y municipal, ampliando recursos financieros y humanos a las áreas de género de los Ministerios, con el fin de reforzar la transversalización de la perspectiva de género en las intervenciones;
- g) cumplir con la Ley de Cupo en el ámbito sindical.

Desde el otro ángulo de análisis, es necesario aplicar políticas públicas que promuevan la capacitación de quienes trabajan en el sector público, como mecanismo de sensibilización en materia de género y violencia contra las mujeres.

La capacitación, como sistema de formación continua, debe ser extendida durante un lapso importante para cumplir sus objetivos, advirtiéndose que cuando se imparte con perspectiva de género el

aprendizaje no solo tiene que involucrar el conocimiento de las normas, pues “debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos”²⁶.

En la República Argentina, la sanción de la ley 27.499, también conocida como “Ley Micaela”²⁷, constituyó un avance significativo, al establecer en su artículo 1º: “la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación”. El Instituto Nacional de las Mujeres (INAM) es su autoridad de aplicación, que tiene la atribución para diseñar y proponer las políticas públicas pertinentes.

En definitiva, la progresividad en el ejercicio de los derechos por parte de las mujeres es mucho más que un principio convencional, es la esencia misma de la dignidad humana, de ahí que el reconocimiento de las inequidades y de la necesidad de capacitar a los agentes públicos, constituyen un elemento sustancial en la lucha por la igualdad.

IV. Integridad. Objetividad, imparcialidad y neutralidad²⁸

La recuperación de la perspectiva ética en la gestión por parte

26 Corte IDH “Espinoza González vs. Perú”, 20/3/2014, párrafo 326.

27 La ley se denomina así en memoria de Micaela García, que fue violada y asesinada en la ciudad de Gualeguay, provincia de Entre Ríos. La joven tenía 21 años, era una activa participante de #Niunamenos contra la violencia de género y por los derechos de las mujeres. Desapareció el 1º de abril de 2017 y, una semana después, encontraron su cuerpo debajo de un árbol, en un campo denominado Seis Robles, a 2,5 kilómetros de la Ruta 12. Se trató de una tragedia que conmovió al país y movilizó a diferentes sectores sociales y políticos en particular por la discutida actuación que el Estado tuvo en el caso.

28 Ivanega Miriam M. Control Público, Astrea-RAP, Buenos Aires, 2016, pp-81-83

de todos los poderes del Estado, encuentra su base en el Estado Constitucional de Derecho e involucra a todos los sectores públicos y privados.

Integridad, ética y transparencia se unen en el objetivo común del servicio a la comunidad.

Referirnos a la integridad es aludir “al cumplimiento de los valores, principios y normas éticas que permitan dar prioridad a los intereses públicos por encima de los intereses privados. Ello implica también que quienes ejercen la función pública asuman compromisos y que las responsabilidades estén bien definidas. La concreción de este principio y la observancia de conductas y comportamientos éticos fomentan la transparencia en la gestión pública y permiten una correcta rendición de cuentas” (“Guía para el Ejercicio Ético de la Función Pública”, de setiembre de 2020 de la Oficina Anticorrupción)²⁹.

Vinculada con el uso de poderes y recursos confiados al sector público de forma efectiva, honesta y para fines públicos, los estándares éticos también se relacionan con la rendición de cuentas, la eficiencia y la competencia y en el marco de la transparencia³⁰.

Por tal razón, las políticas públicas que se diseñan para instaurar y reforzar la transparencia pública en la gestión pública, incluyen necesariamente a la integridad de los agentes públicos, motivo por el cual la deficiencia en la implementación de instrumentos adecuados en este sentido hace fracasar a aquellas políticas. No podemos negar que fortalecer este ámbito es un desafío complejo que implica mucho más que requerir que los funcionarios sostengan los estándares éticos personales y profesionales, por eso se necesita una cultura ética y un sistema apropiado a nivel organizacional, para que puedan enfrentarse los obstáculos

29 Ampliar en Ivanega Miriam M: Transparencia en las Contrataciones Públicas, La Ley, Buenos Aires, 2022.

30 En ese sentido, ver “Integridad y Ética”, módulo desarrollado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) bajo su iniciativa Educación para la Justicia, Viena, 2019, p. 11, https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_13_-_Public_Integrity_and_Ethics_-_Spanish_v.pdf (último acceso 05/03/2021).

que lo impiden.

Insistimos que, en este punto, la integridad se une a la eficacia, pues el diseño de un modelo de gestión en tal sentido debe partir de su misión: aquel servicio que mencionamos anteriormente.

Por supuesto que las reglas y regulaciones no son suficientes para garantizarla; las organizaciones deben asegurar la práctica diaria de esa exigencia. La experiencia nos indica que los códigos, las leyes, las recomendaciones, que incluyen valores, principios, conductas, consejos, etc. se van sumando a los ordenamientos jurídicos sin los efectos positivos esperados.

En consecuencia, la necesidad de brindar una respuesta estratégica y sostenible, convirtiendo a la integridad pública en uno de los pilares fundamentales de las estructuras políticas, económicas y sociales, es una tarea que involucra a toda la sociedad que debe estar convencida que la falta de integridad y transparencia la afecta directamente.

En este plano de análisis hay tres principios que son el eje de la integridad: la imparcialidad, la objetividad y la neutralidad de los agentes públicos.

Se trata de tres categorías interrelacionadas, unidas en el principio de independencia, aun cuando su delimitación conceptual presenta varias dificultades. En general se suelen utilizar indistintamente, e incluso quienes plantean diferencias las asemejan en cuanto a sus resultados.

Ser *objetivo*, supone el análisis de un objeto en sí mismo, con independencia de la forma de pensar o de sentir; implica a su vez una situación de desinterés, desapasionamiento.

La *objetividad* en el sistema español “se ofrece como lo contrario a parcialidad y, especialmente, la parcialidad propia del partidismo político y de intereses económicos y, en general, sociales concretos distintos de los definidos como generales. De ahí justamente la previsión constitucional de la regulación por ley de las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos, es decir, de los principales medios personales de la Administración en el ejercicio de sus funciones”.

Por su parte, la *imparcialidad* es la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”, de acuerdo a la definición de la Real Academia Española. Es identificada con la independencia para ejercer una función sin presiones ni preconcepciones. Por eso, suele ser equiparada con la objetividad y la neutralidad.

La *neutralidad* comparte las particularidades de los principios analizados. Neutral es quien “no participa de ninguna de las opciones en conflicto”; noción que en el ámbito del control –asimilado a la imparcialidad– nos acerca a la idea de “mantenerse al margen” de las posibles colisiones de intereses que el control puede involucrar. También nos inclinamos por el criterio que considera que la neutralidad opera en el ámbito de las relaciones entre la Administración y el gobierno, definiendo la forma en la que queda vinculada la Administración al poder de dirección del gobierno. Ello se traduce en deberes del funcionario, de carácter negativo (no interferencia y disponibilidad plena) y positivo (colaboración leal y eficaz).

A modo de conclusión

Coincidimos con la postura que reconoce que conseguir el equilibrio entre la eficacia de la organización y los derechos y expectativas legítimas de los agentes públicos, resguardando también los principios de mérito y capacidad e imparcialidad, es el reto del presente y del futuro, no existiendo recetas universales³¹.

Pero aun con esas limitaciones, estamos convencidos de que las personas que integran las organizaciones públicas, es decir los agentes públicos, son los verdaderos actores en la aplicación de las políticas públicas dirigidas al ciudadano. De ahí que, en el ejercicio de sus funciones se encuentren involucrados la defensa de los intereses públicos y de los derechos fundamentales de la persona humana.

En síntesis, se trata de un camino que transitan todas las funciones estatales y por ende, la función administrativa la cual en

términos de Patricio Sammartino ha recibido la fuerza transformadora que irradian los valores y los principios que sostienen al Estado constitucional social de derecho. “Los compromisos jurídicos fundamentales incorporados al ordenamiento jurídico argentino por la reforma constitucional de 1994, al tiempo que estrecharon los márgenes del obrar de la Administración, le impusieron a todos los órganos y entes que despliegan esa función nuevos deberes sustanciales de actuación. Esos nuevos vínculos jurídicos negativos y positivos –cuya clave de bóveda normativa se aloja en el art. 75.22 de la CN– orientan teleológicamente a la función administrativa en la satisfacción inmediata del interés público consustanciado con el principio de dignidad humana”³².

31 Sánchez Morón Miguel, Derecho de la función pública, pp.33 y ss.

32 Sammartino Patricio, Responsabilidad de los poderes públicos en el estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la “relación de causalidad” http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120159-sanmartino-responsabilidad_poderes_publicos_en.htm (último acceso julio 2022)

Cuestiones de integridad

Miriam M. Ivanega

I. Confianza e integridad

Confiar es, según la Real Academia Española (23a ed.), en su primera acepción, “1. f. Esperanza firme que se tiene de alguien o algo”.

Esta esperanza conlleva expectativas y certidumbres que permiten a una persona prever la estabilidad de situaciones o comportamientos.

Dentro de esa noción se distinguen la general, la interpersonal y la institucional. La primera refleja una posición general, una preferencia abstracta, en relación con el tema de la confianza; hace referencia a la que tenemos en relación con otras personas (familia y amigos, u otras que no están dentro de nuestro círculo más cercano). En cambio, la confianza institucional refiere a la que tienen las personas respecto de las instituciones “formales”, la que se expresa a través de preguntas como “¿tiene Ud. confianza en su gobierno?”, “¿tiene Ud. confianza en el Parlamento?” o “¿tiene Ud. confianza en el sistema judicial?”¹.

1 Estella de Noriega, Antonio, “Confianza institucional en América La-

El debate acerca de las causas que generan más o menos confianza es objeto de estudio de diversas disciplinas, llegando a considerarse que no necesariamente confiar o no tiene que ser un rasgo estable e inmutable, dado que puede resultar de “una respuesta a una interacción entre individuos e instituciones que se fortalece o se debilita según sus condiciones políticas y sus resultados socioeconómicos”².

En esa línea de análisis, dentro de los factores que inciden en la confianza en las instituciones se identifican tres: el crecimiento económico, la igualdad y la educación. El crecimiento económico si bien no es determinante, es posible que genere una sensación de bienestar en las personas, que determine, a su vez, la aparición y desarrollo de sentimientos de confianza. En cuanto a la igualdad, resulta evidente que las sociedades más igualitarias son las que presentan mayores niveles de confianza; similar efecto deriva de la educación, pues aquellas comunidades con más nivel educativo también presentan índices de confianza más elevados³.

Lo cierto es que en las variadas causas que generan desconfianza institucional, tiene una significativa ubicación, la integridad de los funcionarios públicos⁴.

Para entender su inserción en la gestión del sector público es necesario reconocer que su eje se ubica en el principio de transparencia pública.

Ahora bien, resulta evidente que la popularidad de la transpa-

tina: un análisis comparado”, documento de Trabajo 34/2020, Fundación Carolina, https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/05/DT_FC_34.pdf (último acceso 05/03/2021).

2 Moreno, Alejandro, “Introducción”, en Moreno, Alejandro (coord.), *La confianza en las instituciones. México en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados / LXI Legislatura, México, diciembre de 2010, p. 14.

3 Estella de Noriega, Antonio, *Confianza institucional*, op.cit.

4 Ampliar en Ivanega Miriam M., *Transparencia en las contrataciones públicas*, La Ley, Buenos Aires, 2022.

rencia⁵ y sus derivaciones, reside en su versión negativa, esto es el ocultamiento y la corrupción pública, que constituyen la “mala administración” de los recursos públicos y que, por lo tanto, afectan a toda la gestión pública al ser desplazado el interés público.

Sin distinguir épocas o países, ni restricciones presupuestarias o crisis económicas, la corrupción pone en riesgo la propia legitimidad democrática del Estado, pues no solo implica el aprovechamiento de una posición de poder con el objeto de obtener ventajas personales con detrimento de otros sino, además, presupone “la cooperación concertada de dos o tres actuantes que obtienen ventajas privadas ilegales a costa de terceros”. Ello genera consecuencias dañinas a toda la sociedad que ve frustrados sus derechos, a la par del aumento “de la pobreza de pueblos enteros, estados y regiones”⁶.

Aun cuando las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la Corrupción marcaron el inicio de un camino en la lucha contra ese flagelo, la inclusión de los principios generales que deberían regir la actuación de los Estados – entre ellos los de publicidad, equidad y eficiencia – no fueron suficientes.

El esfuerzo por prevenirla también estuvo presente en la Recomendación de la OCDE del año 2017 sobre Integridad Pública; documento que refiere a que la desigualdad, la exclusión y el desencanto constituyen el costo real de la corrupción, considerando que los enfoques tradicionales, basados solamente en el dictado creciente de normas y la exigencia de su estricto cumplimiento, mostraron una eficacia limitada.

En esa Recomendación, se ofrece a los responsables políticos una visión estratégica de la integridad pública, con la inclusión de un enfoque conductual y de gestión de riesgos, enfatizan-

5 En palabras de Byung-Chul Han, “ningún otro lema domina hoy tanto el discurso público como la transparencia” en *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona, 2014, p. 11.

6 Kratzenberg, Rüdiger, “Prevención de la corrupción y controles jurídicos en contrataciones, ponencia en la Conferencia Internacional organizada por la ASIP e Inwent”, <https://asip.org.ar/prevencion-de-la-corrupcion-y-controles-juridicos-en-contrataciones/>.

do una cultura de integridad en toda la sociedad. Al constituir uno de los pilares sobre los que deben asentarse las estructuras políticas, económicas y sociales, resulta crucial para la gobernanza pública, “salvaguardando el interés general y reforzando valores fundamentales como el compromiso con una democracia plural basada en el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos”. En tal contexto, se propone un Sistema de Integridad Coherente y Completo, una Cultura de Integridad y una Rendición de Cuentas Eficaz⁷.

También la Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública de julio de 2018, es un documento interesante en la materia. En sus objetivos directos e inmediatos se incluyen los de: a) promover la integridad de los responsables y servidores públicos –que comprende los niveles superiores e inferiores de la escala jerárquica de las organizaciones públicas- “entendiendo por tal una actuación continuamente coherente con los valores y principios relevantes de la ética del servicio público” y b) contribuir a la legitimación de la acción pública y reforzar confianza en las instituciones públicas. A su vez, como objetivo indirecto y finalista, prevé el de contribuir al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda 2030 de Naciones Unidas, en especial, en lo vinculado al Objetivo 16, esto es Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

Ahora bien, en vistas a la relación ínsita que existe entre la integridad y la transparencia pública, entendemos que la deficiente gestión de los instrumentos y mecanismos que se aplican para asegurar un cuerpo de funcionarios que cumplan con aquella condición, constituye un freno a las políticas públicas cuyo objetivo sea el logro de la transparencia de los actos estatales. Es verdad que el fortalecimiento de ésta es un desafío complejo y que implica acciones que exceden el comportamiento de los agentes públicos, pero también lo es que resulta necesario construir una cultura ética que involucre a todos los actores del ámbito público y que in-

cluya a los sectores privados.

Es en este punto donde la integridad se une a la eficacia, pues el diseño de un modelo de gestión en tal sentido debe partir de la misión que deben cumplir aquellos: servir a la comunidad.

Ya en el terreno conceptual, recurrimos a la “Guía para el Ejercicio Ético de la Función Pública” de setiembre de 2020 de la Oficina Anticorrupción en la que -al referirse a los principios rectores de compras y contrataciones en el sector público- identificó a la integridad “como el cumplimiento de los valores, principios y normas éticas que permitan dar prioridad a los intereses públicos por encima de los intereses privados. Ello implica también que quienes ejercen la función pública asuman compromisos y que las responsabilidades estén bien definidas. La concreción de este principio y la observancia de conductas y comportamientos éticos fomentan la transparencia en la gestión pública y permiten una correcta rendición de cuentas”⁸.

II. Los conflictos de intereses

En general, dentro de las incompatibilidades de los funcionarios públicos se encuadran diversas situaciones que se vinculan con la imposibilidad de ejercer una función o cargo, motivada en diversas causas: acumulación de empleos, de retribuciones, antagonismos de intereses, etc.

La diferencia con los conflictos de intereses radica en que mientras que con las incompatibilidades se protege al erario público frente al riesgo de que resulte imposible cumplir funciones al mismo tiempo o que el Estado pueda abonar más de un salario, en los conflictos de intereses la protección involucra a la imparcialidad, la igualdad de trato y la independencia de criterio.

Conforme a la Oficina de Ética de las Naciones Unidas, esta última figura presupone una confrontación que se manifiesta en

⁷ <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

⁸ “La OCDE la define como “la alineación consistente y la adhesión a los valores, principios y normas éticos compartidos para mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público” OECD, Recomendación del 2017, p. 7.

dos planos: uno institucional y otro personal.

El primero se presenta cuando, como resultado de otras actividades o relaciones, la organización no puede prestar servicios imparciales, viéndose afectada su objetividad para realizar sus tareas. También se presenta en supuestos en los que la organización tiene una ventaja competitiva injusta.

El conflicto de interés personal, en cambio, es la situación que se presenta cuando los intereses privados de una persona interfieren con el cumplimiento de sus funciones oficiales.

La “Guía sobre el Manejo de Conflictos de Intereses en el Sector Público y Experiencias Internacionales” de la OCDE define a esas situaciones como la que se suscita “(...) entre el deber público y los intereses privados de un funcionario, donde el funcionario tiene intereses privados y podría ser influenciado incorrectamente, afectando el funcionamiento de sus deberes y responsabilidades oficiales”.

En ese instrumento, se distinguen los siguientes tipos:

- a) el conflicto de hecho entre los intereses individuales o privados del funcionario público y sus obligaciones públicas;
- b) el aparente, en el que existe un interés personal que no necesariamente influiría en el funcionario público pero que puede dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes;
- c) el potencial, que se presenta cuando un funcionario público tiene un interés personal que puede convertirse en un conflicto de interés en el futuro⁹.

Sin perjuicio de que las incompatibilidades y conflictos de intereses han sido reguladas por los estatutos de la función pública y/o por normas específicas, la Ley 25.188 es la norma que contiene las especificaciones de la configuración de tales situaciones.

Esa norma legal tiene como fin preservar la imparcialidad y

prevenir posibles hechos de corrupción, prohibiéndose la configuración de determinadas situaciones e imponiendo ciertos deberes para garantizar la integridad de la gestión (renuncia, abstención, publicidad de los intereses, entre otros). Es importante tener en cuenta que los conflictos de interés no implican necesariamente la comisión de delitos -aunque puedan constituir la antesala de la transgresión de una norma penal- “sin perjuicio de lo cual siempre deben atenderse”¹⁰.

Para concluir, insistimos en la importancia que tienen los siguientes aspectos:

- 1) La posición del funcionario frente al conflicto, esto es, su conocimiento sobre esa situación y los medios que utiliza, ya sea para evitarla o para abstenerse de actuar, pues deberá valorar todas las circunstancias que lo ponen en esa posición y que involucra sus principios éticos. El resultado de esa “autoevaluación” será determinante en la configuración o no de una situación irregular e incluso para encuadrar su accionar como culposa o dolosa.
- 2) Considerar que tales conflictos deben ser analizados con independencia de los efectos que produzcan sobre los actos o contratos. Es decir que la conducta reprochable por actuar aun presentándose una coalición de intereses, es separable de las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevé respecto a la validez o no de las decisiones adoptadas, e incluso de las sanciones aplicables a los particulares que intervinieron en la configuración del conflicto.
- 3) Como se advirtió, debe entenderse que sin perjuicio de constituir en sí mismos situaciones irregulares, esos conflictos son también generadores de otras conductas corruptas que, por supuesto, benefician al funcionario público involucrado, a otros o a los particulares.

Esto refleja que cuando nos referirnos a las incompatibilidades

⁹ Ampliar en Larocca, Carina, “Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho”, RAP, nro. 489, Buenos Aires, 2019, ps. 17-76.

¹⁰ Ampliar en la “Guía para el Ejercicio Ético de la Función Pública” de setiembre de 2020 de la Oficina Anticorrupción” https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_el_ejercicio_etico_-_oa_y_sgyep_-_septiembre_2020.pdf

y conflictos de intereses aludimos principalmente a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

III. Los principios de objetividad e imparcialidad

Estos principios generales resultan sustanciales en el análisis de los conflictos de intereses, por ello, van a constituir el núcleo de la independencia que se exige a todo agente público y por ende incidirán directamente en su integridad.

Cabe puntualizar que la presencia de intereses públicos y privados contrapuestos en el accionar de aquel, trascienden el vínculo de función pública, en la medida en que impactan en toda la comunidad al producirse un alejamiento de los principios de honestidad, lealtad, justicia, probidad, buena fe, responsabilidad, austeridad republicana.

La objetividad y la imparcialidad condicionan la actividad de todo funcionario público, cuyo presupuesto común es la idoneidad. En efecto, la capacitación y especialidad constituyen herramientas imprescindibles en la gestión pública que se precie de transparente. Por tal razón, se pretende que actúe en forma independiente, libre de estereotipos, presiones y de pre-conceptos.

La imparcialidad es la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”, según la Real Academia Española y que es identificada con la independencia para ejercer una función sin presiones ni preconceptos. A su vez, ser objetivo implica analizar un objeto en sí mismo con independencia de la forma de pensar o de sentir, reflejando también una situación de desinterés, desapasionamiento.

Es decir, que se trata de actuar alejado de subjetividades, de prejuicios, a la hora de interpretar y analizar el objeto, los fines, el desarrollo de la gestión. De ahí que se les exija no solo que sean independientes, sino que también lo parezcan¹¹.

En otras palabras y en relación directa con la confianza insti-

tucional a la que nos referimos al inicio, la Oficina Anticorrupción entendió que en un momento institucional donde la ética y la transparencia se señalaban como valores fundamentales de la gestión de gobierno, las autoridades debían “no sólo actuar con rectitud, integridad e independencia de criterio sino proyectar una imagen de cumplimiento de dicho comportamiento, a fin de no debilitar la confianza de la ciudadanía en las instituciones”¹². Las actitudes u obreres equívocos afectan la credibilidad en las instituciones, deslegitima “y arroja un manto de duda sobre las decisiones que adopte el funcionario las cuales deben estar presididas por el cumplimiento del deber de imparcialidad”¹³.

Se trata de la aplicación de criterios objetivos para la adopción eficaz de decisiones, que en relación a las contrataciones públicas, en términos de la OA “implica que no se deben tener en cuenta intereses personales o privados a la hora de elegir una oferta por sobre otra, sino que deberán seguirse criterios que permitan valorar el producto o servicio ofrecido por sus condiciones intrínsecas y por su adecuación al fin que se busca cumplir, es decir, evaluando de qué manera aporta a la satisfacción del interés público. La observancia de este principio permite disminuir las posibilidades de corrupción y de favoritismos en las contrataciones públicas y fomenta la eficiencia, considerando variables objetivas que permitan optimizar la utilización de recursos públicos”¹⁴.

IV. La OCDE y las Normas ISO

En la citada Recomendación de la OCDE del año 2017 sobre Integridad Pública como propuesta de un sistema coherente y completo (compromiso, responsabilidad, estrategia, normas) se reconoce la importancia de propender a una cultura compuesta por la

12 Resolución OA 2018-17-APN-OA#MJ (Triaca), 25/04/2018.

13 Resolución OA 2018-10-APN-OA#MJ.

14 “Guía para el Ejercicio Ético de la Función Pública” de setiembre de 2020 de la Oficina Anticorrupción” https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_el_ejercicio_etico_-_oa_y_sgyep_-_septiembre_2020.pdf

11 Ivanega, Miriam M., *Control público*, Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 74-75.

sociedad, el liderazgo, la meritocracia, la formación y la apertura y la rendición de cuentas eficaz (inclusiva de la gestión de riesgos, sanción, supervisión, participación).

Sabemos que uno de los ámbitos más afectados por la falta de transparencia pública, y por ende de integridad, es el de las contrataciones públicas (aunque no sea la única). Por eso, adquiere relevancia enfocar su gestión desde la visión de la denominada “contratación pública estratégica”, noción que permite comprender la contribución a la asignación adecuada de los recursos públicos que se realiza a través de la utilización de esos contratos, en aras de lograr una mayor eficiencia en el gasto público, mitigando los riesgos como la ineficiencia y la corrupción.

Ahora bien, tales objetivos no pueden perseguirse aisladamente, alejados de todo el sistema del sector público, ya que deben incorporarse herramientas de gestión que colaboren en la detección, prevención y sanción de actos de corrupción, en toda la organización y respecto de la totalidad de las funciones que cumple.

De manera análoga a aquellas recomendaciones, en el Plan de acción OCDE-LAC sobre Integridad y Anticorrupción (producto de la Tercera Reunión de Alto Nivel del Programa Regional de la OCDE para América Latina y el Caribe de octubre de 2018: “Integridad para el buen gobierno: de los compromisos a la acción”) se plantean diez objetivos concretos:

- 1) mitigar el riesgo de captura de políticas;
- 2) mejorar la eficiencia, la eficacia y la apertura de la Administración Pública;
- 3) establecer bases para un servicio civil ético y receptivo basado en el mérito;
- 4) reforzar el control y la auditoría internos y externos;
- 5) mejorar la confianza en el sistema mediante mecanismos de ejecución eficaces;
- 6) prevenir la corrupción en la contratación pública;
- 7) desarrollar capacidades a escala subnacional para promover políticas de integridad articuladas;

8) promover el buen gobierno corporativo y de integridad en las empresas públicas;

9) promover una responsabilidad compartida con el sector privado para crear una cultura en tal sentido;

10) un marco institucional integral coherente impulsa las políticas de integridad y corrupción¹⁵.

En el mismo contexto, se ubica la Norma ISO 37001:2016 que proporciona requisitos y lineamientos para establecer, implementar, mantener y mejorar un sistema de gestión anticorrupción, que puede ser independiente o estar integrado en un sistema de gestión general. Los requerimientos de la norma son aplicables a todas las organizaciones, sean del sector público, privado o sin fines de lucro. Esto incluye a las empresas estatales, grandes organizaciones, PyMES y organizaciones no gubernamentales.

La norma define al soborno como la oferta, promesa, entrega, aceptación o solicitud de una ventaja indebida de cualquier valor (que puede ser de naturaleza financiera o no financiera) directa o indirectamente, e independiente de su ubicación, en violación de la ley aplicable, como incentivo o recompensa para que una persona actúe o deje de actuar en relación con el desempeño de las obligaciones de esa persona¹⁶. Incluye requisitos a cumplir, tales como:

Implementar una política y un programa antisoborno.

Comunicarlas a todo el personal pertinente y socios de negocios (de empresas conjuntas, subcontratistas, proveedores, consultores, etc.).

Capacitar adecuadamente al personal.

- Designar a un director/responsable/comité de cumplimiento para supervisar el programa.
- Evaluar los riesgos de soborno, incluyendo la diligencia debida.

15 <https://www.oecd.org/latin-america/regionalprogramme/Integridad-para-el-buen-gobierno-en-America-Latina-y-el-Caribe-Plan-de-Accion.pdf> (último acceso 28/09/2020).

16 www.iram.org.ar (último acceso 25/09/2020).

- Adoptar medidas razonables y proporcionadas para asegurar que las organizaciones controladas y socios hayan implementado controles anticorrupción apropiados.
- Verificar que el personal cumpla con la política antisoborno.
- Controlar obsequios, donaciones y beneficios similares para asegurarse de que no tienen un propósito corrupto.
- Implementar controles financieros apropiados, de adquisiciones y otros controles comerciales con el fin de ayudar a prevenir el riesgo de soborno.
- Es indudable que la conformidad con este documento no garantiza que los comportamientos corruptos no ocurran o no vayan a ocurrir, pues el riesgo no es posible eliminarlo por completo; pero su importancia reside en la determinación de reglas idóneas para ayudar a la organización a adoptar medidas razonables y proporcionales para prevenir, detectar y enfrentar el soborno.

Conclusiones

Reiteramos que las normas no han sido suficientes; *códigos, leyes, recomendaciones, incluyendo valores, principios, conductas, consejos, etc. se van sumando a los ordenamientos jurídicos sin que se logren los objetivos que persiguen.*

La necesidad de brindar una respuesta estratégica y sostenible, convirtiendo a la integridad pública en uno de los pilares fundamentales de las estructuras políticas, económicas y sociales, es una tarea que involucra a toda la sociedad la que debe estar *convencida* que la corrupción lo afecta directamente. Una ciudadanía que se acostumbra a ella se convierte en un factor que la agrava y la arraiga aún más, poniendo en peligro su prosperidad y el sistema democrático.

Es evidente que no estamos frente a nuevas realidades, sino ante viejas costumbres irregulares.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Byung-Chul Han, “ningún otro lema domina hoy tanto el discurso público como la transparencia” en *“La sociedad de la transparencia”*, Herder, Barcelona, 2014.
- Estrella de Noriega, Antonio, “Confianza institucional en América Latina: un análisis comparado”, documento de Trabajo 34/2020, Fundación Carolina, https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/05/DT_FC_34.pdf
- Ivanega Miriam M., *Transparencia en las contrataciones públicas*, La Ley, Buenos Aires, 2022.
- Ivanega, Miriam M., *Control público*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- Kratzenberg, Rüdiger, “Prevención de la corrupción y controles jurídicos en contrataciones, ponencia en la Conferencia Internacional organizada por la ASIP e Inwent”, <https://asip.org.ar/prevencion-de-la-corrupcion-y-controles-juridicos-en-contrataciones/>.
- Larocca, Carina, “Los conflictos de intereses aparentes en el Estado Constitucional de Derecho”, RAP, nro. 489, Buenos Aires, 2019.
- Moreno, Alejandro, “Introducción”, en Moreno, Alejandro (coord.), *La confianza en las instituciones. México en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados / LXI Legislatura, México, diciembre de 2010

DOCUMENTOS CONSULTADOS

- “Guía para el Ejercicio Ético de la Función Pública” de setiembre de 2020 de la Oficina Anticorrupción” https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_el_ejercicio_etico_-_oa_y_sgyep_-_septiembre_2020.pdf
- <https://www.oecd.org/latin-america/regionalprogramme/Integridad-para-el-buen-gobierno-en-America-Latina-y-el-Caribe-Plan-de-Accion.pdf>
- www.iram.org.ar
- <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

Ciencias del comportamiento y regulación Administrativa

Ivan Budassi

1. Mucho dato, cero efecto.

“Costo Financiero Total (CFT) 27,03%. Tasa Efectiva Anual (TEA) 24,03% Tasa Nominal Anual (TNA) 9,9%. C.F.T. 24,03%. PROMOCIÓN VÁLIDA PARA LA CARTERA DE CONSUMO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA PARA LA FINANCIACIÓN EN LA COMPRA DE VEHÍCULOS SUJETO A CONDICIONES PREVIAS DE CONTRATACIÓN, APROBACIÓN Y OTORGAMIENTO POR PARTE BANCO RESPECTIVO. PRÉSTAMO PRENDARIO EN PESOS EN 12 CUOTAS MENSUALES. LAS CUOTAS CORRESPONDIENTES A ESTA FINANCIACIÓN INCLUYEN CAPITAL, IVA Y SEGURO DEL VEHÍCULO. LOS PRECIOS TIENEN IVA INCLUIDO. NO INCLUYEN GASTOS, FLETE Y SEGURO DEL FLETE. NO INCLUYE GASTOS DE PATENTAMIENTO...”

Y el pobre locutor continúa con su letanía, marchando a paso (aceleradísimo para ocupar la menor cantidad de tiempo posible) para tirarnos una carrada de información luego del aviso que intenta vendernos un auto. Que interesante, dijo nunca nadie. Este costoso y molesto sistema fue escuchado por todos y todas. Todos sabíamos que era para cumplir con una regulación administrativa (la Resolución N° 7 3/6/2002, de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor, que establece minuciosamente la información que debían contener los anuncios pu-

blicitarios¹). Todos sabíamos que ninguna conducta se había modificado con estos molestos e invasivos avisos.

Esta disposición fue derogada en 2017 pues “...es fácilmente comprobable la difusión de avisos publicitarios que si bien cumplen con la normativa vigente son poco claros para los consumidores y usuarios por la cantidad de información no esencial o irrelevante que es incorporada en las piezas publicitarias, desvirtuando la finalidad pretendida por las normas.” Ahora, más calmado, el locutor cumple con la sola obligación que le impone la nueva resolución: referir a una página web y/o línea telefónica². Pero incluso si vamos a estas direcciones de internet, estaremos ante el mismo problema: incontables detalles, alternativas y jergonza financieras que creo difícil que algún ser humano común y corriente pueda primero entender, y menos aún, actuar en base a lo que se consigna en esta página.

Ahora bien ¿existen sólo estas dos alternativas de regulación para tratar de informar a los consumidores? ¿Debemos resignarnos a escoger entre forzar a los publicistas a acelerar a un locutor a decir mil cosas en 10 segundos, o remitir a una página web donde también se escriben mil datos difíciles de entender? ¿No hay en la caja de herramientas de regulatorias del derecho administrativo otras opciones?

1 # Este artículo se basa en la charla brindada en las jornadas “Derechos Humanos, principio democrático y derecho administrativo”, realizadas por la Escuela del Cuerpo de Abogadas y Abogados del Estado el día 7 de diciembre de 2021, como cierre del año lectivo de la Maestría en Abogacía del Estado. Luego de esa charla se publicó una versión más extensa de lo allí desarrollado bajo el título “Ciencias del comportamiento, regulación o cómo pensamos que pensamos”, en la Revista de Derecho Administrativo, Noviembre - Diciembre 2021-138.

“Art. 4º – Cuando los precios se exhiban financiados deberá indicarse el precio de contado en dinero efectivo, el precio total financiado, el anticipo si lo hubiere, la cantidad y monto de las cuotas, y la tasa de interés efectiva anual aplicada, calculada sobre el precio de contado en dinero efectivo.” <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/74899/texact.htm>

2 La Resolución 915-E/2017 de la Secretaría de Comercio obliga a sólo a mencionar la página web del vendedor <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/302907/norma.htm>

2. El imperialismo de la Ciencia Económica y el diseño de las políticas públicas.

A poco que indagemos, en la base de esta intervención encontramos una manera de pensar al momento de tomar decisiones públicas: los poderes dan por descontado que los actores toman decisiones racionales, luego de una evaluación consciente y meditada de las alternativas a la mano. Recién luego de un análisis de esas posibilidades, deciden de una manera coherente con sus intereses individuales.

Esta metodología “racionalista”, propia del análisis económico, ha colonizado desde los 70 a todas las ciencias sociales. Así Gordon Tullock pudo decir que se había consagrado el “imperialismo” de la ciencia económica (o quizás mejor dicho, de su método) sobre el resto de sus hermanas³. Lo mismo sostuvo Gary Becker⁴, quien sobre la misma época desarrolló su modelo SMORC (Simple Model Of Rational Crime): las regulaciones para el control del delito debían basarse en el principio económico de la máxima utilidad. El delincuente decidiría cometer un crimen sopesando consciente-

3 TULLOCK, GORDON; “Economic Imperialism”, en C. K. Rowley, ed., Virginia Political Economy (pp. 3-15), The Selected Works of Gordon Tullock, Vol. 1, C. K. Rowley, Ed. Indianapolis, Liberty Fund; traducido en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303184131/rev01_tullock.pdf. Un desarrollo sobre el concepto de “imperialismo de la economía” y el aparente consenso en la literatura académica de la época puede verse en MAKI, USKALI, (2009). “Economics imperialism: Concept and constraints”, Philosophy of the Social Sciences 39(3), 351380; <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.493.7843&rep=rep1&type=pdf>

4 “He llegado al convencimiento de que el enfoque económico es aplicable a toda la conducta humana, ya se trate de un comportamiento que sigue precios monetarios o precios imputados; sean decisiones repetidas o infrecuentes, importantes o menores; objetivos emocionales o mecánicos; personas ricas o pobres; hombres o mujeres, adultos o niños; brillantes o estúpidos; pacientes o terapeutas; empresarios o políticos, profesores o alumnos.” BECKER, GARY S., “The Economic Approach to Human Behavior”, The University of Chicago Press, 1976. Su visión sobre la aplicación del método del análisis económico a todos los ámbitos de la vida social se condensan en el discurso de aceptación del Premio Nobel de Economía de 1992; BECKER, GARY, “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, Journal of Political Economy, 101/31, 1993, pp. 385-409.

mente sólo dos factores: las posibilidades de ser aprehendido y el monto de la pena que se le impondría si es capturado⁵.

A partir de allí, el trasvasamiento de estos principios del método económico al derecho pudieron hacer sostener a los propulsores del *economics analysis of law* que estas herramientas permitían obtener conclusiones verdaderamente “científicas” en el campo jurídico. Ahora sí se lograría determinar el resultado más eficiente de la aplicación de las normas legales, por sobre los clásicos estándares del análisis jurídico tradicional. Hay perlitas maravillosas. Véase este alarde de modestia en uno de los autores más clásicos del análisis económico del derecho, Robert Cooter: “Una teoría científica para predecir los efectos de las sanciones sobre la conducta, de la que carecían los abogados, se desarrolló en economía después de 1960. Así como las leyes imponen sanciones a los actos, en los mercados se cobran precios por los productos adquiridos. Los economistas desarrollaron la teoría de los precios, que es matemáticamente precisa y empíricamente confirmada, para predecir cómo las personas responden a los precios. Para los economistas, las sanciones se parecen a los precios, ya que ambos son aranceles fijados al comportamiento. Es de suponer que las personas respondan a sanciones más severas al igual que responden a precios más altos. La adaptación de teoría de los precios al derecho permitió a los economistas predecir cómo las personas responden a las sanciones.”⁶ De acuerdo al bueno de Robert, ahora si podemos decir que el derecho es “científico”...

5 Autor citado, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, puede consultarse en NBER, 1974; http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/JEP/Readings/Butler%20Economic%20Analysis%20for%20Lawyers%203rd%20ed/CH%20VII%20Crime.pdf; y traducido en http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20-%20Crimen%20y%20Castigo.pdf.

6 COOTER, ROBERT, “Law and Unified Social Theory”, 22 J.L. & Soc’y 50 (1995), traducido como “El Derecho y la Teoría Social unificada”, disponible en http://ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Robert%20Cooter%20%20El%20Derecho%20y%20la%20Teoria%20Social%20unificada.pdf

3. Las decisiones en la vida real

A partir de los años 90 pero con mucha más fuerza de los 2000 en adelante, los cimientos supuestamente incommovibles de la metodología del análisis económico, y su aplicación al derecho y al resto de las ciencias sociales, comenzaron a temblar bajo el ataque de la llamada *behavioral economics*, traducida como “economía de la conducta” o “economía del comportamiento”⁷.

Como resulta evidente para cualquier psicólogo las personas no tomamos siempre decisiones de manera lenta y calma, sopesando alternativas y utilizando medios que permitan llegar al objetivo deseado. En muchas oportunidades (la mayoría, como veremos más adelante) decidimos de manera inmediata, automática, rápida, inconsciente. Precisamente, fueron dos psicólogos, Daniel Kahneman y Amos Tversky⁸, quienes establecieron (con estudios de laboratorio que involucraban a personas reales tomando decisiones), que por diversos motivos la mayoría de las veces resolvemos de manera instantánea, sin análisis ni meditación alguna,

7 Prefiero, por consejo de mis amigos psicólogos, hablar siempre de ciencias del “comportamiento” y no “de la conducta”, para no transferir a nuestro campo las rencillas de la psicología sobre “conductismo”, “psicoanálisis clásico” y varios otros. La otra denominación muy popular es la de “economía del comportamiento” o *behavioral economics*, pero con ella le quitamos la visión multidisciplinaria que tanto enriquece este campo del conocimiento. Hay un muy útil desarrollo sobre su aplicación al derecho, que en inglés se denomina *behavioral analysis of law*. Me cuesta encontrar una traducción precisa a esta expresión. Quizás podríamos llamarlo algo así como “ciencias del comportamiento y derecho”.

8 Kahneman y Tversky eran dos grandes amigos con personalidades complementarias. Daniel, pesimista por principio, inseguro, sometía todo a incontables revisiones era el gran organizador de *papers* e ideas. Amos, héroe de guerra, optimista incorregible, era inteligente hasta el límite de la soberbia, punzante y gracioso en los debates. Trabajaron juntos desde 1969 hasta 1984, cuando la relación se ajó. Volvieron a amigarse poco antes que Tversky falleciera de cáncer en 1996. Y en 2002 Kahneman ganó el Nobel de Economía en soledad (sin Amos, pues no pueden otorgarse premios póstumos), por “haber integrado aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que se refiere al juicio humano y la toma de decisiones en estados de incertidumbre”. Un libro encantador cuenta la vida personal y académica de estos dos amigos: “The Undoing Project: A Friendship That Changed Our Minds”, de Michael Lewis, W. W. Norton Company, 2016).

yendo directamente del estímulo a la acción, de manera “irracional” (o mejor dicho, contraria a la racionalidad metodológica de la economía).

Los estudiosos israelíes pudieron comprobar que una gran cantidad de decisiones se toman en base a los principios de lo que llamaron “Sistema Uno”: rapidez, automaticidad, falta de reflexión. En otras oportunidades (las menos) utilizamos nuestro “Sistema Dos”, que nos lleva a actuar recién después de un debate interno lento, trabajoso y especulativo⁹.

Puestos contra las cuerdas por los nuevos descubrimientos, los sostenedores del análisis económico neoclásico indicaron que obviamente existían otros factores y condicionantes en la decisión humana más allá de interés personal. Pero que para poder construir modelos analíticos era necesario limitar las variables en juego. Así se debía dar por sentado que las personas decidían evaluando alternativas, sopesando consecuencias de modo de obtener resultados que maximizaran sus beneficios. Por otro lado, argumentaron que más allá que en algunos casos puede haber desviaciones de estos modelos “racionales”, en los grandes números el método es útil pues en absoluta mayoría de las veces la realidad comprobaría que las personas, al decidir, emplearían medios compatibles con la obtención de los mayores beneficios personales¹⁰.

Al primero de los argumentos (la necesidad de asumir determinados presupuestos para poder modelizar conductas) la economía del comportamiento respondió afirmando que, si bien en la

9 El libro imprescindible en este punto es “Pensar rápido, pensar despacio” de Daniel Kahneman (Ed. Debate, 2012).

10 Nuestro amigo Cooter, citado más arriba, sostiene con claridad esta posición: “Los economistas suelen decir que estos modelos tienen éxito porque la maximización modela la racionalidad y la mayoría de la gente es racional. La evaluación de esta afirmación requiere una comprensión de la racionalidad económica. Diferentes personas quieren cosas diferentes, tales como riqueza, poder, fama, amor, virtud o felicidad. Una concepción de la racionalidad sostiene que las personas racionales pueden clasificar las alternativas según la medida en que les permiten acceder a lo que desean. La racionalidad exige, además, elegir la alternativa más alta que está disponible. Sería irracional estar peor según su propio criterio cuando se puede lograr lo mejor.” (Autor citado, loc. cit; pag. 5).

gran mayoría de nuestras decisiones actuamos “irracionalmente”, somos (en palabras de Dan Ariely) “predeciblemente irracionales”¹¹. Quizás el gran mérito de los fundadores de las ciencias del comportamiento fue la sistematización de la forma en la cual se toman las decisiones no conscientes, automáticas o irracionales para a partir de allí construir modelos.

Individualizaron una serie de “sesgos cognitivos” que son los que nos hacen equivocarnos de determinada manera, regularmente, con un patrón constante y con resultados que pueden ser previstos, ordenados y eventualmente evitados¹². Los sesgos son definidos como el efecto psicológico que produce una desviación en el procesamiento mental, lo que lleva a una distorsión, juicio inexacto, interpretación ilógica, a una “irracionalidad”, en el sentido que no hace coincidir nuestras intenciones con los resultados obtenidos.

Sin meternos en las honduras de la psicología antropológica o cosas por el estilo, es evidente que estos sesgos aparecen como una necesidad evolutiva para decidir rápidamente ante ciertos estímulos, problemas o situaciones que se nos presentan. Es que desde siempre el hombre tuvo una incapacidad de procesar toda la información disponible: por ello la filtra de forma selectiva y subjetiva. En determinados contextos conducen a acciones más eficaces o permiten adoptar decisiones más rápidas, cuando la inmediatez es el mayor valor. Podemos colegir en que el hombre primitivo, ante la aparición al trote de un gliptodonte de tres metros de largo y uno y medio de altura, no se ponía a cavilar sobre si

11 Ariely es serio en los temas tratados y divertido expositivamente en su libro “Predictably Irrational” (Harper Collins, Segunda Edición, 2009) donde sistematiza los principios de nuestras decisiones “irracionales”. Hay una edición en español, “Las trampas del deseo: Cómo controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error”, Ed. Ariel, 2013.

12 “La mayoría de las cosas que pensamos y hacemos (Sistema 2) se originan en el Sistema 1. El Sistema 2 toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él normalmente el que tiene la última palabra. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse, porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error.” (KANHEMAN, DANIEL; “Pensando ...”, Primera parte, pag. 40).

era carnívoro o herbívoro: simplemente corría a buscar de refugio.

Estos sesgos, que pudieron representar un arma valiosa en la preservación de la especie humana, hoy pueden conducirnos a cometer errores graves. Ese cavernícola utilizaba como fuente de información lo que le pasaba a él y a su clan. En la actualidad, con el bombardeo de información que tenemos por doquier, quizás “corramos” ante un riesgo que es estadísticamente insignificante (como la mordedura de un tiburón en la playa o la caída de un avión de pasajeros). Sin embargo, como los medios ya están acostumbrados a las muertes por accidentes de tránsito y casi que ni los mencionan, subestimamos los peligros de viajar por la ruta y sobrestimamos los que la tele nos pone dramáticamente en pantalla.

Otro desafío al diseño metodológico de los modelos económicos presente en muchas de las políticas públicas es qué se tiene en cuenta al decidir. ¿Actuamos puramente movidos por el interés individual? ¿O nos influye lo que piensa nuestro grupo social o nuestros pares? Nuevamente, los behavioralistas pudieron demostrar que una carta que destaca el alto cumplimiento en el pago de impuestos o el ahorro de energía por parte de nuestros vecinos es mucho más efectiva que las amenazas de muerte que se reciben de las agencias recaudadoras en todo el mundo intimándonos al pago de los impuestos atrasados, o que las subas de tarifas que tienden a desalentar el consumo de gas o electricidad.

4. Los mil y un sesgos

Desde los inicios de la economía conductual los autores fueron identificando y sistematizando estos sesgos, estas desviaciones del pensamiento “racional” que nos llevan a errar de manera persistente. Se dice que ya se han identificado más de doscientos.

A estos sesgos se los puede contrarrestar mediante el uso de nudges, pequeños empujones que llevan a mitigar sus efectos para que nuestras decisiones alcancen los resultados realmente deseados.

Fueron Richard Thaler¹³ y Cass Sunstein¹⁴ quienes aplicaron a las behavioral sciences el término “Nudge”¹⁵ con un nuevo significado, al punto que así se llamó uno de los libros fundacionales de nuestro campo. Y lo definieron como: “Cualquier aspecto de la arquitectura de decisiones que altere el comportamiento de las personas de un modo predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar significativamente sus incentivos económicos.”¹⁶ Es una suerte de GPS: nos sugiere un modo de acción que nos llevará en el menor tiempo posible a la dirección deseada. Pero el decisor siempre es libre de dejar al aparato recalculando, y tomar la ruta que escoja. El pequeño empujón no debe contemplar una ventaja económica, ni debe prohibir la elección de alternativas. El nudge puede ser una sugerencia para que la persona decida siguiendo su “Sistema Uno” en el modo que lo favorezca (se hace “saliente” la comida saludable poniéndola al principio del menú, aumentando las chances de que se la elija). O puede ser un empujón para que salga del “Sistema Uno” y decida usando su “Sistema Dos” (las rayas perpendiculares en un sitio peligroso en

13 Richard Thaler fue Nobel de Economía 2017. Escribe con profundidad y con un estilo descontracturado. Hizo un cameo con Selena Gómez en la película “The Big Short” (en español conocida como “La Gran Apuesta”, <https://www.youtube.com/watch?v=AUM59Eh6vTw>). De sus muchos libros, “Misbehaving. The making of Behavioral Economics” (en español “Portándose mal”) tiene un muy buen resumen de los orígenes y descubrimientos de la economía del comportamiento, y el épico enfrentamiento que los juristas Sunstein y Jolls, y el mismo Thaler mantuvieron en un congreso en Chicago con los profetas del *economics analysis of law* (Cap. 27; WW Norton & Co en inglés, 2015 y Ed. Paidós, 2018 en español).

14 Cass Sunstein es un polifacético abogado, compañero de B. Obama en la Universidad de Chicago y amigo desde entonces del ex presidente. Profesor de derecho administrativo, regulación y *behavioral analysis of law* en la Univ. de Chicago por 27 años, en 2010 se mudó a Harvard. Fue Director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) en la Administración Obama. Y debemos suponer que Cass dicta mientras duerme, pues ha escrito centenares de artículos y más de 30 libros, al punto de ser el autor jurídico más citado en los journals del mundo.

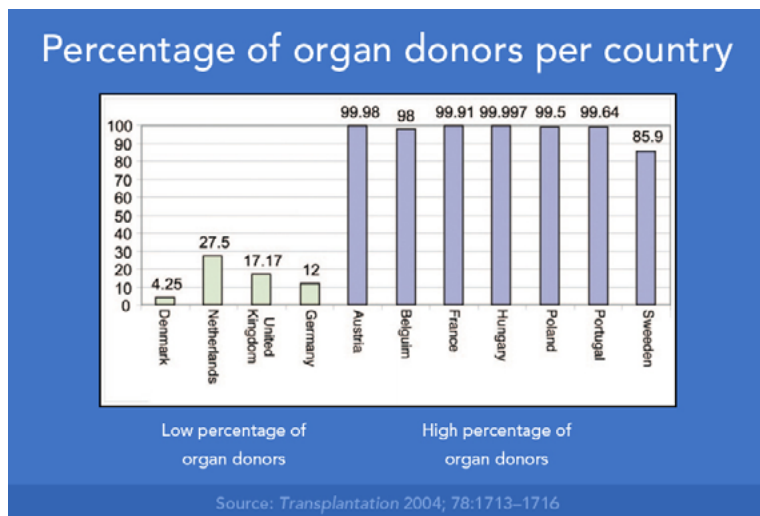
15 El libro se publicó en 2008. Existe una edición en español, “Un pequeño empujón”, Ed. Taurus, 2017. Existe una “final edition” (así se ha subtitulado) de 2021, que no he llegado aún a leer.

16 “Un pequeño...”, pag. 8.

la ruta –que llaman la atención a la vista y hacen vibrar el vehículo– sacan de la conducción automática para estar atentos a una curva o un cruce peligroso).

5. Derecho y Ciencias del Comportamiento.

Veamos el siguiente cuadro, que muestra el porcentaje de donaciones de órganos en diferentes países:



Comparemos países que, a primera vista, parecen de culturas más o menos similares. En Alemania dona el 12% de la población; en Austria casi el 100%. En Holanda (aunque que el gobierno envió una carta cada neerlandés rogándole tome la decisión de donar sus órganos luego de su muerte), sólo lo hace un 27%, contra el 98% de su vecina Bélgica. Dinamarca 4,25% contra 85% en Suecia; Reino Unido 17% contra 99% de Francia. ¿Tan mezquinos son los habitantes de los países de la izquierda del cuadro, tan generosos los de la derecha?

Lo que ha determinado semejante disparidad entre unos y otros es la simple utilización de un instrumento jurídico. Un instrumento que la Facultad de Derecho nos lo presentaban como “neutro”. De acuerdo a la mecánica tradicional de nuestro razo-

namiento jurídico, poco importaba lo que la norma estableciera supletoriamente, en aquellos ámbitos donde regía la “autonomía de la voluntad”. Por ejemplo, no debería afectar la cantidad de donantes el hecho que la ley disponga que al momento de morir se considere que somos donantes presuntos (salvo que en vida hayamos decidido lo contrario), o, a la inversa, se presuma que no donamos. En uno y otro caso, las personas evaluarían las alternativas y valores en juego y decidirían libremente, tildando el casillero pertinente en las mil oportunidades disponibles.

Pero en el mundo real los resultados son muy distintos. El hecho que la legislación dispusiera, en los países de la derecha del cuadro, que en caso de silencio del causante se presume que dona sus órganos ha tenido un efecto dramático en el manejo de la salud pública. Es que ha actuado un “sesgo”, el sesgo de status quo: lo que dispone la norma se toma como punto de referencia, y cualquier cambio con respecto a ese punto se percibe como una pérdida o desventaja¹⁷.

Este nudge de seleccionar cual es la regla del default ha tenido innumerables aplicaciones prácticas. El cambio en la opción de enrolarse en un sistema de previsión social en las fuerzas armadas norteamericanas; el establecimiento por defecto de un plan de energía “verde” (y algo más cara) por sobre el tradicional en base a residuos fósiles en Alemania o Suiza; la propina propuesta en un porcentaje y adicionada a la cuenta, salvo que el comensal la rechace. La trascendencia que tiene para el lado que la regla por default se establezca contradice los principios de la elección racional: en vez de decidir sopesando alternativas, la mayoría nos dejamos llevar por la decisión que la norma o el sistema “toma” por nosotros.

6. Sesgos y la conducta en el Derecho.

El reconocimiento ya universal de la existencia de sesgos que

17 SUNSTEIN, CASS “Behavioral Analysis of Law”, Program in Law & Economics Working Paper No. 46, 1997, pag. 6; <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12876715/Behavioral%20Analysis%20of%20Law.pdf?sequence=1>.

nos llevan a equivocarnos de manera metódica y sistematizable ha tenido un impacto tremendo en el derecho, al punto de constituirse en un campo de estudio independiente.

Como ya vimos, las reglas del default no son neutras sino que determinan las conductas de las personas.

Por ejemplo, no se logra cubrir la ausencia de información haciendo disponible todos los datos sobre cómo se compone un alimento, ni con un desgranado y extenso análisis de cómo se calculan los intereses en un préstamo a largo plazo. Esta info no llega a incidir sobre la conducta del consumidor que no puede procesar tanto dato. Sin embargo, un sistema simple que combine etiquetas o colores para los alimentos más nocivos, o una tabla de dos columnas donde compare intereses y cuotas pueden en verdad influir en la decisión final de compra o endeudamiento. De este modo el campo de las intervenciones públicas se agranda.

El dueño de un supermercado (mejor dicho, su departamento de marketing) era plenamente libre de organizar el recorrido de sus clientes y la ubicación de los productos como mejor le conviniera. En busca de obtener mayores beneficios, se hacía pasar a los compradores por lugares que el que quizás nunca irían por sí solos. A la altura de los ojos y en las puntas de góndolas se ubicaban los productos que más quería vender. Cerca de las cajas se llenaban los pasillos con chocolates, pilas y snacks que el consumidor ni tenía pensado comprar. Es que el marketing emplea (como el que habla en prosa sin saberlo) estos sesgos de saliencia (se decide en base a lo que nos llama la atención) y de disponibilidad (se decide en base a la información que tenemos más a mano y a la vista, olvidando buscar en los estantes de abajo o en otro lugar más lejano). ¿Es legítimo intervenir en esta arquitectura diseñada por el mercadeo para que el ciudadano consuma lo que el dueño del comercio quiere? ¿Se lo puede obligar al empresario a ubicar en esos lugares estratégicos productos más saludables, más baratos o producidos más cerca de los lugares de venta?¹⁸

18 Sobre este punto publiqué un artículo en el Diario La Nación del 20/5/19 "Obesidad, conducta y góndolas", <https://www.lanacion.com.ar/politica/obesidad-conducta-gondolas-nid2249772/>

7. Argentina: la Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas

Las ciencias del comportamiento se han consolidado en la academia, partiendo desde la contraposición a los modelos económicos tradicionales, hasta constituirse en un campo de estudios interdisciplinario independiente.

En el campo de la economía, a los Nobel de Kahneman en 2002 y de Thaler en 2017 se sumó en 2019 el otorgado a Esther Duflo, Abhikrit Banerjee y Michael Kremer, por el uso de herramientas conductuales y su enfoque experimental en la lucha contra la pobreza.

En una gran cantidad de universidades extranjeras ya existen estudios formales de grado y de posgrado sobre ciencias del comportamiento. Más allá que en Argentina también se han incorporado como materias en diversos cursos y carreras (en especial las vinculadas a la economía y al derecho), la Universidad de San Andrés ofrece desde el año 2021 una Licenciatura en Ciencias del Comportamiento. La Universidad Favaloro tiene una clara orientación comportamentalista en sus carreras de grado, y la UBA ya ha orientado varias de sus materias de la carrera de Ciencias Económicas hacia este nuevo campo. La Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca ha incorporado una materia al grado de Derecho, y tiene además un grupo de investigación dedicado a behavioral afianzado desde hace varios años. La Universidad Católica Argentina también ha incorporado a sus posgrados el economic analysis of law y su cotejo con el behavioral analysis of law.

Y en el mundo entero han florecido las agencias dedicadas a analizar las políticas públicas en base a las ciencias del comportamiento. Y en Argentina, por Resolución SAE 28 del 28 de Julio de 2021, y con el apoyo expreso de la Presidencia de la Nación y del Consejo Económico y Social, se creó dentro de la Secretaría de Asuntos Estratégicos la Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas.

Su misión es promover la aplicación de las ciencias del comportamiento para el mejoramiento de las políticas públicas y la toma de decisiones de gobierno, con el fin de mejorar la calidad de

vida de las personas. Tiene como objetivos explorar y comprender el comportamiento humano y la manera en que las personas toman decisiones para orientar y diseñar mejores políticas públicas y sociales, desarrollar actividades de difusión, investigación, capacitación y formación vinculadas a las Ciencias del Comportamiento humano.

Se ha conformado ya una Red de Expertos, que colaboran con el organismo y han ayudado a confeccionar las bases para una convocatoria a proyectos de Ciencias del Comportamiento aplicados a Políticas Públicas a ser presentados por la sociedad civil y académica, y los equipos técnicos de los organismos públicos municipales, provinciales y municipales. La Unidad cuenta con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo en esta convocatoria y la contratación de los especialistas de las diversas áreas, y del BIT del Reino Unido para su organización inicial.

8. Una herramienta para hacer la intervención pública más efectiva

La justificación tradicional de las intervenciones públicas surgen de su vinculación con una falla de mercado. Pero ahora las ciencias de la conducta nos obligan a reparar en otro tipo de “fallas”, las “fallas cognitivas”. Aquellas que nos hacen decidir de forma equivocada, alejándonos de lo que queremos o nos conviene. Estas desviaciones llaman a una nueva justificación para la intervención del estado. Si se detecta una tendencia a mantener el status quo en relación a la regla del default establecida normativamente, si conviene al bienestar general promover la selección de una opción determinada, se debe intervenir en la estructura de esa norma para cambiar los resultados, como en el caso de los trasplantes. Si la información nutricional de un alimento se da en una larga enumeración de componentes en una etiqueta o un envase, el estado está habilitado a cambiar el diseño de esa información (simplificándola con una sola etiqueta con información breve, clara y sencilla) para hacerla saliente e influir realmente en la deci-

sión del consumidor¹⁹.

Una visión liberal podría calificar de intervencionista a esta justificación de la injerencia del estado. El desarrollo completo de esta discusión merece un artículo completo. Pero para adelantar el debate, cierro con los argumentos de Sunstein en nombre de la comunidad behavioral: “No es cierto que, cuando los Gobiernos se abstienen de actuar, los individuos toman sus decisiones con libertad y coherencia en favor de sus propios intereses y sin influencia alguna. Numerosas partes interesadas sacan provecho de la tendencia de las personas a pensar de manera automática, a sucumbir a la presión social y a apoyarse en modelos mentales, entre ellos, los prestamistas, los publicistas y las élites de todo tipo. En ese contexto, la inacción de los Gobiernos no necesariamente deja espacio a la libertad individual; por el contrario, puede representar una muestra de indiferencia frente a la pérdida de libertad.”²⁰

19 Como ya lo hizo nuestro país con la ley 27.642, de Promoción de la Alimentación Saludable sancionada el 26 de octubre de 2021, que tiene como meta que la población cuente con información sobre los productos que consume a través de un sistema de etiquetado que advierta cuando un producto tenga “exceso en azúcares”, “exceso en sodio”, “exceso en grasas saturadas”, “exceso en grasas totales”, y/o “exceso en calorías”, según valores propuestos por la Organización Panamericana de la Salud.

20 SUNSTEIN, CASS; “Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism”, Yale University Press, 2014; p. 4.

la potestad disciplinaria como herramienta de la buena Administracion

José Roberto Sappa¹

El Estado Constitucional de Derecho obliga a analizar las responsabilidades de los funcionarios públicos, a la luz de los principios que lo informan y de la transformación operada en la Administración Pública, lo que conlleva la revalorización de sus funciones y reconocimiento de sus derechos en el marco del interés público comprometido en toda la actividad Estatal.

El nuestro es un Estado de Derecho. Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todo Estado de Derecho se caracteriza por las siguientes notas esenciales: a) existencia de un ordenamiento

1 SAPPA, José Roberto, es Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, Presidente del Consejo de la Magistratura de la mencionada Provincia, es Magíster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Especialista en Administración y Gerencia Financiera Publica de la Universidad Nacional de La Pampa. profesor de Derecho Administrativo I y Profesor Adjunto Regular de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa; y docente de post grado en las Universidades Austral, Cordoba, Comahue, Río Negro, La Plata, del Nordeste y Cuyo. Es Co-Director de la carrera de Especialización en Administración y Control Publico de la Universidad Nacional de La Pampa. Ha publicado trabajos en revistas especializadas nacionales y ha asistido como expositor en congresos y conferencias en nuestro país y en el exterior. Es Presidente del Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la Republica Argentina.-

jurídico; b) que éste sea justo; c) que tenga vigencia efectiva, esto es, realización práctica; d) que se sancionen las transgresiones a tal ordenamiento legal.²

En tal sentido los principios republicanos imponen que el que ejerce una función pública deba responder por los actos que en ella realiza.³

En una sociedad como la occidental, en la que los intereses públicos son realmente distintos, aunque no contrapuestos a los intereses privados, la corrupción es la más grave conducta antiética. Y, si tenemos en cuenta que precisamente la sociedad occidental moderna se caracteriza por una excesiva valoración de lo individual, por un desproporcionado apego a los bienes materiales y por una triste falta de sensibilidad, aunque mucho se hable de derechos humanos, en relación con la dignidad humana, nos encontramos con un ambiente en el que difícilmente cuajan auténticas vocaciones para el servicio público. De ahí la importancia de los programas de Ética Pública y la necesidad de potenciar ambientes de altura ética para el ejercicio de la función pública.⁴

Existe pues, un interés público primario en que, en toda actuación administrativa, el accionar del Estado se desenvuelva con sujeción a los cánones predeterminados normativamente para cada situación.⁵

Por supuesto que el Estado debe atender y confrontar todos los males que pervierten sus valores, pero no cabe duda de que una de sus más importantes preocupaciones en este siglo es la de

afrontar con total fortaleza la lucha contra el embate de la corrupción analizando la responsabilidad de los agentes públicos.

Resulta primordial entonces comprender que el agente público es un servidor, cuya actuación debe ser cumplida para el bien de toda la comunidad.

Por eso la noción de funcionario o agente público no puede ser escindida de la responsabilidad y de la asunción de las consecuencias por las irregularidades que cometa.

Esa responsabilidad comprende a todos los empleados, cualquiera sea su rango; y, fundamentalmente, a los más altos funcionarios que ejercen funciones administrativas.⁶

Potestad Disciplinaria

La responsabilidad de los funcionarios públicos es una de las características fundamentales del gobierno representativo, de allí que toda acción administrativa se presenta como el ejercicio de un poder que la ley atribuye en forma previa y delimitada, por lo que el ejercicio de potestades por parte de la Administración siempre supone una atribución legal.⁷

En este sentido la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores en virtud de la especial sujeción, constituye un elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

De esta forma, el estudio de la organización no puede limitarse a las estructuras formales que integran las administraciones públicas. Desde una perspectiva realista, tales estructuras son construcciones ficticias, bajo las cuales se desarrolla y actúa, el auténtico aparato de dominación administrativa, formado por personas físicas. Se trata de sujetos particulares que, al insertarse en la administración, lo hacen portando sus propios intereses y preocupa-

2 CANDA Fabián O. Citado en El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas. El Derecho (2003) pp. 565.- CS, "Recchia de Sedrán," Fallos, 305:504.

3 BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, 6^o ed., La Ley, Buenos Aires (1964) t. I, pp. 340.

4 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "Ética, Poder y Estado", ediciones Rap, pp. 151.

5 GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, 7^o ed., Madrid (1976) t. I, pp. 82 y 115.

6 CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad de los funcionarios públicos, LL 1989-C-982.

7 GARCIA de ENTRERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., Curso de derecho administrativo. T.I, Madrid, Civitas, 2000, p. 431 y sigs.

ciones profesionales; son, desde un punto de vista material, personas que trabajan para la administración, y cuyas prestaciones de servicios son reguladas por el derecho.⁸

Las interacciones fuera de los vínculos verticales típicos del ámbito público dan paso a un contexto complejo y ambiguo, que confía en la interdependencia de niveles y unidades tanto dentro de la organización como entre éstas y los privados.⁹

Esta necesaria adaptación de las estructuras administrativas no modifica sino, por el contrario, reafirma la idea de que se está frente a una organización puesta al servicio de la comunidad, en la cual el rol de los funcionarios públicos y las responsabilidades que derivan del ejercicio de sus funciones, constituyen un pilar esencial. Brindar respuestas eficaces e idóneas en el desempeño de sus cargos, responder por los compromisos asumidos y hacerse cargo del resultado de su actividad, constituyen ejemplos del lugar que les cabe en el desarrollo del Estado Constitucional de Derecho.

Dado que a los Funcionarios Públicos le es exigible cumplir sus funciones con profesionalidad, eficiencia, ética, imparcialidad, adoptar la conducta debida, que merece la sociedad demandante de servicios, de obras, de derechos, las responsabilidades por la actuaciones irregulares no se encuentran ubicadas en el contexto jurídico meramente formal: siempre su aplicación concreta obedecerá a intereses estatales superiores.¹⁰

Por ende, la potestad disciplinaria de la Administración encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la

8 SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, vol. 1, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces (2004).

9 Ver. BOZEMAN, Barry. (coord.) La gestión pública: su situación actual. Trad. De Mónica Utrilla de Neira. 2da. Reimpr. México: Fondo de Cultura Económica (2006) en particular el Capítulo XXII.

10 IVANEGA, Miriam Mabel. La Responsabilidad Disciplinaria como Instrumento de Transparencia y eficiencia de la Gestión Pública. Derecho Disciplinario Internacional. Estudio sobre formación, Profesionalización, disciplina, Transparencia, Control y Responsabilidad de la Función Pública. Tomo I. Editora Forum, Belo Horizonte (2011) pp. 317.

organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, resultando específica de la relación que vincula a los funcionarios públicos con la Administración Pública.

Pero esta potestad excede el ámbito interno de la administración para proyectarse en la sociedad, que busca en el Funcionario Público condiciones de ejemplaridad. De esta forma, el eje legal que da apoyo a esa potestad se alimenta del interés público.

Dimensión Ética de la Buena Administración

En las formulaciones recientes sobre la esencia del buen gobierno y de la buena administración suele estar siempre presente la dimensión ética, seguramente porque se ha caído en la cuenta de que el gobierno y la dirección de instituciones públicas no es una actividad neutral. Debe estar orientada al bienestar integral de los ciudadanos y debe facilitar, por tanto, a quienes la realizan su mejoramiento personal. La importancia de la Ética en relación con la muy notable actividad política continúa siendo en el presente uno de los aspectos más complejos de afrontar probablemente porque todavía el poder, el dinero y la fama son tres grandes ídolos a los que se adora con intensa devoción.¹¹

La experiencia moral del ciudadano como funcionario y del particular en tanto colaborador de la Administración, constituyen el punto de partida de la investigación en la ciencia de la ética pública; su resultado es la determinación del sentido de aquella experiencia con base en los principios universales que proporciona la razón. Ello supone la exigibilidad de ciertos valores deseables, respecto de la conducta de los agentes públicos. La conducta de éstos, será ética si se exteriorizara el cumplimiento de los deberes y pautas que derivan de aquellos valores¹².

Sin embargo y sin perjuicio de reconocer, en mayor o menor

11 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas" adaptado a la Ley 5/2006, Colección Divulgación Jurídica, editorial Aranzadi, SA, Primera Edición, (2006) pp. 51.

12 COMADIRA Julio R. La ética pública y el ciudadano común, www.el-dial.com -DC242.

grado, los importantes esfuerzos que históricamente se han venido realizando, es evidente que en las últimas décadas asistimos a lo que podría denominarse “el descuido de la ética en la vida pública”, situación que ha conducido a una progresiva y acelerada desvalorización de “lo correcto”, para ser sustituido por conductas deliberadamente encaminadas a obtener provechos indebidos con un marcado desprecio por lo público y sin que importen las consecuencias altamente nocivas para la comunidad y su patrimonio.¹³

En ese sentido Oscar Bautista Diego señala que: “El disfrute individual del dinero y los bienes materiales sin duda atrae mucho más que el goce colectivo de los mismos. Pensar en uno mismo y no en los otros es la característica del individuo moderno. Una sociedad sin recursos éticos genera una transformación en la conducta de sus miembros basada en anti valores. Lo que es anti ético e inmoral, al extenderse en su práctica diaria, se torna como normal e incluso, es visto positivamente. La inmoralidad atrae actos inmorales”.¹⁴

En este breve cuadro general sobre la corrupción, un modelo ético aparece como una herramienta fundamental en la gestión pública.

Ética pública y ética privada, no son diferentes, sino que la primera es la proyección en el ámbito público de los principios éticos comunes¹⁵; por ello y en idéntico sentido se entiende que no existen dos morales o éticas, sino que dos manifestaciones distintas de una misma realidad: dos dimensiones diferentes

13 IVANEGA, Miriam Mabel “La Estructura de la Responsabilidad Disciplinaria y su aporte en la lucha contra la Corrupción - V Congreso Internacional de Derecho Disciplinario” Colección Jurídica Disciplinaria ICDD, Volumen III, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, pp. 27.

14 DIEGO BAUTISTA, Oscar. “La Ética y la Corrupción en la Política y La Administración Pública”, Tesis de Maestría, Universidad Internacional de Andalucía. Andalucía, España (2006) pp. 43.

15 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ Jaime. Principios de ética pública -corrupción o servicio-, Montecorvo, Madrid (1993) pp. 24/25. Ver también CA-PUTI María C. La Ética Pública, Buenos Aires (2000).

de un mismo fenómeno¹⁶.

En este tema, cabe recordar el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira: la ética no es un mero análisis lingüístico, ni puro empirismo psicológico o sociológico; “es ciencia teórica porque su objeto reside en la fundamentación teórica del orden práctico humano y supone, por ende, un conocimiento cierto y sistemático de la debida ordenación de los actos humanos; es práctica precisamente porque se refiere a algo que el hombre ha de realizar con arreglo a la razón y es normativa porque estudia las reglas que fijan lo debido para la acción de éste”¹⁷.

La idea central está puesta en el servicio a la colectividad, es decir, en la realización del bien común.¹⁸

El Derecho como contribución de la Buena Administración

En este punto y más allá de las consideraciones que exceden el objeto de este trabajo, entendemos que el Derecho debe hacer una gran contribución –sobre todo desde el punto de vista preventivo–, estableciendo reglas claras y precisas tanto de actuación como de contralor, pues como lo ha apuntado el profesor Mairal, “cuando el derecho está presente, la corrupción disminuye; cuando el derecho desaparece, surgen otros factores que inciden en la decisión pública. La corrupción es el más importante de esos otros factores.”¹⁹

Por lo expuesto, la responsabilidad es control y garantía. Es

16 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, La ética...op.cit., pp. 27/28

17 COMADIRA, Julio Rodolfo. “La regulación jurídica de la ética pública”, en Revista de Derecho Público, 2002-2: La emergencia económica, segunda parte, Santa Fe, RubinzalCulzoni(2002)pp. 598 y ss.

18 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “La dimensión ética”, Madrid, Dykinson(2001)pp.293.

19 MAIRAL Héctor A. “El efecto de la crisis en el Derecho” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap, N° XXVI-2, pp. 129.

Control de los actos del Estado y sus funcionarios y Garantía de los ciudadanos, como así también es un principio de orden y un instrumento de control del poder.²⁰

Si bien la responsabilidad del Estado y de los funcionarios constituye sustancialmente una garantía, ello no implica que haya que olvidarse que el primer interesado en que el principio de legalidad sea cumplido por sus agentes, resulte ser el propio Estado.²¹

La Responsabilidad Disciplinaria a tener por objeto prevenir y sancionar conductas que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública: se origina por una inobservancia de los deberes inherentes a la calidad de agente público. Dicha responsabilidad se hace efectiva a través de la “potestad disciplinaria” de la Administración, debiéndose estudiar en el “régimen disciplinario” de la Administración Pública, ya que éste forma el substrato de tal responsabilidad.²²

Por ende, la potestad disciplinaria de la Administración, encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con la Administración Pública. La Administración se protege a sí misma, a su orden interno y a las personas que trabajan a su servicio, lo que hace que justifique que sean objeto de un tratamiento distinto.

En cumplimiento de los cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron designados, cual es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la Ley, el

reglamento, los principios y valores de la comunidad y que, por lo tanto, deben verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, tanto por omisión como por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.²³

Sobre esta perspectiva, el derecho aparece como un instrumento de regulación, de control y de cambio social. Lo primero implica la determinación de condiciones organizacionales para las instituciones y para quienes forman parte de ellas; lo segundo implica el señalamiento de los límites funcionales dentro de los cuales pueden actuar tanto los servidores como los asociados y las consecuencias de su desbordamiento; y lo tercero implica la contribución de lo jurídico a la adaptación de la sociedad a los procesos evolutivos, esperados o sobrevinientes, que se producen dentro de ella.²⁴

Por tal motivo, el Derecho Disciplinario se erige como una importante herramienta para precaver la ocurrencia de conductas que puedan afectar el cabal cumplimiento de las tareas que se deben ejecutar en desarrollo de la gestión estatal, tornándose como absolutamente necesario e indispensable en la labor que se desarrolla en un Estado Social de Derecho, que busca garantizar la buena marcha y el buen funcionamiento de la administración pública, asegurando a los administrados que su ejercicio realmente concreta los derechos fundamentales, sociales, económicos y de distinta naturaleza.²⁵

20 REBOLLO, Luis Martín. “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado, Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Editorial Ciencias de la Administración, (2001).

21 IVANEGA, Miriam Mabel. “Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, Ediciones Rap, (2010).

22 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo Tomo III-B, Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cuarta edición actualizada – reimpresión, pp. 375.

23 MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. “Estado Actual del Derecho Disciplinario en Colombia” Derecho Disciplinario Internacional “Estudios sobre formación, profesionalización, disciplina, transparencia, control y responsabilidad de la función pública” Tomo I, pp. 214, Editora Forum.

24 OSTAU de LAFONT PIANETA, Rafael E. “La importancia Institucional del Derecho Disciplinario en el Siglo XXI” IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario y II Jornadas Provinciales de Control Público, Editorial RAP – Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Año XXXIV – 403.

25 MARTINEZ BAUTISTA, Jorge Enrique. “Autonomía del Derecho Disciplinario”, Derecho Disciplinario Internacional “Estudios sobre formación, profesionalización, disciplina, transparencia, control y responsabilidad de la función pública” Tomo I, pp.124, Editora Forum.

El Derecho Disciplinario escindido del Derecho Penal como contribución a la Buena Administración.

Hasta ahora el tratamiento del poder sancionador de la Administración ha consistido en un estudio sectorial y problemático: a) sectorial por haber sido abordado con timidez, pero sin conexión ni esfuerzo coordinado por el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, por cuanto a todos afecta, al menos como una cuestión de límites; b) problemático, por cuanto el carácter de zona fronteriza que ha pesado siempre sobre las sanciones administrativas ha llevado a la ciencia penal a renunciar a un estudio frontal y exhaustivo gastando toda la energía discursiva en la eterna cuestión previa sobre la adscripción de este sector del ordenamiento a una u otra disciplina jurídica y condenando -lo que es propio del Derecho Penal- a las sanciones administrativas a un obsesivo y constante problematismo.

Las sanciones administrativas que entran, pues, en la zona polémica son las sanciones que impone la Administración, como consecuencia de los llamados poderes de policía general o de orden público, o de policía especial en los diversos sectores de la actividad administrativa.

Se ha sostenido que se trata de una potestad ejercida respecto de determinadas actividades sometidas al poder de policía y a un régimen jurídico de sujeción, fiscalización y control.²⁶ Se incardina en el concepto general del *ius puniendi*.

El profesor Miguel Marienhoff la define como la atribución que le compete a la Administración "...para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de éstos contrarios a lo ordenado por la Administración, y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales". Esta amplia noción incluye la potestad sancionadora correctiva y disciplinaria.²⁷

26 MALIAR, Daniel. *Derecho Administrativo Sancionador*, Buenos Aires, Ad-Hoc (2004) pp.34.

27 MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ta. Edición (2000) pp. 628-629.

La Potestad sancionadora traduce un "auténtico poder jurídico, esto es, de un poder derivado del ordenamiento jurídico y que, como todos los demás atribuidos a la Administración, está encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social... Es un poder de signo represivo que se acciona frente a cualquier perturbación que de dicho orden se produzca".²⁸

La Administración Pública se encuentra investida de esta potestad por el ordenamiento jurídico y dentro de esta potestad sancionatoria también se distinguen la de autoprotección, subclasificadas en disciplinarias, de policía dominial, rescisorias de actos administrativos favorables y tributarias.²⁹

Respecto a la potestad sancionadora y el vínculo con la disciplinaria, estamos frente a una relación de género-especie que debe respetar las características propias de cada una, en particular por los fines que persiguen y los derechos que se afectan con su ejercicio.

Ahora bien, la defensa por la independencia del poder disciplinario y de su regulación ha llevado a que se aceptara el carácter inherente de la potestad, criterio que no implica violentar los principios del actual Estado de Derecho.

Por tal motivo se considera que no resulta admisible aplicar las normas penales a la deducción de responsabilidad disciplinaria administrativa, sin que previamente se haya procedido a realizar las adaptaciones necesarias que imponen las especificidades propias del derecho disciplinario.

En este sentido, en la República Argentina, el Derecho Disciplinario todavía no ha avanzado lo suficiente para contar con reglas y principios que le sean propios, resultando en algunas jurisdicciones provinciales aplicables a los casos la concurrencia a los principios, garantías e instituciones del derecho penal.

Ante esta panorámica se plantean dos alternativas: por un lado

28 SUAY RINCON, José. *Sanciones Administrativas*. Bolonia, Editorial Publicaciones del Real Colegio de España (1989) pp. 20.

29 IVANEGA, Miriam Mabel. "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, Ediciones Rap, (2010).

dejar que el Derecho Disciplinario, -no obstante la importancia que tienen principalmente en sociedades en transición en tanto instrumento clave en la lucha contra la corrupción, ineficacia, ineficiencia, impunidad,- siga dependiendo del Derecho Penal o del Derecho Administrativo, sin unas claras reglas de juego o, por el otro lado, dotarlo de una naturaleza jurídica propia.

En Argentina, autores como Diez (Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo* 2da. Edic. T I, Buenos Aires, 1974, p. 276) o Fiorini (Fiorini, Bartolomé, *Derecho Administrativo*. T. I, p.p. 844-846) incluyen al Derecho Disciplinario dentro del Derecho Administrativo, otros, en cambio, como Marienhoff, (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo* T.III-B.p.436 y T.I p.p. 165 y sig. Y 609 y sigs.) o Villegas Basavilbaso (Villegas Basavilbaso, Benjamin, *Derecho administrativo* T. III, Buenos Aires, 1951, p. 530) lo consideran como un aspecto del Derecho Penal, al que adjetivan como disciplinario. Cassagne (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6º edic. Tº I, Buenos Aires, 1998, p. 188), a su vez, si bien se refiere al Derecho Penal disciplinario, entiende que éste integra, en rigor, más allá de su contenido represivo y sancionatorio, el Derecho Administrativo.

Sin duda el camino más sencillo sería la primera alternativa dado que la segunda conlleva un problema de la investigación centrado en su operatividad racional del Derecho disciplinario, a fin de auscultar si es factible traspolarlos principios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo al Derecho Disciplinario, así como demostrar cómo éste último puede reconocer categorías dogmáticas propias. Pero nuestro desafío es seguir investigando en este último sentido.

Concebido el Derecho Disciplinario como conciliador entre la potestad disciplinaria y el escrupuloso respeto por las garantías supralegales que asisten al funcionario, se puede materializar el principio de justicia en tanto valor superior y de debido proceso como aplicación y concreción de tal valor, elementos estructurales de una Administración Pública que busca la excelencia, con base en los postulados de acceso a la función pública conforme a los criterios de igualdad, mérito, capacidad y los principios de objetividad, eficacia y jerarquía.

Es cierto también que parte de la doctrina atrapa en el concepto de Derecho Sancionador Administrativo al Derecho Disciplinario, no obstante, no se percata que las diferencias con sus subespecies son notorias, habida cuenta que los tipos de control y sus diferentes naturalezas, hace que las estructuras de responsabilidad también sean diferentes, demandándose en éste un juicio de reproche ético, configurador de la exigencia de culpabilidad.

Esta ventaja diferencial dista de lo que sostienen autores como Alejandro Nieto, pues basa su investigación en la subespecie del Derecho Disciplinario como parte del Derecho Sancionador Administrativo.³⁰

Pero tampoco debe confundirse, como frecuentemente se ha hecho, al Derecho Penal Administrativo con el Derecho Disciplinario.

“...el derecho penal administrativo nació como consecuencia del intervencionismo del Estado y se dirige a los particulares que, en desarrollo de sus actividades, burlen o quebranten esa fuerza intervencionista del Estado contemporáneo. En cambio, el derecho disciplinario -que también es administrativo-, mucho más antiguo en el tiempo pese a que, obviamente, haya evolucionado al compás de los mismos avances de la ciencia administrativa de la cosa pública, comprende normas jurídicas que tienen como causa el vínculo que une al Estado con sus funcionarios y empleados, determinando sus derechos y deberes igual que sus faltas, señalando cuándo, cómo, por cuál autoridad y bajo qué requisitos son sancionables. Es claro entonces que el sujeto pasivo del derecho disciplinario administrativo siempre será un funcionario o empleado público.”

“El derecho disciplinario administrativo no se ciñe a los moldes tradicionales que informan el derecho penal en general o común porque su mira va dirigida a la moralidad y a la eficiencia del buen servicio público, entendido como una institución. Su base o fundamento es de tipo técnico, administrativo y político. Es más de inspiración social y estructural que individual, y de allí que no puedan ser elementos suyos los atinentes a la tipicidad, la impu-

30 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid. (1994).

tabilidad, la culpabilidad, etc., con el rigor con que son analizados como si se tratase de una cuestión penal strictu sensu".³¹

"El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones, o incurrir en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley. Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada derecho administrativo disciplinario".³²

La aplicación del Derecho Disciplinario a los directivos de la administración o funcionarios políticos.

Ahora bien, determinada que sea la existencia de un Derecho Disciplinario como un Derecho con naturaleza jurídica propia, deberíamos indagar respecto de su aplicación a los funcionarios políticos o de gabinete.

No podemos olvidar que la buena administración es un concepto que ha de proyectarse sobre los responsables, sobre los directivos. Es posible construir grandes teorías sobre la buena administración en el aire, pero la mejor teoría sobre la materia es un buen directivo o gobernante en acción. Lo demás son abstracciones o generalidades que servirán en la medida en que quienes dirigen o gobiernan instituciones públicas, lo hagan con la mirada puesta sobremanera en los ciudadanos a los que sirven.³³

La doctrina ha intentado, a veces infructuosamente, distinguir entre funcionario y agente público. No obstante ello, la denominación de funcionario público suele confundirse con la de autoridades públicas; por eso siguiendo a Fiorini es necesario definirlos a

31 Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de abril 13 de 1988, M.P. Lecompte Luna, Colombia.

32 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-438 de 1992, M.P. Cifuentes Muñoz.

33 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas" adaptado a la Ley 5/2006, Colección Divulgación Jurídica, editorial Aranzadi, SA, Primera Edición, (2006) pp. 51.

partir de las atribuciones que determinadas personas tienen para representar o ser titulares de los tres poderes estatales, cuya situación no puede ser identificada con los regímenes administrativos de los denominados agentes del Estado.³⁴

Como ha señalado Sayages Lazo, en parte el problema es de mera terminología y si se reduce a eso tanto da el uso del calificativo genérico de funcionario público como el de sustituir dicha expresión por agente público u otra cualquiera, si luego se estudian distintas categorías. Pero lo que interesa no es la denominación, sino el régimen jurídico aplicable.³⁵

Así, los titulares de autoridad incluidos los de poderes reconocidos en las normas constitucionales o de organismos incluidos en ellas (presidente, ministros, jueces, legisladores, autoridades superiores del Ministerio Público, de las Fiscalías de Estado, organismos de control, gobernadores, entre otros) no se encuentran ligados por relaciones de empleo público, ni por actos contractuales administrativos es decir, en principio hay algunos funcionarios públicos que en principio no contarían con un régimen jurídico aplicable para responsabilizarlos disciplinariamente.

Jerárquicamente debajo de las autoridades públicas encontramos un sinnúmero de sujetos que ocupan diversos rangos, funciones, cargos, que no se encuentran encuadrados en regímenes de empleados públicos y que son considerados generalmente funcionarios políticos o de gabinete (Ministros, subsecretarios, Directores Generales, etc.).

La relación jurídica que los une al ámbito público es variada y responde a distintos regímenes algunos de los cuales se identifican con una especie de tarea o función que las caracteriza, pero que también tiene una incidencia mayor en la satisfacción de determinadas necesidades sociales.

A la luz de la doctrina como de la jurisprudencia tanto judicial

34 IVANEGA, Miriam Mabel. "Las Relaciones de Empleo Público", pp. 106, 1ra. ed. Editorial La Ley (2009) Buenos Aires.

35 SAYAQUES LAZO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo R. I, Montevideo (1953) pp. 262/264

como administrativa, en la República Argentina, la responsabilidad administrativo-disciplinaria de los funcionarios políticos o de gabinete no ha sido objeto de mayor atención.

De manera distinta a lo sucedido respecto de otros ámbitos o manifestaciones de la responsabilidad de los agentes públicos (ej. La política, la patrimonial o la penal), lo atinente a la viabilidad de la potestad disciplinaria por irregularidades administrativas adjudicadas a estos funcionarios no encontró mayores manifestaciones en hechos de la realidad, ni ha sido motivo de indagación académica, salvo lo desarrollado por Fabián O.Canda en su Tesis de Maestría y escritos desarrollados por él.³⁶

Podemos inferir los razonables motivos de esta carencia: dependiendo éstos funcionarios de la confianza del superior (presidente o gobernador, ministros, etc.) cuando éstos consideren que política o administrativamente sus desempeños han resultado ilegítimos o inconvenientes, habrán de solicitarles la renuncia o, haciendo uso de la atribución constitucional, dispondrán de su remoción. (art. 99, inc. 7º, 100, inc. 2º y 3º y 103, CN).

Ahora bien, en los tiempos que corren, las cuestiones no se presentan siempre de modo tan sencillo.

Muchas veces denuncias, noticias o reclamos presentados o hechos públicos por ciudadanos comunes, organizaciones no gubernamentales, representantes políticos-partidarios hacen que los funcionarios renuncien, o que su superior jerárquico le solicite la renuncia o que lo remuevan del cargo, sin posibilidad de ejercitar el legítimo derecho constitucional del debido proceso y sin posibilidad de otorgar a la sociedad certeza del obrar del funcionario, si es el caso su responsabilidad administrativa.

La pregunta que nos hacemos es si, en estos casos, que en principio no contaría con regulación normativa, son aplicables las garantías que rigen el Derecho Disciplinario substancial y procesal.

El artículo 27 de la Ley 25.164 establece que al personal de gabinete se aplicarán los preceptos del capítulo del Régimen Disci-

plinario, en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones.

La Procuraduría de Investigaciones Administrativas ha manifestado, con meridiano acierto que, la falta de reglamentación legislativa del art. 27 no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Conf. Fallos 321:2767).³⁷

En Argentina no es común encontrar casos de ejercicio de la Potestad Disciplinaria sobre dichos funcionarios en su cabal sentido (es decir, investigación mediante, brindando al imputado facultades de defensa y concluyendo ya en la falta de responsabilidad, o ya en alguna sanción).

Ahora bien, hacerlo posible permitiría revalorizar los principios y fines que están presentes en la función pública y en los deberes impuestos a los funcionarios públicos cualquiera fuese el orden jerárquico que les corresponda.³⁸

Las normas del derecho disciplinario cumplen un papel preventivo y correctivo en orden a garantizar la efectividad de los principios y propósitos previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

Los fines del derecho disciplinario son en primera línea pedagógicos y preventivos, y en segunda línea prohibitivos y correctivos. Todas sus regulaciones de carácter ético y laboral van encaminadas a modelar los intereses generales de la administración pública, por vía de prohibiciones y abstenciones, lo mismo que la conducta de quien ejerce funciones públicas, para evitar así la realización de determinados comportamientos que por estar tipificados como faltas disciplinarias resultan atentatorios de los principios sobre los que se encuentra soportada la actividad de

37 Ministerio Público Fiscal. Procuraduría de Investigaciones Administrativas, en actuaciones identificadas bajo el expediente nro. 28.953, interno N° 1084, del registro de la Fiscalía N° 2, con fecha 08 de Enero de 2016.

38 IVANEGA, Miriam M. "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa", Segunda edición actualizada. Ediciones RAP. Buenos Aires (2013) pp. 110.

36 CANDA, Fabián Omar. "Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Políticos" 1º edición, Monografías Jurídicas, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (2004).

aquella, tales como legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia y su regular funcionamiento.³⁹

Las Instituciones del derecho disciplinario ya están construidas, y lo que se debe hacer es sistematizarlas, analizarlas e interpretarlas teniendo como referencia el contexto de la función pública, convirtiéndola en el espacio que explica la existencia misma del derecho disciplinario como herramienta para una buena administración.

Podemos agregar que el ámbito de aplicación del poder disciplinario derivado de las relaciones de empleo público en la República Argentina se encuentra limitado al personal con estabilidad⁴⁰ (garantía presente si se cumple con los requisitos y condiciones fijados por la legislación), cuyo porcentaje en la práctica (nacional, provincial y municipal) no resulta significativo en relación al total de los agentes públicos.

Julio Rodolfo Comadira, no comparte la idea (expresada por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes: 221:102) de que no es posible sancionar, en principio, por ejemplo, a los subsecretarios en tanto al no estar estos comprendidos en el Régimen de la Función Pública y no ser, por ende, procedente a su respecto otra sanción que la remoción, se violaría, en caso contrario, el principio de legalidad (en igual sentido: Dictámenes: 231:150; 231:170).⁴¹ Este principio no obsta, para que con arreglo a principios generales del Derecho Disciplinario, tales

39 ISAZA SERRANO, Carlos Mario. "Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales", segunda Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia (2009) pp. 86.

40 Tema que esta discutido en doctrina y se desarrollará en la investigación, pero un reciente dictamen de fecha 08 de enero de 2016 la Procuraduría de Investigaciones Administrativas del Ministerio Público Fiscal de la República Argentina ha plasmado con meridiana claridad su postura respecto de los agentes que no gozan el derecho a la Estabilidad.

41 COMADIRA, Julio Rodolfo. "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público, en la obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración (2001) pp. 596.

funcionarios sean objetos de sanciones razonables.

Conclusión

En el presente trabajo partimos de la premisa que hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios políticos aparece, como lo ha destacado la doctrina, "el fortalecimiento de la fe en los gobernantes, tan necesaria para el mantenimiento de la paz social y para la creación de un ambiente propicio al perfeccionamiento de los hombres, ya que esa creencia opera, a la vez, como una garantía para el libre ejercicio de los derechos de las personas y como un motor que impulsa las iniciativas individuales".⁴²

No siempre es sencillo dar batalla a la corrupción sólo con las valiosas, pero limitadas, armas del Derecho Penal. Al respecto, es coincidente la opinión internacional, recogida en la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción, en el sentido de que es muy alto el costo a pagar, si se depende exclusivamente "del castigo penal por delitos de corrupción, dependencia que, además, resulta ineficaz".

Como fue desarrollado en este trabajo, autores aun sostienen que Derecho Penal y Derecho Disciplinario son una misma cosa, la teoría traspolo acriticamente desde aquél hacia este, con lo cual, guardando el símil con lo que sucede entre siameses que comparten órganos, la sangre del primero se bombeaba hacia el segundo, creando así respecto de nuestra disciplina una profunda dependencia, produciéndose una "total y mecánica trasposición de elaboración penal y primariamente penalista"⁴³.

Pero tal traslado no ha sido completamente beneficioso, aunque importante en su momento como cambio de paradigma, puesto que como dice Parejo Alfonso, el "proceso de acomodación del Derecho Administrativo Sancionador al Derecho Penal ha permitido ciertamente reconducir a esquema la potestad san-

42 CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", La Ley, 1989-C-982/995.

43 DOMINGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho Sancionador Administrativo. Marcial Pons. Madrid (1997) pp. 199.

cionadora de la Administración, con paralela y consecuente elevación de las garantías de los ciudadanos”, pero no ha “podido evitar, sin embargo, la aparición de no pocas perturbaciones en el funcionamiento real del instrumento sancionador” por cuanto “la traducción radical al campo administrativo sancionador de los principios del Derecho Penal... se ha mostrado en ocasiones incompatible con el cumplimiento de los fines de la actividad administrativa.”⁴⁴

De allí que Rubio LLorente haya demandado la necesidad de una “construcción dogmática” del derecho disciplinario, la cual debe ser configurada “en términos que resulten compatibles con los principios básicos del Estado de Derecho, que la Constitución también consagra”⁴⁵

Hoy ya parte de la doctrina va encaminada a sostener que el derecho disciplinario formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza.

En el juicio ético de lo público se compromete la visión del hombre como sujeto dotado de autonomía ética y dicho concepto, hoy reconocido como dignidad de la persona, resulta ser el fundamento del orden jurídico.

Por tanto, como bien se ha dicho, la responsabilidad es una personalísima atribución,⁴⁶ de allí que se diga que es una categoría ética.⁴⁷

El hombre se libera de la necesidad y de la naturaleza hacién-

44 Prólogo al libro de DOMINGUEZ VILA, ob. Cit., 12.

45 RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid (1997) pp. 349.

46 FERNANDEZ MONTES, Marcial. Estructuras de responsabilidad punible. Aguilar. Madrid (1957) pp. 51.

47 POLO, Leonardo. Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos. Unión Editorial. Madrid (1996) pp. 39.

dose libre, por tanto, como lo sostiene la antropología filosófica, “con el concepto de libertad volitiva va ajeno necesariamente el concepto de responsabilidad”⁴⁸, lo que implica que el “sujeto debe administrar responsablemente su esfera de libertad personal”⁴⁹, en tanto como ser responsable de sus actos “orienta su futuro y asegura su destino”⁵⁰.

Si ello es así, igualmente la estructura de la responsabilidad disciplinaria deberá aprehender conceptualmente la esencia del sujeto ético, y como tal, la norma de conducta al formular la relación obligacional, también deberá respetar la esencia de lo humano.

El hombre racional, concebido por Aristóteles para la ética, implicaba una unidad funcional del cuerpo y alma. Las éticas religiosas, cualquiera que fuere, también así lo hacen, aun cuando le otorgan una mayor importancia a lo referido a la interioridad.

El Estado Liberal de Derecho introdujo una separación tajante entre la moral y el derecho, reduciéndose lo moralmente relevante para el derecho al concepto de ley.

Hoy el derecho se justifica desde la moral y ha permitido entender que la moral pública va más allá del ajuste o desajuste respecto a lo legal. Es decir, visto el principio de la moral administrativa como determinante del comportamiento ideal en el Estado Social y Democrático de Derecho, además de que se constata que la moral pública ha sido elevada a la categoría de derecho colectivo, ha de concluirse pues en la existencia de importantes relaciones y conexiones entre ética de la función pública y el Derecho Disciplinario.⁵¹

48 HAEFFNER, Gerd. Antropología filosófica. Editorial Herder. Barcelona (1986) pp. 163 ss.

49 FELIP I SABORIT, David. Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal. Atelier. Barcelona (2000) pp. 127.

50 RUFFIE, Jacques. De la bibliografía a la cultura. Muchnik Editores. Barcelona (1982) pp. 114.

51 GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2007) pp. 213 a 232 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia de agosto 30 de 2007, radicación N° 88001233100020040000901,

BIBLIOGRAFIA PRELIMINAR

BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, 6º ed., La Ley, Buenos Aires (1964) t. I, pp. 340.

Ver. BOZEMAN, Barry. (coord.) La gestión pública: su situación actual. Trad. De Mónica Utrilla de Neira. 2da. Reimpr. México: Fondo de Cultura Económica (2006) en particular el Capítulo XXII.

BUTELER, Alfonso. "La eficacia de los organismos de control de Ética Pública y Anti-corrupción", Buenos Aires, Ediciones Rap, "cuestiones de control de la Administración Pública - Administrativo, Legislativo y Judicial" Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho (2010)pp. 235.

CANDA Fabián O. Citado en El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas. El Derecho (2003) pp. 565.- CS, "Recchia de Sedrán," Fallos, 305:504.

CANDA, Fabián Omar. "Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Políticos" 1º edición, Monografías Jurídicas, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (2004).

CANDA, Fabián Omar. "La fiscalía de Investigaciones Administrativas, ED, 180:199, esp. pp. 801.

CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad de los funcionarios públicos, LL 1989-C-982.

CASSAGNE, Juan Carlos. "La responsabilidad de los funcionarios públicos", La Ley, 1989-C-982/995.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 6ºEdic. T I, Buenos Aires (1998) pp. 188.

COMADIRA Julio R. La ética pública y el ciudadano común, www.eldial.com - DC242.

COMADIRA, Julio Rodolfo. "La regulación jurídica de la ética pública", en Revista de Derecho Público, 2002-2: La emergencia económica, segunda parte, Santa Fe, RubinzalCulzoni(2002) pp. 598 y ss

COMADIRA, Julio Rodolfo. "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público, en la obra colectiva Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración (2001) pp. 596.

DIEGO BAUTISTA, Oscar. "La Ética y la Corrupción en la Política y La Administración Pública", Tesis de Maestría, Universidad Internacional de Andalucía. Andalucía,

España (2006) pp. 43.

DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo. 2da. Edic. T I, Buenos Aires (1974) pp. 276.

DOMINGUEZ VILA, Antonio. Constitución y Derecho Sancionador Administrativo. Marcial Pons. Madrid (1997) pp. 199.

FERNANDEZ MONTES, Marcial. Estructuras de responsabilidad punible. Aguilar. Madrid, (1957) pp. 51.

FELIP I SABORIT, David. Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal. Atelier. Barcelona. (2000) pp. 127.

FIORINI, Bartolomé. Derecho Administrativo, T I, pp. 844-846.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, 7º ed., Madrid (1976) t. I, pp. 82 y 115.

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2007) pp. 213 a 232 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia de agosto 30 de 2007, radicación N° 88001233100020040000901, M.P. GIL BOTERO.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, La ética...op.cit., pp. 27/28

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo 5ta. Edición, pp. XVI, 19.

HAEFFNER, Gerd. Antropología filosófica. Editorial Herder. Barcelona. (1986) pp. 163 ss.

IVANEGA, Miriam Mabel. La Responsabilidad Disciplinaria como Instrumento de Transparencia y eficiencia de la Gestión Pública. Derecho Disciplinario Internacional. Estudio sobre formación, Profesionalización, disciplina, Transparencia, Control y Responsabilidad de la Función Pública. Tomo I. Editora Forum, Belo Horizonte. (2011). pp. 317.

IVANEGA, Miriam Mabel "La Estructura de la Responsabilidad Disciplinaria y su aporte en la lucha contra la Corrupción - V Congreso Internacional de Derecho Disciplinario" Colección Jurídica Disciplinaria ICDD, Volumen III, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, pp. 27.

IVANEGA, Miriam Mabel. "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, Ediciones Rap, (2010).

IVANEGA, Miriam Mabel. "Las Relaciones de Empleo Público", pp. 106, 1ra. ed. Editorial La Ley (2009) Buenos Aires.

IVANEGA, Miriam M. "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa", Segunda edición actualizada. Ediciones RAP. Buenos Aires (2013)pp. 110.

ISAZA SERRANO, Carlos Mario. "Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales", 2da. Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá - Co-

lombia (2009) pp. 86.

Ley N° 24.946, artículo 43.

MAIRAL Héctor A. "El efecto de la crisis en el Derecho" Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - Rap, N° XXVI-2, pp. 129.

MANFRONI, Carlos A. Destaca que la operatividad no es inmediata en materia penal - La Convención Interamericana contra la Corrupción, anotada y comentada, Buenos Aires, Abeledo Perrot (2001) 2da. Edición actualizada, pp. 112.

MALIAR, Daniel. Derecho Administrativo Sancionador, Buenos Aires, Ad-Hoc (2004) pp.34.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo Tomo III-B, Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cuarta edición actualizada - reimpresión, pp.375.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ta. Edición (2000) pp. 628-629.

MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, T III-B pp. 436 y T I pp. 165 y ss. y 609 y ss.

MARTINEZ BAUTISTA, Jorge Enrique. "Autonomía del Derecho Disciplinario", Derecho Disciplinario Internacional "Estudios sobre formación, profesionalización, disciplina, transparencia, control y responsabilidad de la función pública" Tomo I, pp.124, Editora Forum.

MASSONI, José. "La Oficina Nacional de Anticorrupción", en AAVV, Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap (2009) 2° Edición, pp. 759 y ss.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. "Estado Actual del Derecho Disciplinario en Colombia" Derecho Disciplinario Internacional "Estudios sobre formación, profesionalización, disciplina, transparencia, control y responsabilidad de la función pública" Tomo I, pp. 214, Editora Forum.

Ministerio Público Fiscal. Procuraduría de Investigaciones Administrativas, en actuaciones identificadas bajo el expediente nro. 28.953, interno N° 1084, del registro de la Fiscalía N° 2, con fecha 08 de Enero de 2016.

NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. Madrid (1994).

ORGAZ, Jorge. "El procedimiento de control de las irregularidades administrativas, en AAVV - Ignacio VELEZ FUNES Dir.- Derecho Procesal Administrativo, Tomo II, Córdoba, Alveroni(2003)pp. 370.

OSTAU de LAFONT PIANETA, Rafael E. "La importancia Institucional del Derecho Disciplinario en el Siglo XXI" IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario y II Jornadas Provinciales de Control Público, Editorial RAP - Revista Argentina del Régimen de la Ad-

ministración Pública - Año XXXIV - 403.

POLO, Leonardo. Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos. Unión Editorial. Madrid. (1996) pp. 39.

REBOLLO, Luis Martín. "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado, Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Editorial Ciencias de la Administración,(2001).

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "Ética, Poder y Estado", ediciones Rap, pp. 151.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas" adaptado a la Ley 5/2006, Colección Divulgación Jurídica, editorial Aranzadi, SA, Primera Edición (2006) pp. 51.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "La dimensión ética", Madrid, Dykinson (2001) pp.293.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ Jaime. Principios de ética pública -corrupción o servicio-, Montecorvo, Madrid(1993) pp. 24/25. Ver también CAPUTI María C. La Ética Pública, Buenos Aires (2000).

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas" adaptado a la Ley 5/2006, Colección Divulgación Jurídica, editorial Aranzadi, SA, Primera Edición (2006) pp. 51.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. (1997) pp. 349.

RUFFIE, Jacques. De la bibliografía a la cultura. Muchnik Editores. Barcelona. (1982) pp. 114.

SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, vol. 1, 3° ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces (2004).

SAYAQUES LAZO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo R. I, Montevideo (1953) pp. 262/264

SUAY RINCON, José. Sanciones Administrativas. Bolonia, Editorial Publicaciones del Real Colegio de España (1989)pp. 20.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Derecho Administrativo. T III, Buenos Aires (1951) pp. 530.

La potestad disciplinaria de la Administración Pública en el Estado Constitucional de derecho

Leandro Salgan Ruiz¹

SUMARIO. I.- INTRODUCCIÓN. II.- DESARROLLO. 2.1.- Relación de empleo público: una relación de sujeción especial que promueve la operatividad del derecho a trabajar en el ámbito público. 2.2.- Naturaleza jurídica: una potestad del Poder Ejecutivo Nacional que ejecuta el sistema disciplinario protegiendo la dignidad del agente público y su familia. 2.3.- Ámbitos específicos del interés público: la sanción disciplinaria protege a un bien jurídico afectado por la conducta violatoria del funcionario público. III.- CONCLUSIONES

I. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo analizar el presupuesto, fundamento y naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria de la

¹ Abogado (UBA) especializado en Contratos Administrativos, Derecho Procesal y Abogacía Pública en la Procuración del Tesoro de la Nación. Mg. en Derecho Administrativo con Diplomado Post-Magistral en Derecho Administrativo Profundizado (Universidad Austral). Mg. en Abogacía del Estado (UNTREF). Doctorando en Derecho (Universidad Kennedy). Profesor de Ciencias Jurídicas (USAL) con actividad docente de grado y postgrado (seminarios, diplomaturas, programas de Actualización, especializaciones y maestrías). Investigador categorizado por el Ministerio de Educación. Expositor en eventos jurídicos. Autor de publicaciones en revistas especializadas nacionales y del exterior.

Administración Pública en el Estado Constitucional del Derecho.

En primer lugar, comenzaremos con el análisis de las relaciones de empleo público en el Sector Público Nacional (SPN). Indagaremos en la incidencia de la relación de sujeción especial en la operatividad del derecho humano a trabajar en el ámbito público.

En segundo lugar, continuaremos con la naturaleza jurídica de la facultad del Poder Ejecutivo Nacional (PEN). Nos enfocaremos centralmente en la ejecución del sistema disciplinario y la protección de la dignidad del agente público.

En tercer lugar, culminaremos con los ámbitos del interés público de la sanción disciplinaria. Describiremos la evolución del bien jurídico específico y el grado de afectación actual de las conductas violatorias del funcionario público.

II. Desarrollo

2.1. Relación de empleo público: una relación de sujeción especial que promueve la operatividad del derecho a trabajar en el ámbito público.

Para determinar la responsabilidad disciplinaria la Administración Pública sustancia un sumario administrativo a un agente vinculado por una relación de empleo público. El vínculo se une a las necesidades públicas del Estado y configura no sólo el *presupuesto* para la potestad disciplinaria, sino que su ejercicio produce la correlativa subordinación jerárquica².

Dentro del ámbito de la Ley N° 25.164 queda comprendido por el personal del *Servicio Civil de la Nación*. La *relación de sujeción especial*³ impone con intensidad deberes y prohibiciones a la persona que ingresó a la Administración Pública y se sujetó voluntariamente a ese sistema disciplinario⁴.

² Ver art. 27 Dto. N° 1421/02

³ Cfr. CS; Fallos 319:340

⁴ Cfr. PTN; Dictámenes 318:157

Su conocimiento técnico, idoneidad y experiencia coloca al funcionario público en una posición de privilegio frente al resto de la comunidad para la protección del interés público⁵.

El Código Civil y Comercial (CCYCN)⁶ diseñó para una interpretación sistemática de la ley que es coherente no sólo con la CN sino también con los Tratados internacionales de DDHH incluso con sus principios y valores jurídicos.

En primer lugar, el dialogo de fuentes⁷ comienza con el universo de relaciones laborales en el Sector Público Nacional protegido por el *principio protectorio* de la Ley Fundamental⁸. La tutela del trabajo en el ámbito público se ve reforzada por la *estabilidad propia* y la *protección contra el despido arbitrario*.

El personal incorporado por designación de planta permanente⁹ se encuentra alcanzado por la estabilidad propia. Esta garantía apunta a la cobertura de una necesidad permanente que utiliza el contrato administrativo. El acceso al cargo presupuestario¹⁰ opera por concurso¹¹ y se inserta dentro de una carrera administrativa¹².

El personal no permanente se encuentra protegido por la garantía contra el despido arbitrario. Las figuras contractuales de excepción apuntan a la cobertura de necesidades transitorias y especiales con tareas diferenciadas del régimen estabilidad.

⁵ Cfr. CS; Fallos 334:434. En igual sentido, Fallos 326:964

⁶ Ver arts. 1° y 2° CCYCN

⁷ Cfr. CS; Fallos: 344:3011; Consid. 6° del voto conjunto

⁸ Ver art. 14 bis CN

⁹ Ver inc. a) art. 8° Ley N° 24.156

¹⁰ Cfr. CS, Fallos 333:311

¹¹ Cfr. CS, Fallos 340:1581

¹² Cfr. CS; Fallos 330:1989

El ingreso opera por designación de planta transitoria¹³, contrataciones¹⁴, Gabinete¹⁵, modalidades¹⁶ del contrato de trabajo, servicios profesionales autónomos¹⁷, designación transitoria en cargos simples de la planta permanente y el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD).

En segundo lugar, avanzamos hacia una Constitución que convencionaliza el empleo público con los Tratados Internacionales de DDHH del inciso 22 del artículo 75 de la ley fundamental.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁸ reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente aceptado¹⁹.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) reconoce un derecho al trabajo que incluye la libertad de elección, condiciones equitativas y protección contra el Desempleo²⁰.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) consagra también al trabajo como un derecho fundamental con igualdad de oportunidades, condiciones dignas, libertad de vocación y remuneración suficiente²¹.

Su fundamento proviene de diversos tratados internacionales de Derechos Humanos cuya fuente goza de jerarquía constitucio-

13 Ver art. 30 Dto. N° 214/2006

14 Ver art. 9° Ley N° 25.164

15 Ver art. 10 Ley N° 25.164

16 Ver arts. 90, 92, 93 y 99 Ley N° 20.744

17 Ver Dto. N° 1109/2017

18 Ver Ley N° 23.313

19 Ver art. 6° PIDESC

20 Ver inc. 1) art. 23 DUDH

21 Ver art. XIV DADH

nal²² ya que fue incorporada al derecho federal²³ por un acto complejo²⁴ que fijó las condiciones de su vigencia²⁵.

En tercer lugar, la acción positiva del Estado como una respuesta específica de tutela preferente de la igualdad estructural²⁶ de las personas con discapacidad²⁷ y de colectivos de género²⁸ históricamente postergados.

Esto es consistente con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)²⁹, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém Do Pará)³⁰ y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)³¹ respectivamente.

En cuarto lugar, el mandato legislativo no sólo armoniza con la CN y los Convenios específicos, sino que se expande con los principios estructurales de *indivisibilidad, interdependencia, justicia social, progresividad y no regresividad y pro homine*³² del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Cuando el PEN aplicó una cesantía a un agente que había re-

22 Ver inc. 22 art. 75 CN

23 Cfr. CS, Fallos 318:2639

24 Cfr. Fallos 318:2513; Consid. 8° del voto del juez Boggiano

25 Cfr. CS, Fallos 318:514; Considerandos 11 y 12

26 Ver inc. 23 art. 75 CN

27 Ver Ley N° 22.431

28 Ver Ley N° 27.636

29 Ver Ley N° 23.179

30 Ver Ley N° 24.632

31 Ver Ley N° 26.378

32 Ver art. 29 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

nunciado a la Administración Pública, la CS en “Magallanes”³³ declaró su nulidad de la sanción y precisó que la relación de empleo público configura un *presupuesto* de la potestad disciplinaria.

Si bien la Ley N° 22.140 carecía de una previsión expresa³⁴ y a menos que exista un interés de la Administración Pública³⁵ lo cierto es que si el vínculo laboral cesó el órgano es incompetente para promover un sumario y aplicar la sanción³⁶ a ese ex agente.

La relación de empleo público permanente se extingue por aplicación de las sanciones³⁷ de cesantía y exoneración³⁸ en los supuestos expresamente establecidos por la ley³⁹. Aunque es necesario un complemento reglamentario⁴⁰ de la figura de excepción lo cierto es que la desvinculación del personal transitorio por sanciones disciplinarias deviene plenamente operativa⁴¹.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cómo incide la extinción de la relación de empleo público en la subsistencia de la potestad disciplinaria cuando el agente carece de subordinación jerárquica debido a que ha dejado de pertenecer a los cuadros de la administración.

La Ley N° 25.164 consagró la continuidad del sumario⁴² disci-

33 Cfr. CS; Fallos 251:368

34 Cfr. CS; “Echave, Julián c/ Universidad Nacional de Quilmes s/ Recurso Directo Administrativo”, sentencia del 30 de diciembre de 2014, Consid. 5

35 Cfr. PTN; Dictámenes 156:240

36 Cfr. Dictámenes PTN 235:524

37 Ver art. 30 Ley N° 25.164

38 Ver inc. f) art. 42 Ley N° 25.164

39 Ver 27 Ley N° 25.164

40 Cfr. CS; 344:3011

41 Cfr. PTN; Dictamen 300:206

42 Ver art. 27 Dto. N° 1421/02

plinario iniciado antes de que opere el cese laboral. Aunque carece de eficacia⁴³ la sanción lo cierto es que su anotación en el legajo personal configura una medida preventiva⁴⁴ ante una eventual reingreso del ex agente⁴⁵.

Ciertamente si la Administración Pública aceptó la renuncia del agente público⁴⁶ dentro del plazo fijado⁴⁷ extingue su relación de empleo público⁴⁸ y cesa el efecto del principio de jerarquía.

En el año 2006 el Máximo Tribunal revisó la regla del caso “Magallanes” en cuanto a que la desvinculación del agente impide la instrucción del sumario. De hecho, ese caso se encuadró en el régimen especial del personal diplomático⁴⁹ excluido del ámbito de aplicación del Servicio Civil de la Nación⁵⁰.

Cuando el Servicio Exterior de la Nación exoneró a un diplomático con retiro obligatorio, la CS en “Spinosa Melo”⁵¹ precisó que la potestad disciplinaria subsiste por el estado diplomático. Se destacó que la sanción puede ser aplicada a un ex agente toda vez que el hecho determinante ocurrió cuando pertenecía al servicio activo del Estado⁵².

Hacia el año 2014 se consolidó los lineamientos trazados por la

43 Cfr. PTN; Dictámenes 295:269

44 Cfr. PTN; Dictámenes 132:255

45 Cfr. PTN; Dictámenes 305:62

46 Ver art. 22 Dto. N° 1421/02

47 Ver art. 22 Ley N° 25.164

48 Ver inc. a) art. 42 Ley N° 25.164

49 Ver Ley N° 20.957

50 Ver inc. e) Art. 3° Ley N° 25.164

51 Cfr. CS; Fallos 329:3617; Consid. 5°

52 Cfr. Canda, Fabián O.; Cuestiones de Derecho Disciplinario en un fallo de la Corte Suprema de la Nación. El caso “Spinosa Melo”; JA 2006; 131-141

Corte Federal en los casos “Magallanes” y “Spinosa Melo” en cuanto a la incidencia de la ruptura de la relación de empleo público.

Cuando la Universidad Nacional de Quilmes exoneró al Vicerrector cuya renuncia definitiva había sido aceptada, la CS en “Echave”⁵³ anuló la sanción toda vez que carecía de potestad disciplinaria. Este criterio de la imposibilidad de promover un sumario administrativo fue adoptado por la PTN⁵⁴ y su doctrina se proyectó a las delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado⁵⁵.

Recientemente se definió el alcance de la jurisprudencia de la Corte Federal⁵⁶ acerca de la subsistencia de la potestad disciplinaria. Este dictamen sobre desvinculación laboral del agente público ofrece consistencia con su antecedente⁵⁷ así como también con la reglamentación actual de la Ley N° 25.164⁵⁸.

En efecto, la PTN⁵⁹ reconoció la capacidad de investigación de la jurisdicción para esclarecer un hecho⁶⁰ que configure un ilícito disciplinario y eventualmente anotar la sanción en el legajo personal. Este asesoramiento no impide en modo alguno que el Instructor Sumariante⁶¹ identifique al presunto responsable⁶² durante el

53 Cfr. CS; “Echave, Julián c/ Universidad Nacional de Quilmes s/ Recurso Directo Administrativo”, sentencia del 30 de diciembre de 2014, Consid. 5

54 Cfr. PTN, Dictámenes 312:415

55 Cfr. PTN; Dictámenes 237:468. En igual sentido, Dictámenes 210:108; 211:334 y 212:327

56 Cfr. PTN; Dictámenes 265:183

57 Cfr. PTN; Dictámenes 156:240

58 Ver inc. a) art. 24 Ley N° 25.164

59 Cfr. PTN; Dictámenes 320:166

60 Cfr. PTN; Dictámenes 212:104

61 Ver art. 11 Dto. N° 467/99

62 Ver art. 15 Dto. N° 467/99

desarrollo del procedimiento iniciado.

2.2.

Naturaleza jurídica: una potestad del Poder Ejecutivo Nacional que ejecuta el sistema disciplinario protegiendo la dignidad del agente público y su familia

Para la ejecución del sistema disciplinario en la relación de empleo público la autoridad pública competente aplica sanciones al agente por la comisión de faltas administrativas. Desde ese orden interno⁶³ el ejercicio de la facultad del régimen disciplinario respecto a la persona que se desempeña en ese ámbito del poder administrador aparecería ajeno y extraño al concepto de *potestad*.

Así aparece la cuestión que indaga acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la atribución que el sistema disciplinario asignó a la Administración Pública para aplicar sanciones administrativas.

En primer lugar, el poder jurídico del Estado proviene de una delegación del pueblo⁶⁴ a sus representantes⁶⁵ que se exterioriza en la forma del Gobierno⁶⁶. El principio democrático⁶⁷ asegura un orden para cada institución dentro del estatuto del poder cuyo reparto se encuentra tutelado por la supremacía⁶⁸ de la ley fundamental.

En segundo lugar, la democracia representativa asignó al Presidente de la Nación la función administrativa en materia de empleo público. Acorde a ese reparto horizontal del poder por el Constituyente se justifica su ejercicio no sólo en la Jefatura de Gobierno sino también en su condición de responsable político de

63 Cfr. PTN; Dictámenes 199:175

64 Ver art. 44 CN

65 Ver art. 22 CN

66 Ver art. 1 CN

67 Ver art. 36 CN

68 Ver art. 31 CN

la Administración General de país⁶⁹.

Ciertamente cuando el legislador reguló el sistema disciplinario⁷⁰ encomendó al PEN el diseño de un procedimiento que sustancia la actividad de investigación. El principio⁷¹ que lo ordena es la verdad jurídica objetiva⁷². El Decreto N° 467/99 aprobó el Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA)⁷³ que incorporó la firma digital⁷⁴ y el Sistema de Gestión de Documentación Electrónica (GDE)⁷⁵.

En cuarto lugar, la *competencia*⁷⁶ opera como una *medida* de la *potestad disciplinaria* del PEN donde la aptitud legal para obrar de cada órgano se vincula al *principio de legalidad*⁷⁷. En efecto, el deber de legalidad⁷⁸ vincula a la autoridad sancionadora⁷⁹ con el ordenamiento jurídico⁸⁰.

69 Ver inc. 1 art. 99 CN

70 Ver art. 38 Ley N° 25.164

71 Ver inc. f) art. 1° Ley N° 19.549

72 Cfr. PTN, Dictámenes 301:101. En igual sentido, Dictámenes 288:46 y 265:332

73 Cfr. Filardi, Marta Graciela; "Nuevo reglamento de investigaciones administrativas. Algunas consideraciones"; RAP N° 253; Edición 1999; pp. 88-93

74 Ver Ley N° 25.506

75 Ver Dto. N° 561/06

76 Ver art. 3 Ley N° 19.549

77 Ver art. 19 CN

78 Cfr. CS; "Edenor SA c/ Resolución 289/04 (expte 15312/04) s/ Recurso Directo"; sentencia del 21 de octubre de 2014

79 Cfr. Ascárate, Andrés; "¿Puede la administración aplicar una sanción administrativa invocando facultades implícitas o inherentes?"; RDA N° 98 pp. 502-512

80 Cfr. CS; Fallos 323:1321

Sobre el particular, cuando se concentró en la misma Sala Disciplinaria la facultad de formular la acusación y la facultad de aplicar la sanción, la Corte IDH en "Petro Urrego"⁸¹ declaró la violación de la imparcialidad y la presunción de inocencia. Ello así toda vez el diseño del procedimiento disciplinario asignó a la misma entidad la competencia de formular el cargo y al mismo tiempo juzgar el mérito de su procedencia.

La imparcialidad de la autoridad disciplinaria⁸² inspira confianza a las partes y a los ciudadanos en una sociedad democrática. La imparcialidad *subjetiva* garantiza un acercamiento al hecho de la causa desprovisto de un interés directo, posición o preferencia. La imparcialidad *objetiva* asegura que el funcionario público aporte los elementos suficientes para despejar cualquier temor o sospecha de parcialidad⁸³.

Desde sendos estándares convencionales, analizaremos el alcance de la competencia de la *autoridad investigadora* a la luz del principio pro persona⁸⁴ acorde la evolución del Sistema Americano de Derechos Humanos.

Precisamente dicha pauta hermenéutica a favor de la persona⁸⁵ protege la dignidad del trabajador y su familia⁸⁶. Su aplicación favorece una interpretación *extensiva*⁸⁷ del derecho a trabajar y *restrictiva* respecto del acto de gravamen que limita su contenido esencial.

81 Cfr. Corte IDH; Caso "Petro Urrego vs. Colombia"; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de julio de 2020

82 Ver inc. 1) art. 8° CADH

83 Cfr. Corte IDH; Caso "Urritia Laubreaux vs. Chile", 27 de agosto de 2020

84 Ver art. 5° PIDCP

85 Cfr. PTN; Dictámenes 309:253

86 Ver CS; Fallos 336:672

87 Cfr. Corte IDH; Opinión Consultiva N.° 5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas"

Más allá que la imparcialidad se presume⁸⁸ salvo prueba en contrario lo cierto es que la independencia funcional⁸⁹ y objetividad⁹⁰ del Instructor quedan garantizadas por la sujeción a un régimen de estabilidad, la pertenencia a una Oficina de Sumarios y las causales⁹¹ de apartamiento por excusación o recusación⁹².

Aunque un letrado transitorio⁹³ ocupe el órgano de investigación⁹⁴ la designación reviste excepcionalidad⁹⁵ dado que su procedencia dependerá de necesidades de servicio concretas y objetivas de la jurisdicción.

Cuando el Sumariante conduce el procedimiento dentro de los límites expresamente⁹⁶ establecidos por el RIA, la competencia se circunscribe al texto del Decreto N° 467/99. Este criterio de la *permisión expresa* impide añadir la comunicación electrónica⁹⁷ a las vías existentes de notificación⁹⁸.

Cuando el Instructor dispone de oficio toda diligencia ne-

cesaria para evitar nulidades⁹⁹, la competencia se amplía a lo *razonablemente implícito en lo expreso*¹⁰⁰. Este criterio de la *permisión amplia* habilita al Procurador del Tesoro¹⁰¹ de la Nación a la actualización del RIA¹⁰².

Cuando una autoridad emite un acto, esa competencia para su dictado se amplía a lo *implícito* para modificarlo o extinguirlo¹⁰³. Este criterio de *paralelismo de las competencias* se utilizó para revocar un acto conclusivo en sede administrativa por razones de ilegitimidad¹⁰⁴.

Cuando el órgano de investigación encuadra la falta¹⁰⁵ y formula el cargo¹⁰⁶ en su requisitoria, esa competencia improrrogable¹⁰⁷ se ajusta al *principio de especialidad*. Este criterio habilitó a la PIA a la intervención en todos los sumarios del Sector Público Nacional¹⁰⁸.

Los criterios expresos¹⁰⁹, amplios¹¹⁰ y especialidad¹¹¹ exigen prudencia para analizar la situación del funcionario público y sus

88 Cfr. CS; Fallos 344:362

89 Ver art. 15 Dto. N° 467/99

90 Ver arts. 22, 23, 24 y 25 Dto. N° 467/99

91 Ver arts. 22 y 23 Dto. N° 467/99

92 Cfr. PTN; Dictámenes 271:266

93 Cfr. PTN; Dictámenes 302:256

94 Cfr. PTN; Dictámenes 287:23. En igual sentido, Dictámenes 260:19 y 241:232 entre otros

95 Cfr. PTN; Dictámenes 298:175. En igual sentido, Dictámenes 291:114, 291:59 y 290:1 entre otros

96 Ver inc. d) art. 10 Dto. N° 467/99

97 Cfr. PTN; Dictamen 314:276

98 Ver art. 29 Dto. N° 467/99

99 Ver apart. 2) inc. d) art. 10 Dto. N° 467/99

100 Cfr. PTN, Dictámenes 314:85

101 Ver art. 5° Ley N° 12.954

102 Ver art. 44 Dto. N° 33.952/47

103 Cfr. PTN; Dictámenes 302:522

104 Cfr. PTN; Dictámenes 320:700

105 Ver inc. a) art. 10 Dto. N° 467/99

106 Ver inc. c) art. 108 Dto. N° 467/99

107 Ver art. 8° Dto. N° 467/99

108 Cfr. PTN; Dictámenes 299:34

109 Cfr. CS; Fallos: 336:760

110 Cfr. CS; Fallos 254:56. En igual sentido, Fallos 171:349 y 193:116

111 Cfr. CS; Fallos 336:2293

consecuencias positivas o negativas en cada caso concreto.

En este orden de ideas, el órgano de investigación extiende su competencia para ampliar el contenido del *derecho de defensa* del agente público e inversamente restringe su alcance respecto a las *medidas preventivas*¹¹² durante la etapa de investigación.

De un lado, extendemos el debido proceso legal¹¹³ a una tutela administrativa efectiva¹¹⁴ en el procedimiento disciplinario¹¹⁵. Los criterios expresos, amplios y de especialidad mejoran el art. 18 CN con las garantías mínimas del artículo 8° CADH.

La Corte IDH fundamentó su aplicación en “Baena”¹¹⁶, “López Mendoza”¹¹⁷, “López Lone”¹¹⁸, “Maldonado Ordoñez”¹¹⁹ y “Flor Freire”¹²⁰. Ciertamente cada uno de ellos configura una pauta¹²¹

112 Ver arts. 58 y 59 Dto. N° 467/99

113 Ver art. 29 Ley N° 25.164

114 Cfr. CS; Fallos 327:4185

115 Cfr. CS; Fallos 344:3230; Consid. 8° voto del juez Rosatti

116 Cfr. Corte IDH; “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2° de febrero de 2001, Serie C, N° 72, páfos. 123 y 124

117 Cfr. Corte IDH; “López Mendoza vs. Venezuela”; sentencia del 1° de septiembre de 2011

118 Cfr. Corte IDH “López Lone y otros vs. Honduras”, sentencia del 5 de octubre de 2015

119 Cfr. Corte IDH; “Maldonado Ordoñez vs. Guatemala”, sentencia del 3 de mayo de 2016

120 Cfr. Corte IDH; “Flor Freire vs. Ecuador”; sentencia del 31 de agosto 2016

121 Cfr. CS; “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s / homicidio calificado y asociación ilícita y otros Causa N° 259 C”; sentencia del 24 de agosto de 2004; Considerando 35

de interpretación¹²² cuyo seguimiento¹²³ obligatorio¹²⁴ por las autoridades de nuestro país es compatible¹²⁵ con los principios del derecho público.

De otro, limitamos la duración del *traslado*¹²⁶ y la *suspensión preventiva*¹²⁷ del artículo 36 de la Ley N° 25.164. Así a partir del *criterio expreso* ajustamos el RIA¹²⁸ al principio de jerarquía normativa y evitamos el exceso de la potestad reglamentaria del PEN¹²⁹.

También acotamos el plazo de suspensión preventiva¹³⁰ del agente procesado hasta que se dicte una sentencia firme¹³¹ en el proceso penal regulado por el Código Procesal Penal Federal¹³².

Avanzaremos ahora con el alcance de la *competencia* de la *autoridad sancionadora* del RIA para adoptar ese pronunciamiento definitivo que el legislador delegó en el PEN¹³³. El RIA habilitó

122 Cfr. CS; Fallos 315:1492; Consid. 21 del voto de la mayoría

123 Cfr. CS; Fallos 333:1567; Consids.8° y 9°

124 Cfr. CS; Fallos 330:3248; Consids. 20 y 21 del voto de la mayoría

125 Cfr. CS; Fallos 328:2056, Voto del juez Petracchi

126 Ver art. 53 Dto. N° 467/99

127 Ver art. 54 Dto. N° 467/99

128 Ver art. 56 Dto. N° 467/99

129 Cfr. CS; Fallos 303:747. En igual sentido, Fallos 322:752; 322:1868; 326:928; 326:3521 y 327:4932

130 Ver arts. 58 y 59 Dto. N° 467/99

131 Ver Resol. N° 1/2021 Comisión Bicameral de Monitoreo e implementación del Código Procesal Penal Federal

132 Ver Ley N° 27.150

133 Ver art. 38 Ley N° 25.164

su ejercicio concreto al Jefe de Departamento¹³⁴, Director¹³⁵; Director Nacional¹³⁶, Subsecretario¹³⁷ y el Secretario de Estado¹³⁸ respectivamente.

De un lado, ampliamos aptitud legal de obrar de la autoridad competente para el dictado del acto conclusivo dentro de un *plazo razonable*. Esa decisión dependerá de la complejidad del asunto; actividad del sumariado, conducta de la autoridad pública y el análisis global del procedimiento.

Los criterios expresos, amplios y de especialidad en el deber de motivación refuerza la utilidad del acto de gravamen que se ajustará a las pautas de la CS en “Losicer”¹³⁹, “Bonder Aaron”¹⁴⁰, “Espíndola”¹⁴¹, “Escudero”¹⁴² y “Gómez”¹⁴³.

De otro, circunscribimos la sanción disciplinaria al supuesto y condiciones de aplicación predeterminada por el legislador. El criterio expreso se ajusta a una ley en sentido formal¹⁴⁴ *previa*¹⁴⁵,

*precisa*¹⁴⁶, *accesible*¹⁴⁷ y *previsible*¹⁴⁸.

Aunque se sujete a un sumario al personal transitorio lo cierto es que la desvinculación concreta por sanciones disciplinarias deviene parcialmente operativa¹⁴⁹ dado que todavía está pendiente su complemento reglamentario¹⁵⁰.

Incluso el test de previsibilidad precisa el ámbito de aplicación, *estatus de las personas a la que está dirigido la norma*¹⁵¹, *grado de conocimiento del destinatario* y el contexto de aplicación.

Aunque la Corte Federal¹⁵² invocó los poderes¹⁵³ inherentes¹⁵⁴ o “resultantes”¹⁵⁵ lo cierto es que diferimos del uso de este criterio en el derecho disciplinario contemporáneo. Sostener esta tesis¹⁵⁶ hoy implicaría habilitar implícitamente a la Administración Pública a la aplicación de sanciones restrictivas del derecho humano

134 Ver inc. a) art. 38 Dto. N° 1421/02

135 Ver inc. b) art. 38 Dto. N° 1421/02

136 Ver inc. c) art. 38 Dto. N° 1421/02

137 Ver inc. d) art. 38 Dto. N° 1421/02

138 Ver inc. e) art. 38 Dto. N° 1421/02

139 Cfr. CS; Fallos: 335:1126; Consid. 14

140 Cfr. CS; Fallos: 336:2184; Consid. 10

141 Cfr. CS; Fallos 342:584; Consid. 10

142 Cfr. CS; Fallos 344:378, Consid. 7°

143 Cfr. CS; Fallos: 344:1930; Consid. 6°

144 Ver art. 30 CADH

145 Ver art. 18 CN

146 Cfr. CS; Fallos 341:500, Considerando 2° del voto de la disidencia

147 Cfr. CS; Fallos 343:2184, Consid. 9° voto del juez Rossati

148 Cfr. Corte IDH; “López Mendoza vs Venezuela”; sentencia del 1° de septiembre de 2011, párrafo 199

149 Cfr. PTN; Dictamen 300:206

150 Cfr. CS; 344:3011

151 Cfr. CS; Fallos 341:1017, Consid. 8° y 9° del voto del juez Maqueda

152 Cfr. CS; Fallos 245:43.

153 Cfr. Aja Espil, Jorge A., Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes, TEA, Buenos Aires, 1° edición, 1987, págs. 159-160.

154 Cfr. CS; Fallos 245:43.

155 Cfr. PTN; Dictámenes 306:342

156 Cfr. Comadira; Julio R; “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”; En “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2001, pp. 589-599

a trabajar sin norma legal habilitante alguna.

2.3.

Ámbitos específicos del interés público: la sanción disciplinaria protege a un bien jurídico afectado por la conducta violatoria del funcionario público

Para la protección del interés público el titular de la jurisdicción aplica sanciones para proteger un bien jurídico determinado por el del sistema disciplinario. La aplicación de una sanción disciplinaria derivada de un procedimiento administrativo no reviste carácter penal¹⁵⁷ lo que impide que vulnere el principio *ne bis idem*¹⁵⁸.

Un análisis de la sanción disciplinaria desde el derecho penal pasaría por alto la fisonomía propia del principio de legalidad de las penas¹⁵⁹ junto a las garantías en el proceso penal. Entre ellas la doble persecución penal¹⁶⁰, *in dubio pro reo*¹⁶¹, presunción de inocencia¹⁶², ley penal más benigna¹⁶³ y doble conforme¹⁶⁴.

También la competencia exclusiva del legislador¹⁶⁵ para que regule ese delito con una ley previa¹⁶⁶, escrita y cierta. El Código

157 Cfr. CS; Fallos 275:265. En igual sentido, 281:211

158 Ver inc. 4 art. 8° CADH

159 Ver art. 18 CN

160 Cfr. CS; fallos 298:736.

161 Ver art. 3° CPPN. En igual sentido, art. 8° CADH y art. 2° PIDCP

162 Ver art. 18 CN. En igual sentido, art. 9° DADH y art. 11 DUDH

163 Ver art. 2° CP

164 Ver inc. h) art. 8.2. CADH

165 Ver inc. 12 art. 75 CN

166 Cfr. CS; Fallos 287:76

Penal ofrece una tipicidad rigurosa del hecho punible que veda retroactividad de una nueva ley más gravosa.

Así aparece la cuestión que indaga acerca del ámbito de protección específica de la sanción frente a una afectación concreta de un bien jurídico cuya custodia del interés público comprometido incumbe a la potestad disciplinaria de la Administración Pública.

Inicialmente el bien jurídico se centró en un buen funcionamiento¹⁶⁷ de la Administración Pública¹⁶⁸. Su objeto es la preservación del orden interno de una institución para mantener la disciplina y la exclusión de la persona cuya conducta incompatible obedece a criterios propios de su responsabilidad¹⁶⁹.

La finalidad retributiva de la sanción proyecta la tutela del sistema disciplinario a un desvío del comportamiento del agente público anclado en el pasado.

En efecto, la preservación y mantenimiento de ese orden precisa de un acto de servicio que se anuda a ciertos deberes cuyo cumplimiento *eficaz*¹⁷⁰ y *eficiente*¹⁷¹ refuerza la vigencia de los principios de *jerarquía*¹⁷² y *competencia*¹⁷³ hacia dentro de la organización administrativa.

Luego el propósito del reproche disciplinario se desplazó hacia la ética y transparencia en el empleo público. El principio democrá-

167 Cfr. CS; Fallos 310:738; Consid. 1°

168 Cfr. CS, Fallos 319:1034; Consid. 1°

169 Cfr. Corte IDH; Caso "Rosadio Villavicencio vs. Perú". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de octubre de 2019. Serie C N° 388, pfo. 115

170 Ver inc. c) art. 23 Ley N° 25.164

171 Ver inc. a) art. 23 Ley N° 25.164

172 Ver art. 2° Dto. 894/2017

173 Ver art. 3° Ley N° 19.549

tico¹⁷⁴ amplió la noción de funcionario público¹⁷⁵ junto a un riguroso control de integridad por órganos especializados y el ciudadano.

La finalidad preventiva de la sanción proyecta la tutela del sistema disciplinario a la actualidad, esto es, a mandatos preventivos de actuación y al acceso a los datos de la gestión pública¹⁷⁶.

Por un lado, la prevención procura evitar que la conducta del agente incurra en una falta por incompatibilidad¹⁷⁷ de cargos¹⁷⁸, conflictos de interés¹⁷⁹, incremento injustificado del patrimonio¹⁸⁰, obsequios¹⁸¹ y quebrantamiento de reglas de conducta¹⁸².

Estos mandatos preventivos son fiscalizados por la Oficina Anticorrupción (OA)¹⁸³ y la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA)¹⁸⁴ por la especialidad de su competencia. Este organismo desconcentrado del Ministerio Público Fiscal vela por el cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹⁸⁵ y la Convención de las Naciones Unidas con-

174 Ver art. 36 CN

175 Ver art. 1º Ley N° 25.188

176 Ver art. 16 Dto. 1172/2003

177 Ver art. 1º Dto. Ley N° 8566/61

178 Ver apart. 2º inc. b) art. 16 Dto. Ley N° 8566/61

179 Ver art. 13 Ley N° 25.188

180 Ver Ley N° 25.188

181 Ver art. 1º Dto. N° 1179/2016

182 Ver art. 2º Ley N° 25.188

183 Ver Dto. N° 102/99

184 Ver Ley N° 27.148

185 Ver Ley N° 24.579

tra la Corrupción (CNUCC)¹⁸⁶.

Por el otro, el acceso del ciudadano al procedimiento sumarial¹⁸⁷ adquiere un papel preventivo que fortalece la transparencia activa. Precisamente la CS desarrolló lineamientos específicos de información pública en los casos “ADC”¹⁸⁸, “CIPECC”¹⁸⁹, “Giustianiani”¹⁹⁰, “Savoia”¹⁹¹ y “Mihura Estrada”¹⁹².

Ese acceso a los datos de interés público convive con la restricción temporal¹⁹³ que evita la dispersión de la prueba colectada. El secreto¹⁹⁴ de sumario se anuda al deber de fidelidad¹⁹⁵ y configura una excepción al principio de máxima divulgación.

Actualmente la potestad disciplinaria pone el foco en un ambiente de trabajo que garantice un trato igualitario y objetivo. Ello preserva la integridad física, psicológica y emocional del personal en las jurisdicciones del Sector Público Nacional.

La finalidad restaurativa de la sanción proyecta la tutela del sistema disciplinario al presente y futuro de la relación de empleo público en la actualidad, esto es, el derecho de todo agente a un ambiente libre de violencias.

186 Ver Ley N° 26.097

187 Cfr. CS; Fallos 339:827

188 Cfr. CS; Fallos 335:2393

189 Cfr. CS; Fallos 337:256

190 Cfr. CS; Fallos 338:1258

191 Cfr. CS; Fallos 342:208

192 Cfr. CS; Fallos 344:344

193 Ver art. 46 Dto. N° 467/99

194 Ver art. 46 Dto. N° 467/99

195 Ver inc. f) art. 23 Ley N° 25.164

Desde un abordaje integral, el Protocolo¹⁹⁶ tipifica como violencias de la Administración el acto discriminatorio¹⁹⁷, acoso laboral¹⁹⁸ y la violencia de género¹⁹⁹. La *erradicación* de estas conductas se lleva a cabo a través de la aplicación de las sanciones²⁰⁰ del régimen disciplinario.

Se considera una falta grave y deberá imponer en su caso una medida disciplinaria²⁰¹ que sea proporcional²⁰². Ello implica una respuesta específica y diferenciada del abogado del Estado en el procedimiento disciplinario.

En la dinámica procesal de cada una de sus etapas se le encomienda una diligencia reforzada para la confidencialidad de sus piezas. La Ley N° 26.485, CEDAW²⁰³ y Convención Belém Do Pará²⁰⁴ impactan en los *medios de prueba, acreditación el hecho*²⁰⁵ y *no revictimización de la denunciante*²⁰⁶.

196 Ver Decisión Administrativa N° 1012/21

197 Cfr. CS; Fallos 333:2306 Consids. 11 y 12 Voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay y Consids. 6° de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni

198 Ver Ley N° 27.580

199 Ver Art. 4° Ley N° 26.485

200 Ver Art. 124 CCT N° 214/2006

201 Ver Arts. 32 y 37 Ley N° 25.164

202 Ver Art. 11° Anexo Decisión Administrativa N° 1012/2021

203 Ver Ley N° 17.722

204 Ver Ley N° 24.632

205 Ver arts. 16 (inc. i) y 31 Ley N° 26.845

206 Cfr. CNCAF, Sala III "Nievas, Eduardo Saturnino c/ E.N. - M° Seguridad - GN s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg." (Causa N° 48.074/15) sentencia del 28 de mayo de 2021

III. Conclusiones

La potestad disciplinaria del Poder Ejecutivo Nacional protege la dignidad del agente y su familia del derecho humano a trabajar. La ejecución del sistema disciplinario por sus órganos competentes garantiza la función administrativa específica del empleo público.

El principio pro homine incrementa el alcance de la competencia para la operatividad del derecho fundamental del funcionario público y la restringe para limitar su contenido esencial. Este principio rector orienta el uso de los criterios expreso, amplio y de la especialidad en cada caso concreto.

Sólo una ley previa, precisa, accesible y previsible integra el principio de legalidad como único presupuesto habilitante para tipificar la falta disciplinaria y aplicar la sanción disciplinaria pertinente.

Abandonamos la idea de analizar la sanción disciplinaria a partir de su comparación con el delito. No sólo ajeno al objeto de estudio del derecho penal, sino que su inaplicabilidad no priva en modo alguno de garantías al derecho disciplinario. Atenuamos el bien jurídico doméstico del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Esa reducción del carácter retributivo potencia la idea de orden y jerarquía de la sanción.

Ello se revirtió con el Convenio OIT N° 190 que tipifica el acoso laboral desde la actuación del Superior Jerárquico y bajo una noción amplia de puesto de trabajo que excede la organización administrativa. Sostenemos el carácter preventivo de la sanción que promueve la transparencia y la ética en el ejercicio de la función pública. Ello se ve consolidado por la Ley de Acceso a la Información Pública N° 27.625 y la actualización de la Ley N° 25.188 con los Decretos N° 1179/16, N° 201/17 y N° 202/17 respectivamente.

Destacamos la finalidad restaurativa del reproche disciplinario que apunta a la integridad física, psicológica y emocional de la persona afectada. Se incrementó la sanción que erradica el acto discriminatorio, acoso laboral y violencia de género. Ello representa un aumento significativo del trato igualitario y objetivo en un ambiente laboral inclusivo del Sector Público Nacional.

Transparencia y tecnología

Daniela B. Valentini¹

Introducción

Desde hace algunos años venimos experimentando el impacto de la transformación digital que viene de la mano de la denominada cuarta Revolución Industrial, caracterizada por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y tecnologías emergentes. Fenómeno que alcanza a muchos sectores e industrias. Y el Derecho Administrativo, no puede resultar ajeno a esta nueva realidad social, de transformación permanente, que viene a impactar la concepción tradicional de las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos².

En atención a las ventajas que pueden representar sus funcio-

1 Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, ambos títulos obtenidos en la Universidad Nacional de La Plata, habiendo cursado la Maestría en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid (España), Paris X, Nanterre (Francia), y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA. Profesora en la Escuela de Abogados del Estado (ECAE) y en la Maestría de Maestría en Abogacía del Estado ECAE/ UNTREF. Autora de diversos artículos de investigación sobre la especialidad.

2 Se ha señalado que, con relación con la Administración Pública, la tecnologización de su organización y de sus procedimientos de actuación nos sitúa ante un eventual cambio de paradigma en la concepción de las relaciones entre ésta y los ciudadanos (Isaac Martín DELGADO, La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho, Serie Innovación Administrativa, Innap Ivestiga, Madrid, 2017,7).

nalidades y propiedades, este breve estudio se propone indagar sobre el potencial de aquellas herramientas tecnológicas como estrategia para fortalecer la gestión eficiente de los recursos públicos, como mecanismo de transparencia e integridad, de control de la actividad administrativa y de promoción de una mayor participación ciudadana en las decisiones estatales; en el punto de convergencia entre dichas tecnologías y la necesidad del Estado de repensar la forma en que ejecuta sus funciones en aras a la gestión del interés público.

2. ¿De qué forma las tecnologías emergentes pueden contribuir a fortalecer la gestión de los recursos públicos y como mecanismos de integridad y transparencia del sector público?

En el nuevo modelo de Estado –enfocado al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales como presupuesto para la realización de la dignidad humana–, resultan aspectos centrales la participación de la sociedad (ciudadanos) en la gestión pública, la transparencia en las decisiones públicas y la mayor eficiencia en el obrar estatal con sujeción al ordenamiento jurídico.

Bajo la óptica de esta concepción de la organización estatal, las herramientas tecnológicas asumen un papel trascendente para simplificar y agilizar los trámites y decisiones estatales. Y, a su vez, brindando la posibilidad de la interacción entre el Estado y las personas por medios digitales, desde cualquier lugar y en cualquier momento; a través de una interconexión ágil y sencilla, facilitadora en la búsqueda de la satisfacción del bienestar general. A la par, erigiéndose en una oportunidad para facilitar el acceso y disponibilidad de la información pública y con ello la participación de los ciudadanos, incrementando sustantivamente la transparencia del sector público.

En la búsqueda de alcanzar tales objetivos, se vienen desarrollando diversas propuestas innovadoras, entre las que encontramos la Administración electrónica (paso del procedimiento en papel al procedimiento administrativo electrónico), que ha sido incorporada al Sector Público Nacional a través de diversas nor-

mativas³ que introducen en el ámbito de la Administración pública de las Tecnologías de la información y la comunicación (TIC), a las que el legislador se les ha asignado el carácter de derecho humano, que cumplen una función social (Ley 27.078, art. 2).

En otro estadio del proceso evolutivo de la transformación digital de la Administración pública, nos encontramos con tecnologías disruptivas como la Inteligencia artificial o la cadena de bloques, las que vienen siendo utilizadas en el sector público de diferentes países, con diversos niveles de desarrollo o de implementación. Fundamentalmente, en consideración de su potencial para lograr mayor integridad, impulsar una Administración más moderna, ágil, eficiente, transparente, que posibilite el establecimiento de nuevos canales de comunicación con los ciudadanos. Asumiendo también en la mayoría de los casos, su capacidad para contribuir en la mejora de toma de las decisiones y el uso adecuado de los recursos públicos, minimizando las posibilidades de prácticas inadecuadas.

A los efectos indicados, se abordarán en primer lugar, las nociones básicas (para juristas, no técnicas) sobre aquellas soluciones tecnológicas, ya que el conocimiento de las mismas y de cómo funcionan, nos permitirá comprender después no solo cuáles son sus posibilidades, sino también, las limitaciones que actualmente existen y sus retos jurídicos.

3. Blockchain o cadena de bloques: inmutabilidad, transparencia y trazabilidad. Los smart contracts o contratos inteligentes

Blockchain se define como una base de datos distribuida -un registro-, compartida por múltiples nodos (computadoras-usua-

3 Tales como el Dec. 561/2016 (sistema de Gestión Documental Electrónica; Dec. 1023/2001 (intervenciones por medios electrónicos); el Dec. N° 894/17 (recepta alteraciones en el procedimiento del Dec.1759/72 a partir del uso de las tecnologías); Decreto N° 733/18 entre sus fundamentos se impulsa la preparación de condiciones tecnológicas necesarias y adecuadas para la implementación de "... motores de reglas e inteligencia artificial con el objeto de automatizar la mayor cantidad posible de decisiones...".

rios), en la que se registran bloques de información que poseen una identificación alfanumérica. Cada bloque está vinculado de manera criptográfica con el anterior después de una validación y una decisión de consenso. Y que además permite almacenar dicha información de forma *inmutable, ordenada*⁴ (*trazable y por tanto, transparente*) y *segura* (frente a eventuales fraudes o manipulaciones). Ello, en cuanto la incorporación de nueva información se produce por el *consenso* de todos los usuarios del sistema.

Para ilustrar de forma simplificada sobre su funcionamiento se suele recurrir a la comparación con un libro contable digital, separado en bloques de información que se van incorporando como si fueran nuevas “hojas” (bloques), a medida que se agregan datos al registro original. En cada uno de los bloques (que puede contener una o múltiples transacciones) se registra la hora (horas/minutos/segundos) y la secuencia de las transacciones, según las normas consensuadas por los participantes de la red⁵. Cada uno de los bloques está necesariamente vinculado al bloque anterior y al posterior por un hash o huella digital (*método criptográfico para encriptar la información*), lo que garantiza que una vez agregado a la cadena, no pueda modificarse. Toda la información almacenada en la cadena es completamente *auditable*: se incorpora de forma pública y visible para todos los usuarios. Esta base de datos se encuentra replicada y distribuida entre varios usuarios al mismo tiempo y toda modificación e incorporación de nueva información requerirá el consenso (validación) del resto. Al ser una red distribuida, sin necesidad de intermediarios (no requiere de una persona, empresa o institución que valide la información guardada en la cadena), todos los nodos poseen información de la cadena, pero la cadena no depende de ninguno de ellos de manera exclu-

siva para funcionar⁶.

El gran potencial que ofrece la tecnología Blockchain en el sector público se puede apreciar en su utilización para crear Smart contracts. Tal como se ha señalado anteriormente⁷, no se trata de verdaderos contratos desde el punto de vista jurídico, sino de flujos de tareas programables que se asientan dentro de Blockchain, en el cual *se programan unas condiciones de actuación a cumplir, y que se ejecutan en el momento que se cumplen esas condiciones*. Constituyen un *mecanismo automático de ejecución de instrucciones informáticas*, que puede usarse para ejecutar contratos. En definitiva, gracias a la tecnología Blockchain, es posible que programas informáticos lleven a cabo de forma automática prestaciones que constituyen el objeto de un contrato y, por consiguiente, el cumplimiento del mismo no depende de la voluntad de las partes implicadas ni de un tercero, sino de la concurrencia de los términos o condiciones previamente establecidos⁸.

Si bien es una tecnología vinculada al surgimiento de la criptomoneda Bitcoin, existen otros campos en los que se están desarrollando iniciativas para el uso de la cadena de bloques y los contratos inteligentes, incluyendo el sector público. En particular, en consideración a que la contratación pública es uno de los sectores especialmente azotado por los efectos adversos de la corrupción, es el campo que mayormente viene siendo utilizado por los gobiernos como palanca para la implementación de estas innovaciones en el sector público. Pueden mencionarse así como iniciativas de uso a nivel internacional, la implementada por la Comunidad

4 Carlos D. RETAMAL, Joan ROIG, José L. TAPIA, La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas, Universitat Politècnica de Catalunya, Economía industrial, N° 405, 2017, 34. Alex PREUKSCHAT (Coordinador), Blockchain: la revolución industrial de internet. Gestión 2000. Barcelona, 2017, 23.

5 Carlos TUR FAÚNDEZ, Smart contracts: análisis jurídico, Derecho de las Nuevas Tecnologías, Editorial Reus, Madrid, 2018, 16-18

6 BLOCKCHAIN FEDERAL ARGENTINA, en <https://bfa.ar/blockchain/blockchain> (consultado el 11/11/2021)

7 Daniela B. Valentini, Adopción de tecnologías disruptivas en la contratación pública, Observatorio de la Contratación Pública, Universidad Austral.

8 Agustín, MUÑOZ CARMONA, Implicaciones jurídicas del uso de blockchain en la Administración pública, Universidad de Murcia, 2018, 79. Disponible en: <https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/61679> (Consultado el 10/11/2021).

JL QUINTANA CORTES, La tecnología blockchain y su pretendida aplicación a la contratación pública como mecanismo para lograr mayor integridad, Revista española de control externo, Vol. 22, N° Extra 64, 2020, 150 y ss 162.

Autónoma de Aragón (España), a través del establecimiento de un registro distribuido de ofertas de contratos públicos que permita a posteriori una valoración automatizada de las ofertas a través de contratos inteligentes⁹. También Chile y Perú cuentan con experiencias de uso para el registro de las órdenes de compra con esta tecnología a través de sus portales de compras públicas, para lograr la trazabilidad de las licitaciones y de tal modo optimizar los procesos para realizar contrataciones públicas¹⁰. Como casos de aplicación locales, Blockchain Federal Argentina, plataforma multiservicios abierta y participativa, propone incorporar esta tecnología a los procesos de licitación, planteando un esquema de implementación¹¹. A su vez, el sistema de compras públicas electrónicas COMPR.AR, se apoyó en esta tecnología para generar confianza sobre la inalterabilidad de las ofertas cargadas digitalmente al sistema.

En tal orden de ideas, por las antes descriptas características y funcionalidades, Blockchain exhibe oportunidades como instrumento acreditativo que posibilita mejorar el proceso de auditoría (tanto a los oferentes en un proceso de licitación como a los ciudadanos en general), garantizando la inmutabilidad en los procedimientos y la trazabilidad y, por tanto, la transparencia e integridad en las transacciones, por ejemplo, en el ámbito de las contrataciones públicas. Como señala STORTONI, estas técnicas nos hablan de la búsqueda de sistemas que den fiabilidad a las transacciones y, en materia de derecho público, permitirían reducir la arbitrariedad administrativa, el avasallamiento de derechos, y la corruptela¹².

9 <http://aragonhoy.aragon.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/area.1342/id.236390>.

10 <https://www.perucompras.gob.pe/informacion/noticia.php?npid=NP00392020>. <https://www.chilecompra.cl/2018/07/chilecompra-inicia-proyecto-piloto-para-el-uso-de-la-herramienta-blockchain-en-compras-publicas/>, última consulta: 8/11/21

11 <https://bfa.ar/blockchain/casos-de-uso/licitaciones>, última consulta: 30/11/2021.

12 Gabriela Andrea STORTONI, COMPLIANCE Y DERECHO AD-

4. Inteligencia artificial. Hacia la actuación administrativa automatizada

No existe una noción universalmente aceptada de IA, ya que su contenido se vincula con la disciplina desde la que se la aborde. Se la ha definido como la rama de las ciencias de la computación que estudia el software y hardware necesarios para simular el comportamiento y comprensión humanos¹³. A los efectos de su conceptualización desde el punto de vista de la doctrina jurídica, CERRILLO I MARTINEZ¹⁴ señala que a través de la inteligencia artificial los ordenadores son capaces de realizar acciones que serían consideradas como inteligentes si fuesen desarrolladas por personas. Su objetivo último es emular las facultades intelectuales humanas en máquinas para que estas puedan realizar tareas propias de los seres humanos.

La IA se sustenta en el uso de datos y algoritmos. En términos sencillos, los algoritmos se definen como una fórmula matemática que identifica pasos, reglas y etapas para llegar a un resultado determinado, para obtener una respuesta concreta. Se trata de un conjunto de instrucciones para solucionar un problema.

Para que los algoritmos funcionen, necesitan ingentes cantidades de datos o *big data*, datos masivos caracterizados por su volumen, variedad y velocidad. A través de la analítica de datos se pueden entender relaciones y tendencias actuales y futuras. La IA sirve para encontrar e identificar ítems que cumplan con los criterios definidos por humanos y detectar patrones. Una vez que la

MINISTRATIVO. Una visión desde el Derecho Argentino, en WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION (WCA), disponible en <https://www.worldcomplianceassociation.com/1653/articulo-compliance-y-derecho-administrativo.html>, consulta. 15/8/2021.

13 Jorge TORRES MANRIQUE, Análisis de la relación entre la inteligencia artificial y el derecho. Hacia el arribo del derecho de los robots. MJ-DOC-15194-AR | MJD15194.

14 Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?, Revista General de Derecho Administrativo, N° 50, director Santiago Muñoz Machado, Iustel. 2019, edición digital.

Inteligencia Artificial identifica algo, puede aplicar reglas definidas por humanos y tomar acciones¹⁵. Sin embargo, para que los datos puedan producir resultados útiles es necesario que sean de calidad y que no existan limitaciones jurídicas que lo impidan lo que constituye un desafío al que tanto los sistemas de gestión de la información de las administraciones públicas como el Derecho administrativo deben dar respuesta.

Conforme a lo antes expuesto, la Inteligencia Artificial podría contribuir a la adopción de decisiones públicas basado en el uso de datos por la Administración Pública a través de algoritmos. Cuenta también con un gran potencial analítico y ofrece respuestas automatizadas ante situaciones de futuro sustentadas en predicciones¹⁶. Además, es una herramienta de monitoreo que puede resultar especialmente útil cuando se buscan irregularidades en un conjunto de datos.

El uso de la IA es aun limitado en las administraciones públicas¹⁷. La contratación pública es un sector en el que varios Estados han dirigido su atención hacia este tipo de innovaciones tecnológicas. En este campo, las experiencias de uso se vinculan principalmente con cuestiones relativas a la integridad, la buena administración y control de la actuación administrativa y control de la integridad, con foco en las fases preparatorias que no for-

15 Nicolas BONINA, *Inteligencia artificial y derecho ¿Las máquinas van a reemplazar a los abogados?*, *La Ley*, 24/XI/20.

16 Julián VALERO TORRIJOS, *Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración*, *Revista catalana de dret públic*, N° 58, 2019, 82-96

17 El uso de la IA en la administración pública se suele enfocar a la asistencia virtual para responder preguntas, guiar o asesorar a los ciudadanos para realizar trámites y gestiones; usando sistemas de respuesta automatizada a preguntas formuladas en lenguaje natural, o sistemas de diálogo a partir del reconocimiento de la voz para prestar los servicios de atención, asesoramiento e información a la ciudadanía (por ej. en Australia, "Alex" es un bot de asistencia virtual que comprende lenguaje conversacional y a quien se le puede hacer todo tipo de consultas relacionadas con gestiones impositivas, las 24 hs; en Estados Unidos, el U.S. Citizenship and Immigration Services responde a las preguntas formuladas por la ciudadanía mediante un chatbot (Emma), y revisa las solicitudes formuladas por la ciudadanía), entre otras.

man parte del acto administrativo¹⁸. Los proyectos en desarrollo a nivel internacional, mediante avanzadas técnicas de tratamiento y análisis de datos tratan de identificar anomalías (necesidades manipuladas, evitar la inclusión de criterios de solvencia o excesivos para discriminar, segmentaciones artificiales de los lotes, publicidad insuficiente, porcentajes desproporcionados para la fase de puntuación) y la presencia de posibles irregularidades o malas prácticas. Estos sistemas actualmente no tienen asignado poder decisorio como autoridad administrativa¹⁹.

5. Desafíos jurídicos para la implementación de las tecnologías

Uno de los primeros desafíos con el que nos encontramos se vincula con la complejidad de regular sobre estas tecnologías, atento su constante evolución y desarrollo, lo que podría tornar obsoleta la norma al poco tiempo de haberse sancionado.

18 Javier MIRANZO DIAZ, *Inteligencia artificial y contratación pública*, en *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Isaac Martín Delgado (dir.), José Antonio Moreno Molina (dir.), *Iustel*, 2020, pag 105 y ss. También Brasil ha desarrollado iniciativas de analítica de datos orientadas a mejorar la eficiencia y la efectividad de la actividad de control de la Administración Pública y del combate a la corrupción a través de la Contraloría General de la Unión (CGU), órgano de auditoría de ese país, principalmente vinculadas con la minería de datos y de analítica predictiva utilizadas en la prevención de riesgos, irregularidades y fraudes en licitaciones y contrataciones públicas (Leonardo VALLES BENTO, *Aplicación de inteligencia artificial y big data en el control de la Administración Pública y en el combate a la corrupción: la experiencia del gobierno brasileño*, *Revista General de Derecho Administrativo* N° 50, 2019, edición digital).

19 En Argentina, puede mencionarse el sistema de inteligencia artificial denominado "Prometea" desarrollado en el ámbito Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que permite generar dictámenes en forma automatizada. Extendiendo también su campo de aplicación a la automatización del proceso de compras públicas en esa jurisdicción para la generación de los pliegos y ciertas resoluciones vinculadas con las contrataciones, e incorpora una herramienta de control de precios públicos y privados sobre los bienes a adquirir (<https://mpfcidad.gob.ar/institucional/2020-03-09-18-42-38-innovacion-e-inteligencia-artificial>).

Sumado a ello, el reto de abordar su regulación y brindar respuesta a los problemas que puedan generar sus usos y aplicaciones (seguridad jurídica) en el sector público, fomentando al mismo tiempo la innovación y protegiendo principalmente las garantías jurídicas y los derechos fundamentales.

En el ordenamiento jurídico nacional no contamos con una normativa específica que regule sobre el grupo de tecnologías analizadas; tan solo encontramos algunas previsiones legales y reglamentaciones dispersas en diversos cuerpos normativos, con orientaciones generales²⁰.

En ese sentido, como punto de inicio para esta tarea, será labor del operador jurídico indagar acerca de si el marco normativo existente podría resultar suficiente para su aplicación o bien, si resultaría necesario introducir adaptaciones a las regulaciones existentes o dictar nuevas normas; debiendo combinarse un conocimiento jurídico normativo profundo y sobre la forma en que funcionan estas tecnologías y sus potenciales alcances.

Con relación a la Inteligencia Artificial, no habría una solución que aplique para todos los casos de implementación, por lo que según viene señalando de modo coincidente la doctrina²¹, no resultaría viable establecer un marco regulatorio general, que com-

20 Entre ellas, la ley 25.506 de Firma Digital; Ley 26.685, que autoriza la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. También encontramos las normas que regulan sobre administración electrónica, mencionadas en otro apartado. Por otro lado, si bien no se las define, en el Decreto 182/19 se alude a la tecnología de la cadena de bloques y a los contratos inteligentes en su artículo 36 inc.5, al regular sobre el sistema de autorización de entes certificantes de firma digital.

21 CERRILLO I MARTÍNEZ, *ob.cit*; PONCE SOLE, *ob. cit.*; DI SARNO LIPORACE, *Del otoño de la inteligencia artificial (y sus algoritmos) y su necesaria regulación. Soluciones desde el derecho internacional público*, en *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, Horacio Granero (dir.), Albremática, Buenos Aires, 2020, Libro digital, PDF, 283; E.MANSILLA, J. ORTIZ, A. IBARRA MANSILLA, *¿Es necesario regular los algoritmos o la inteligencia artificial?*, en *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, Horacio Granero (dir.), Albremática, Buenos Aires, 2020, Libro digital.

prenda todas sus aplicaciones.

A efectos de la implementación de Blockchain y los Smart Contracts deberá verificarse en que ámbitos de actuación de la Administración Pública, podrían ser aplicadas estas tecnologías en el marco normativo vigente en la materia (normas de contrataciones, de procedimiento, etc).

A continuación, estos nuevos canales de comunicación que se instauran entre la Administración pública y los ciudadanos, han de partir del reconocimiento y efectivo ejercicio de los llamados derechos digitales²², que incluyen el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con aquella y del derecho de acceso a internet, esto último, como precondition para el ejercicio de ulteriores derechos (ley 27.078, arts. 1 y 2). La aplicabilidad de las tecnologías emergentes en el sector público, nunca ha de implicar una manera de violentar derechos; su incorporación debe significar en todos los casos herramientas para promover y garantizar derechos fundamentales, siendo estos el límite de la utilización de aquellas²³.

En ese orden de ideas, la automatización de las decisiones administrativas que suponen la implantación de Blockchain y los Smart contracts, como asimismo, a través de las aplicaciones de IA, obligan a indagar sobre el impacto de estas tecnologías en el Derecho administrativo -a través de sus institutos- y en los derechos fundamentales. En dicho marco de análisis, debería en primer término reflexionarse acerca de qué potestades administrativas puedan ejercerse de forma automatizada (potestades regladas o discrecionales) y sobre qué clase de decisiones puede dar

22 Pablo GARCÍA MEXÍA, *El derecho de acceso a internet en Sociedad Digital y Derecho*, José Luis Piñar Mañas; Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (dir.), Editores: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, 397; Alessandro MANTELERO, *Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho*, en *Sociedad Digital y Derecho*, José Luis Piñar Mañas; Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (dir.), Editores: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, 159; Ricardo MUÑOZ, *La inteligencia artificial en la Administración Pública y los derechos fundamentales*, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, 29 de Mayo 2020, Número 5, 2-3.

23 Ricardo MUÑOZ, *ob.cit.*

lugar su ejercicio, ya que no sería posible la automatización, en cualquier caso. Será necesario además contar con una habilitación normativa previa que avale tal automatización.

De igual modo, considerarse la necesidad de articular las condiciones concretas para que los actos administrativos adoptados como consecuencia de una decisión automatizada²⁴, no incurran en vicios de invalidez y a la par, se garantice la tutela administrativa efectiva. Adoptando asimismo las cautelas indispensables para garantizar el estándar de protección de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Así, con relación a la cadena de bloques deberá investigarse cómo se implementaría esa tecnología en el sector público, sin afectar las prerrogativas de poder público y control de la Administración. En particular, para permitir que aquella ejerza sus potestades de control, cuando fuere necesario evitar una eventual conculcación de garantías y derechos de los administrados. Asimismo, para aquellos trámites a los que se proponga someter a la ejecución automática que permite la cadena de bloques, deberían extremarse los recaudos necesarios a fin que no se produzcan simplificaciones tales que pudieran colocar en peligro el derecho de defensa del particular, al quedar omitido algún trámite esencial del procedimiento, lo que invalidaría el acto resultante.

24 Los actos administrativos automatizados han definidos en la doctrina como aquellos realizados por el computador, donde éste no se limita a materializar una voluntad externa, sino que determina el contenido de esa voluntad, decidiendo en el caso concreto. En estos casos, no interviene una persona física en cada caso singular sino que el sistema informático produce la decisión, Gustavo SÁ ZEICHEN, *El acto administrativo automático y el presupuesto voluntad, en Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, Horacio Granero (dir.), Albremática, Buenos Aires, 2020, Libro digital, PDF, 210. Lo atinente a la viabilidad de los actos administrativos automáticos y sobre cómo juegan los elementos del acto, en particular, en cuanto a la voluntad y la teoría del órgano ha suscitado el interés por parte de la doctrina, planteándose diversas posturas para su tratamiento (véase Federico LAVACA, *Acto administrativo automático en el marco del Estado constitucional de derecho*, *El Derecho Administrativo*, 3-XII-2019; I. MARTÍN DELGADO, *Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada*, en *Revista de la Administración Pública*, N° 180, Madrid, septiembre-diciembre 2009, Sá Zeichen, ob.cit.

Por otra parte, los algoritmos y la manipulación de grandes cantidades de datos a través del uso de sistemas biométricos como el de Machine learning, podrían generar tensiones con algunos derechos fundamentales como la privacidad, la intimidad o la protección de los datos personales a través de las decisiones automatizadas, atento el procesamiento y almacenamiento de esta data. También con relación a los sistemas de IA, uno de los principales retos jurídicos se vincula con los sesgos de los algoritmos, que podrían conducir a la adopción de decisiones administrativas discriminatorias, en los que la IA seleccione una opción con sesgos de género, etnia, religión u otras características. Será menester entonces que cuando se utilicen sistemas de IA para la toma de decisiones sobre los ciudadanos, el responsable del tratamiento de los datos, se asegure de cumplir los principios establecidos en la normativa sobre Protección de datos personales²⁵ (legalidad, calidad, finalidad, consentimiento informado, seguridad, confidencialidad)²⁶. De igual forma, los principios de igualdad y de no discriminación han de ser resguardados, cuando estamos ante predicciones de inteligencias artificiales, frente a derechos fundamentales (principio de no discriminación algorítmica).

Según se adelantara, por las características de esta tecnología, gran parte del procesamiento, almacenamiento y uso de la in-

25 En la República Argentina, la ley 25.326 no contiene una regulación diferenciada para el tratamiento automatizado de datos personales. Sin embargo, con relación a dicho tratamiento en el ámbito estatal, se contempla que "...Las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado... Los actos que resulten contrarios a la disposición precedente serán insanablemente nulos". Al respecto, MUÑOZ concluye en que dicha norma no prohíbe las decisiones automatizadas, en nuestro supuesto de análisis, en el marco de un procedimiento administrativo llevado a cabo por la Administración pública en ejercicio de potestades públicas; solo establece un límite: aquellas decisiones no pueden estar exclusivamente fundadas en valoraciones personales (MUÑOZ, ob.ct. p.8).

26 Debiendo proveerse un pleno respeto a la privacidad y a la protección de la información, que respete la calidad e integridad de los datos, y que permita a los legitimados acceder a ellos.

formación es realizado por el algoritmo mismo y de forma poco transparente dentro de la denominada caja negra que no permite discernir la causalidad que motiva las decisiones. Consecuentemente, será clave que tales sistemas de IA sean transparentes para los usuarios y a la par auditables tanto por ellos como por tercero.

Al mismo tiempo, estas tecnologías todavía requieren un gran grado de supervisión humana²⁷ o bien que ciertas decisiones sean tomadas por humanos, lo que en doctrina se ha llamado “reserva de humanidad”²⁸, ya que ciertas actividades no permiten un tratamiento automatizado.

En todos los supuestos, debe garantizarse pues que la práctica de dichas tecnologías sea compatible con los principios del debido proceso legal, con la transparencia pública y con la tutela de los derechos de los ciudadanos. Resultando medular que de ningún modo, el estado de derecho constitucional se vea socavado por el uso de estas tecnologías.

6. Epílogo

Dado el interés que las TIC y las tecnologías emergentes aquí descritas han despertado en nuestra disciplina²⁹, a través de este ensayo se ha propuesto conocer desde el punto de vista de un jurista de qué tratan aquellas y sus potencialidades en el sector público.

El análisis realizado evidencia que estas soluciones tecnológicas nos sitúan ante un panorama jurídico y normativo en el que se plantean retos de enjundia al Estado contemporáneo. En particular para el Derecho, se presenta un triple desafío: posibilitar y fomentar la innovación tecnológica; en materia regula-

toria, modificar, adaptar o crear condiciones, estructuras e institutos que permitan el despliegue tecnológico y, a su vez, sin que ello implique mengua alguna en los estándares tuitivos de los ciudadanos y evitar riesgos no tolerables. Esto es, que no se produzcan afectaciones significativas en los intereses generales de la sociedad, haciendo extensivo la aplicación del principio precautorio al ámbito de las tecnologías.

Allende las legítimas finalidades de eficiencia administrativa y mejora de la audibilidad y transparencia asignadas a estas tecnologías, como asimismo, su potencial para contribuir a la mejora en la toma de decisiones, no debe perderse de vista que su implantación en el sector público puede generar ciertas tensiones con los derechos fundamentales, por lo que habrá que articular garantías suficientes y vías de protección válidas. De igual modo, será necesario adoptar medidas para garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso y conocimiento respecto de tales tecnologías; esto es, facilitar el efectivo ejercicio de los derechos del ciudadano digital.

Ahora bien, es claro que las tecnologías no garantizan por sí mismas la transparencia. Las necesarias reformas en el ámbito de lo público, demandan además del apego a la legalidad del obrar estatal, una redefinición de la relación Administración y ciudadanos, reduciendo la complejidad de los trámites administrativos, con un acceso directo, una fluida interacción de las personas con el Estado, no solo por los medios tradicionales de comunicación, sino a través de las tecnologías -con las consiguientes adecuaciones normativas para su implementación-, en beneficio de una posición participativa y eficiente, la transparencia, una buena administración y control de las cuentas públicas, como nuevos pilares de la gestión pública en todos los ámbitos.

27 Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, El uso de medios electrónicos en la contratación pública, La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho, Madrid, 2017, 285-322.

28 PONCE SOLE, ob.cit.

29 Basta para comprobarlo remitirnos a la profusa literatura jurídica existente en la materia, tanto en el ámbito internacional como en la doctrina administrativista local, mencionada en gran parte a lo largo de estas páginas.

El control judicial y las nuevas tendencias procesales

Luis Eduardo Rey Vázquez¹

I. Introducción

En el presente trabajo², intentaré exponer algunas reflexiones derivadas de los cambios operados y que están en curso en materia procesal, centrando la atención en mi provincia – Corrientes –, donde han visto la luz nuevos Códigos Procesales en diferentes materias, y otros se hallan en trámite parlamentario, pero que pre-

1 El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad de La Coruña), Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado. Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor de posgrado en diversas Carreras y Universidades. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura, ambos de la Provincia de Corrientes (por el período 2019/2022).

2 Basado en mi exposición en las Jornadas de Clausura de la Maestría en Abogacía del Estado, organizada por la UNTREF y la ECAE, llevadas a cabo los días 6 y 7 de diciembre de 2021, en el Panel N° XIII, titulado “CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO PROVINCIAL. PROBLEMAS Y TENDENCIAS”. Agradezco especialmente la invitación cursada oportunamente a las autoridades de ambas instituciones, en especial a los Dres. Patricio Sammartino y Gabriela Stortoni.

sentan notas comunes y que son las que expresaré a continuación.

Tales cambios impactan de lleno en una mejora en la calidad regulatoria, y procuran brindar al ciudadano una respuesta jurisdiccional efectiva, enarbolando principios y pautas que apuntan a facilitar el acceso a la justicia y a la comprensión de las decisiones judiciales, especialmente por los sectores más vulnerables.

II. Reformas de los Códigos Procesales de la Provincia de Corrientes

En una apretada síntesis, señalaré que tales reformas fueron encaradas – en gran medida – por una iniciativa del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (en adelante STJ) a partir del año 2015 (Acuerdo N° 24/15, punto 13°), fundada en la necesidad de actualizar, compatibilizar y armonizar las normas procesales de la Provincia en materia Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de acuerdo a los nuevos paradigmas y principios rectores de la legislación que lo informan, conformándose diferentes comisiones de trabajo integradas por Magistrados/as y funcionarios/as para la elaboración de anteproyectos de Códigos Procesales³.

Luego de una profusa labor realizada en el seno del Poder Judicial, fueron elevados los diferentes anteproyectos al Poder Legislativo, donde a través de las Comisiones de ambas Cámaras competentes, se continuó con el trabajo y se amplió la participación de otros sectores, como ser Colegios de Abogados, Facultades de Derecho pública⁴ y privada, los que fueron realizando sus apor-

tes a fin de que el producto final sea lo más perfecto posible (aun conscientes de la imperfección humana).

Como resultado, a la fecha se han sancionado tres Códigos Procesales: El Penal, el Civil y Comercial y el de Familia, Niñez y Adolescencia (contando con media sanción, entre otros, el Código Procesal Administrativo).

A continuación, veremos someramente las novedades salientes de cada uno de ellos:

1. Código Procesal Penal⁵, en vigor ya en 4 circunscripciones judiciales (restando la primera) conforme a un esquema gradual de implementación. Dicho código produjo un cambio de paradigma, adoptando el modelo acusatorio pleno, colocando en cabeza del Fiscal la acusación, y el juez cumpliendo funciones de garantía, respetando así el principio de imparcialidad. Incorpora asimismo medios alternativos de resolución de conflictos.
2. Código Procesal Civil y Comercial⁶. Entre las novedades más salientes, prevé el expediente digital, el proceso por audiencias (presenciales y/o virtuales, en este último caso en soporte de videograbación); procesos con sujetos vulnerables, proceso monitorio, procesos abreviados, uso de lenguaje claro, principios procesales. Avanzar hacia la justicia moderna y ágil que demanda el ciudadano, procurando que éste sienta que su causa se resuelve con calidad y en un tiempo breve. Ha previsto una transición ordenada hacia el nuevo modelo de estructuras procesales y el proceso de oralidad.

3 Mediante Acuerdo N° 2 del 18-03-2016, Punto VIGESIMO SEXTO, teniendo en cuenta lo dispuesto en el punto 13° del Acuerdo N° 24/15 y oído el Sr. Fiscal Adjunto; SE RESUELVE: “Incorporar al Sr. Ministro, Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, a la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Código Procesal Constitucional y modificación del Código Contencioso Administrativo de la Provincia, creada en el punto 13° del Acuerdo N° 24/15, ap. 3)”. Ello a partir de mi incorporación como miembro del STJ de Corrientes.

4 En mi caso, mediante Resolución N° 1835 S.A./16 del 19-12-2016 de la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, fui designado Integrante de la Comisión de Docentes de las Cáte-

dras de Derecho Administrativo para que a modo de colaboración lleven a cabo tareas de asesoramiento, de opinión y dictamen por escrito respecto al Anteproyecto de Reforma del código procesal Administrativo de la Provincia, de acuerdo al Convenio de Cooperación a ser suscripto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

5 Sancionado por Ley 6518 (B.O. 27-11-2019, y su fe de erratas del 6-12-2019).

6 Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021), en vigencia a partir del 1°-12-2021.

3. Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia⁷. Prevé el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, desarrollando el estándar del Interés superior del niño.
4. Código Procesal Administrativo⁸: Cuenta con media sanción de Cámara de Diputados

En cuanto a los aspectos más salientes de este último, pueden destacarse⁹:

- Se modifica el orden y estructura del código vigente, simplificando además el lenguaje, a fin de facilitar su lectura.
- Se regula la competencia de manera más completa, para evitar en lo posible, que se susciten innecesarios conflictos de competencia.
- Se modifican los recaudos de acceso a la jurisdicción y para la habilitación de instancia, eliminando el plazo de caducidad en los casos de reclamo previo; estableciendo un plazo de caducidad más amplio y razonable para los casos de la vía recursiva - el que sólo se aplica cuando existe pronunciamiento expreso de la Administración, no así en los casos de silencio - y suprimiendo el pedido previo en sede administrativa para la suspensión de los efectos del acto administrativo. Se especifican los modos de agotar la vía administrativa previa y los casos en que ello es necesario, a fin de facilitar su aplicación por parte de los operadores jurídicos.

7 Ley 6.580 (B.O. 27-10-2021), en vigencia a partir del 1º-03-2022.

8 Expte. N° 15874. Ingreso 26/04/2021, sancionado por Cámara de Diputados por unanimidad, actualmente en Cámara de Senadores. La denominación del nuevo Código abandona la clásica expresión "contencioso" por la de "procesal", siguiendo la terminología más moderna, e incluso, la seguida en sus Tratados específicos en la materia, como el profesor español Jesús González Pérez, o el profesor argentino Tomás Hutchinson, intituladas en ambos casos "Derecho Procesal Administrativo".

9 Sigo aquí, en líneas generales, en los motivos expresados en ocasión de elevar el Anteproyecto por parte de quienes integramos la Comisión redactora.

- En cuanto a la exigencia del "pago previo" de obligaciones tributarias, siguiendo la tendencia jurisprudencial, se prevén excepciones con el objeto de que tal requisito no se erija en un obstáculo que conlleve a la denegación de justicia en el caso concreto.
- En orden a brindar una adecuada tutela a personas en estado de vulnerabilidad o cuando se demanda la tutela de derechos irrenunciables, se han flexibilizado los recaudos de admisibilidad de las pretensiones para agilizar el acceso a la justicia.
- Se consolida y perfecciona un sistema plural de pretensiones administrativas, dejado en claro que no se trata ni de un "proceso al acto" ni de un "proceso a la actividad". Se incorporan los derechos de incidencia colectiva.
- En aras a la seguridad jurídica y para facilitar la tarea de los operadores jurídicos, se dispone la directa aplicación del Código Procesal Civil y Comercial con relación a instituciones comunes, como notificaciones, conflictos de competencia, recusación, recursos ordinarios y extraordinarios, entre otras y, además, se regulan aquellas en las que debe contemplarse las particularidades propias del sistema de derecho administrativo (debe señalarse que el Código Procesal Civil y Comercial establece las notificaciones electrónicas).
- Se prevé la posibilidad de usar como herramientas para la toma de decisiones judiciales, el análisis y procesamiento inteligente de datos a través de sistemas informáticos o tecnológicos, como así también la posibilidad de que, cuando se cuente con los medios técnicos, las providencias simples puedan ser dictadas en forma automática utilizando sistemas de automatización (inteligencia artificial).
- Se promueve la utilización de sistemas interoperables de acceso para distintas instituciones, tanto para obtener información ofrecida como prueba en las causas, como para las comunicaciones y notificaciones.

- En lo que hace a las medidas cautelares, se amplía la posibilidad de su dictado a fin de prevenir la ocurrencia o agravamiento de daños irreparables o perjuicios graves.
- Se incorpora la posibilidad del proceso por audiencias¹⁰, a fin de promover la inmediación y la concentración, celeridad y economía procesal.
- Se prevé la aplicación, para algunos supuestos, de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.
- Se regulan los efectos de la sentencia en los casos en que se plantean pretensiones que involucran derechos de incidencia colectiva.
- Se regula el amparo por mora como un instituto propio del derecho procesal administrativo, que actualmente se encuentra regulado como instituto del procedimiento administrativo.
- Se elimina la acción de interpretación –que ha tenido poca utilización práctica– y, en su lugar, se incorpora la acción declarativa de certeza.
- Se prevé un proceso de recupero abreviado de bienes inmuebles del dominio público o bienes de propiedad del Estado otorgados en concesión¹¹.
- Se agregan herramientas para la ejecución de las decisiones judiciales, sin dejar de tener en cuenta el límite constitucional previsto en el artículo 20 de la Constitución Provincial.
- Recursos directos previstos en leyes especiales – en todos los casos se atribuye su conocimiento a los jueces con competencia administrativa.

10 Existen experiencias similares en el Derecho comparado, conforme da cuenta Ortíz Zamora, Luis A., “El juicio por audiencias en el contencioso administrativo”, en Leiva Poveda, Jorge (coordinador), *Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de Costa Rica: 50 Aniversario*, San José, Costa Rica, 2022, pp. 283-312.

11 Tomando como base la Ley Nacional 17.091, así como lo establecido en la Constitución de la Provincia de Corrientes – año 2017 –, art. 225, inciso 10.

III. Un denominador común en los nuevos códigos: las personas en situación de vulnerabilidad

La Constitución Nacional reformada en 1994, consagra en su Art. 75, inciso 23, como atribución del Congreso: “... 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos¹² y las personas con discapacidad”¹³.

Los diferentes Códigos Procesales responden a dicho mandato – en este caso emanados de la Legislatura Provincial – y a la necesidad de compatibilizarlo con las numerosas reformas operadas sobre otras normas, como el caso del Código Civil y Comercial¹⁴.

Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial correntino¹⁵ dedica todo un Capítulo – el 6° – a los “Procesos con sujetos vulnerables”, expresando en su Artículo 46. Aplicación: “Las normas de este Capítulo se aplicarán de oficio en los actos y procesos judiciales, de cualquier instancia, donde intervengan personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo las normas, principios y

12 Me he ocupado de la situación de las personas mayores como sujetos vulnerables, en Rey Vázquez, Luis E., “El acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Algunas manifestaciones vinculadas a la seguridad social”, publicado en el Suplemento Especial coordinado por Patricio Torti Cerquetti, *Vulnerabilidad y Derechos Humanos. Primera Parte*, Erreius, Diciembre de 2021, Buenos Aires, pp. 131-143. También publicado en la revista *Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, Marzo 2022, Editorial Erreius, pp. 175-187.

13 La Constitución de la Provincia de Corrientes, vigente desde 2007, prescribe dentro de las atribuciones de los Municipios, la de “6) Dictar ordenanzas y reglamentaciones sobre: ... m) servicios sociales a grupos vulnerables...” (Art. 123).

14 Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (B.O. 08-10-2014). Por Ley 27.077 (B.O. 19-12-2014) se estableció su entrada en vigencia el 1° de agosto de 2015.

15 Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021, en vigencia a partir de diciembre de 2021).

directivas de garantía del acceso a la jurisdicción contenidas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, y demás normas vigentes”.

Luego describe a quienes alcanza, en su Artículo 47. Personas en condición de vulnerabilidad. *“Se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas, y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.*

En punto a la acreditación de tales extremos, expresa en su Artículo 48... *“La condición de vulnerabilidad deberá ser alegada por la parte interesada en su primera presentación y, de ser sobreviniente, hasta el décimo día de haber tomado conocimiento de la misma, o durante el curso del proceso si su configuración fuese posterior, debiendo acreditarla en grado verosímil. En su caso, el juez deberá ordenar las pruebas que considere necesarias.*

La parte que conozca o deba conocer, que su contraria se encuentra en condición de vulnerabilidad, deberá hacerlo saber al juez en su primera presentación o dentro de los diez (10) días de haber tomado conocimiento de la misma. Su omisión constituirá un indicio en su contra y podrá dar lugar a una multa de hasta el valor de 20 (veinte) jus. Idéntica solución cabrá respecto de la parte que a sabiendas del cese de su condición de vulnerabilidad omitiese informarlo.

Si, en cualquier etapa del proceso los jueces advirtieren indicios de que se configura la condición de vulnerabilidad, deberán verificarla.

Verificada la condición de vulnerabilidad, el proceso quedará regido por las normas de este Capítulo”.

Es importante el rol que asigna a los equipos técnicos interdisciplinarios (artículo 49), cuando expresa: *“Los tribunales en los que intervengan personas en condición de vulnerabilidad contarán con la asistencia de equipos técnicos interdisciplinarios, debiendo asesorar a los jueces y demás funcionarios en las materias relacionadas con su especialidad, mediante la elaboración de informes y articulando las interven-*

ciones con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas cuando lo ordene el juez”.

Contempla tanto la gratuidad de las actuaciones, como la flexibilidad de las formas y la concentración de los actos, al expresar:

Artículo 50. *“Gratuidad de las actuaciones. Las personas en condiciones de vulnerabilidad gozarán de acceso gratuito a la jurisdicción, con los mismos alcances que el beneficio de litigar sin gastos, sin necesidad de solicitarlo.*

La parte contraria y la oficina de recaudación respectiva podrán acreditar su solvencia, en cuyo caso cesará la gratuidad”.

Artículo 51. *“Flexibilidad de las formas. Las formas procesales deben ser flexibilizadas para que se adapten a las condiciones de la persona vulnerable, según la índole de su situación.*

Hasta la audiencia preliminar podrá modificarse o adecuarse la pretensión cuando resulte evidente que ha sido inicialmente formulada sin suficiente información o asesoramiento en relación a los derechos que asisten a las personas en condiciones de vulnerabilidad. En tal caso el juez deberá arbitrar las medidas para garantizar la bilateralidad”.

Artículo 52. *“Concentración de actos. Se adoptarán medidas para concentrar, en lo posible en un mismo día, la realización de los actos procesales en los que debe intervenir la persona en condición de vulnerabilidad, con agilidad y puntualidad”.*

Se ocupa de la necesidad de asistencia letrada obligatoria y de acompañamiento, cuando expresa en su Artículo 53: *“...Las personas en condición de vulnerabilidad, además de la asistencia letrada obligatoria, podrán comparecer acompañadas por referentes afectivos o de la comunidad, traductor y del intérprete cultural o lingüístico en su caso”.*

Como garantía de acceso efectivo a la justicia, consagra reglas en materia de lenguaje claro, cuando expresa en su Artículo 54. *“Lenguaje. Información. Los operadores jurídicos deberán utilizar lenguaje sencillo y de fácil comprensión para los actos de comunicación con la persona en condición de vulnerabilidad, evitando emitir juicios de valor o críticas sobre su situación o comportamiento.*

En la primera oportunidad y durante todo el proceso se le informará

al sujeto vulnerable sus derechos y los apoyos que puede recibir.

La opinión de la persona en condición de vulnerabilidad deberá ser primordialmente tomada en cuenta y valorada, según las circunstancias del caso”.

Finalmente, prescribe reglas acerca del uso de las TICs en su Artículo 55. Tribunal. Traslado. *“El juez o los funcionarios judiciales deberán trasladarse al lugar donde se encuentren las personas en condiciones de vulnerabilidad cuando las circunstancias lo exijan y disponer todas las medidas necesarias para facilitar la accesibilidad, disponiendo el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) más adecuadas”.*

Respecto al Proyecto de Código Procesal Administrativo de la Provincia de Corrientes, que como dije actualmente cuenta con media sanción de Cámara de Diputados¹⁶, contempla justamente la situación de vulnerabilidad como estándar hermenéutico en diferentes situaciones, en especial en materia de medidas cautelares, habilitación de instancia y ejecución de sentencias.

Ya en su Título preliminar, expresa: *“Artículo 1º. Tutela judicial efectiva. Las normas procesales de este código deben interpretarse y aplicarse con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas humanas en condición de vulnerabilidad”.*

Luego, al referirse a las excepciones a la regla del agotamiento de la vía administrativa, prevé en su Artículo 22. Excepciones. *“El agotamiento de la vía administrativa previa a que se refieren los artículos anteriores no es necesario cuando una norma expresa lo establezca y cuando: ... g) se encuentren involucrados derechos fundamentales e irrenunciables como el derecho a la vida, la salud o la dignidad o de personas en estado de vulnerabilidad social y se alegue fundadamente premura en la resolución de la cuestión”.*

En materia cautelar, consagra en su Artículo 34, al ocuparse de la “Suspensión de la decisión administrativa. Requisito de admisi-

bilidad, luego de expresar los presupuestos¹⁷, y de fijar como regla acerca de que la resolución que dispone la medida debe especificar el modo y monto de la contracautela a cargo del peticionante, exceptúa diciendo lo siguiente: *“... En los supuestos de pretensiones en materia de empleo público, previsional, personas humanas en condición de vulnerabilidad y quienes actúan con beneficio de litigar sin gastos, se exige únicamente caución juratoria”.*

Asimismo, consagra pautas especiales en materia de cédulas de notificaciones, cuando prescribe en su Artículo 51. *“Elaboración y firma de la cédula. Las cédulas de notificaciones dirigidas al domicilio real son confeccionadas y firmadas por el abogado de la parte que tenga interés en ella, el síndico, tutor, curador, notario, perito o martillero que intervengan en el proceso e implica la notificación de la parte que representa o patrocina.*

La notificación de medidas cautelares o de orden de entrega de bienes debe ser firmada por funcionario judicial.

El/la juez debe ordenar que por secretaría se practiquen las notificaciones cuando sea necesario por el objeto de la providencia, por razones de urgencia o cuando estén en juego derechos de personas humanas en condición de vulnerabilidad en cuanto a ellas interese”.

Finalmente, en su Título X relativo a la Ejecución de la sentencia, luego de reglar los aspectos generales, tratándose de dar sumas de dinero¹⁸, prescribe en el segundo párrafo de su Artículo 126: *“... Si se trata de dar sumas de dinero, deben observarse las previsiones especiales que regulan la ejecución de sentencias contra el Estado*

17 *“Si durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a este hay urgencia notoria, puede solicitarse la suspensión de la decisión administrativa acreditando:*

a) la verosimilitud de las irregularidades que se denuncian contra la decisión recurrida;

b) que el daño que pueda ocasionar la ejecución de la decisión administrativa sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que puede ocasionar su suspensión;

c) la urgencia notoria.

Cuando la irregularidad de la decisión administrativa sea manifiesta no es necesario el requisito establecido en el inciso c)...”

18 Al respecto, remito a Rey Vázquez, Luis E., “Efectos de la sentencia contenciosa administrativa. La Inembargabilidad en la ejecución”, *La Ley Litoral*, Año 17, Número 06, Julio 2013, pp. 585-596.

16 Expte. N° 15874.

provincial o municipalidades. Cuando se acrediten situaciones de extrema vulnerabilidad que ameriten mayor urgencia en el cumplimiento de la sentencia, el/la juez podrá fijar un plazo menor..."

Es de esperar que este último código obtenga finalmente recepción legislativa y se convierta en el Código Procesal Administrativo de Corrientes, adaptado a las actuales necesidades y requerimientos, teniendo en cuenta la realidad correntina y con el fin de que el proceso sea más eficiente y la jurisdicción y los operadores jurídicos en general cuenten con una herramienta apta para proteger los derechos de los ciudadanos respetando el delicado equilibrio que debe existir entre ellos y las potestades públicas.

IV. Conclusión

Resulta auspicioso que se comiencen a perfilar cambios normativos acordes a la normativa convencional y constitucional de estos tiempos, que apunten a eliminar las desigualdades y toda forma de discriminación, tutelando adecuadamente a todos, especialmente, a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Entiendo que la Provincia de Corrientes ha hecho un esfuerzo que apunta en esa dirección, y es de esperar que todos los operadores jurídicos así lo visualicen y procuren su recta aplicación.

Respecto del estándar de vulnerabilidad, amén de lo que ya expresara la CSJN en el caso "García"¹⁹, se ha visto robustecida en el caso "Garay, Corina"²⁰, donde expresó que "... el tiempo transcurrido desde el inicio de la acción, la avanzada edad que presentaba la actora y la posibilidad expresamente planteada y omitida de satisfacer la condena sin más dilaciones en este expediente trayendo al organismo recaudador al proceso, la decisión de sujetar a la accionante a un nuevo trámite administrativo y/o judicial no especificado, configura un exceso ritual manifiesto que puede frustrar la sustancia de su derecho conforme

19 CSJN, 26-03-2019, "García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 342:411.

20 CSJN, 07-12-2021, "Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ reajustes varios", Fallos 344:3567.

al desenvolvimiento natural de los hechos... En definitiva, no resulta razonable exigir a los recurrentes que deduzcan dos planteos ante distintos organismos a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no solo importa un arbitrario retraso en la declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal ..." (Considerando 9º).

Constituye un deber del Estado adoptar las medidas tendientes a garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales.

Al decir de Peter Haberle, "... Derechos fundamentales y Estado prestacional están conectados, en ese sentido, de una manera muy "vulnerable". Acá están presentes tareas para la dogmática; se confía al Estado prestacional, por supuesto, la prestación de los derechos fundamentales de sus ciudadanos: se trata de la eficiencia en y por medio de la libertad pasando por la igualdad. ¡Esta prestación es solo una oportunidad, ni mas ni menos!..."²¹

21 Häberle, Peter, *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, Palestra, Lima, 2019, p. 150.

Régimen de percepción de honorarios de abogados/as del Estado. Una mirada comparada

Luis Eduardo Rey Vázquez¹

I. Introducción

El objeto del presente consiste en exponer las particularidades del régimen de percepción de honorarios de los letrados estatales –sea que revisten en planta permanente o transitoria– que se hallan en relación de dependencia y que perciben un sueldo o retribución periódica fija.

Incluso veremos el supuesto de abogados del Fisco que actúan *ad honorem*, sin retribución fija, modalidad habitual para quienes son contratados para la ejecución de tributos.

Analizaré someramente la situación existente en el ámbito nacional, pero a la vez comparando con el régimen vigente en la pro-

¹ El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad de La Coruña), Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado. Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor de posgrado en diversas Carreras y Universidades. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura, ambos de la Provincia de Corrientes (por el período 2019/2022).

vincia de Corrientes, respecto de letrados de la Fiscalía de Estado.

Tendremos así una visión comparada entre los regímenes, parcialmente coincidentes, pero que denotan el especial régimen jurídico aplicable a la relación de derecho público que vincula a los abogados estatales, y que difiere de la aplicable a los abogados del sector privado vinculados con sus clientes por un mandato, así como de las pautas generales previstas en las leyes arancelarias, revelando la vigencia de un régimen exorbitante del derecho privado.

II. El régimen vigente a nivel nacional y la doctrina de la PTN

Una buena exposición del régimen imperante en el orden nacional, así como de sus fundamentos, lo hallamos condensado en un Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN) recaído en una presentación promovida por el Colegio Público de Abogados de Capital Federal².

En él se recordó, como principio general, que "... De acuerdo con el artículo 40 del Decreto N° 34.952/47 el alcance del derecho que se les reconoce a los abogados que representan al Estado de percibir los honorarios impuestos a la contraria se encuentra subordinado a las disposiciones que dicten en la materia las autoridades superiores de los organismos que representen...".

Agregó luego que "... independientemente del derecho que se reconoce al abogado del Estado de percibir los honorarios cuando las costas son a cargo de la contraparte, la Administración representada se encuentra facultada a reglar su forma de percepción y su distribución ulterior entre los distintos agentes letrados y no letrados que integran la asesoría jurídica de que se trate..."

En punto al fundamento y deber de los letrados estatales de sujeción a dicho régimen especial (criterio de distribución), expuso que "... no reconoce su fundamento en las normas arancelarias genéricas -que resultan inaplicables- sino en la singular relación

² Expte. PTN N° 3303/00. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; 5 de abril de 2001. (Dictámenes 237:13).

de tipo estatutario que se plantea entre aquél y la Administración y que debe prevalecer sobre aquéllas..."³

Las razones del diferente tratamiento son, conforme dicho asesoramiento:

- a. El abogado que desarrolla su labor en relación de dependencia con el Estado no obtiene por sí el trabajo profesional, sino que éste le es asignado por pertenecer a un servicio jurídico estatal, de manera tal que es el Estado y no su propio esfuerzo de captación, el que provee el acceso a la retribución profesional.
- b. A su vez, es la Administración la que le suministra la infraestructura necesaria para su desempeño, ahorrándole los gastos y erogaciones que normalmente debe afrontar el profesional independiente para instalar y mantener la organización de medios materiales y humanos que le permiten trabajar, todo lo cual significa una merma en la ganancia que son los honorarios.

A ello cabe sumar que "... De este cúmulo de elementos que hacen al trabajo profesional hay que poner de realce, la colaboración que el abogado estatal recibe de sus compañeros -profesionales y administrativos- y la conducción y responsabilidad que

³ Refiere al respecto que la solución que preconiza la Resolución N° 57/00, emitida por el Procurador del Tesoro de la Nación (que aprueba el Régimen de Distribución de Honorarios Judiciales de la Procuración del Tesoro de la Nación), en general y en particular, al incluir en el prorrateo al personal administrativo, encuentra apoyo además en insoslayables principios de moralidad y justicia. Agrega además que la Resolución del Procurador del Tesoro de la Nación N° 57/00 se inscribe dentro de tal categoría de actos inherentes a esa relación jerárquica, resultando plenamente legítima en función de las competencias atribuidas a aquél por la Ley N° 24.667. Dicha Resolución 57/2000 (18-08-2000, B.O. 05-09-2000) fue inicialmente suspendida cautelarmente en sede judicial, razón por la que mediante Resolución PTN N° 106 de fecha 16 de octubre de 2001, se dispuso suspender los efectos de aquella, pero ante la revocación de la medida cautelar, se dictó la Resolución 137/2001 (13-12-2001, B.O. 18-12-2001) mediante la cual se dispuso en su Art. 1°: "Revócase la Resolución PTN N° 106/01 y, en consecuencia, restablécese la vigencia retroactiva de la Resolución PTN N° 57/00 que aprobó el Régimen de Distribución de Honorarios del personal de la Procuración del Tesoro de la Nación".

incumbe a sus superiores, que respaldan su tarea en sus funciones de contralor y dirección de los casos...”⁴

En punto a la relación de dependencia – y la ajenidad de la regulación de honorarios de aquélla – como dato crucial a tener en cuenta, ha sostenido la PTN que: “La lectura del artículo 6° de la Ley N° 24.241 revela que uno de los rasgos que ha computado el legislador para tipificar la naturaleza remuneratoria de los distintos rubros que indica lo constituye la circunstancia de que tales ingresos comporten una retribución que se perciba en compensación por servicios prestados en relación de dependencia. Es decir, que la causa de la remuneración debe encontrarse siempre en la relación de dependencia”. Y a renglón seguido, expresó que: “El honorario judicial que se regula a favor del abogado que representa al Estado no reconoce su fundamento en la relación de dependencia que mantiene con éste y que es remunerada. Antes bien, la causa del honorario *debe encontrarse en la actividad profesional que desarrolla el abogado en los procesos judiciales cuya atención se les confía*. Corroborando la ajenidad de los honorarios judiciales a todo vínculo de dependencia, debe señalarse que la fijación de su importe no es del resorte del empleador sino que *corresponde al juez que conoce del litigio*”.

Respecto de la posibilidad que se regulen honorarios cuando las costas se imponen a la parte contraria, así como la potestad para regular su distribución, expresó en el mentado asesoramiento que: “De acuerdo con las normas de carácter especial que reglan la actividad del abogado estatal, el pago de ellos sólo resulta procedente cuando las costas son impuestas a la contraparte, es decir, que quién los abona, en definitiva, es siempre un tercero ajeno a aquella relación de empleo. Tales estipendios no reúnen los caracteres de habitualidad y permanencia que exige la norma como otro rasgo distintivo de la remuneración, toda vez que su percepción se encuentra subordinada a una circunstancia aleato-

4 Agregó que: “Los regímenes de distribución de honorarios a los abogados y al personal administrativo auxiliar han respondido, por lo general, a la intención de estimular la labor profesional y premiar con equidad el esfuerzo mancomunado de los componentes de las asesorías, como asimismo a contribuir a optimizar el funcionamiento del servicio mismo, dotando a su plantel de mejores condiciones para el desenvolvimiento de sus tareas”.

ria como lo constituyen el dictado de sentencias que condenen en costas a la parte que litiga contra el Estado”⁵.

Acerca del carácter especial del régimen⁶, y por tanto, el desplazamiento de los regímenes generales, sostuvo la PTN: “El régimen de los abogados del Estado es especial y diferente, exorbitante del régimen general. Por las connotaciones específicas que tiene el ejercicio profesional de los letrados dependientes de la Administración, la actividad de ellos y, en particular, el régimen de los honorarios judiciales regulados en su favor, se encuentra reglada por normas de carácter especial que atienden básicamente a su condición de empleados públicos. En función de la mentada especialidad de ese régimen, cabe sostener que, las disposiciones de aquél deben prevalecer sobre las normas que con carácter general reglan el régimen profesional y de aranceles y el ejercicio de la actividad de los abogados en el ámbito de la Capital Federal. En consecuencia, resulta indudable que la disposición de carácter general contenida en el artículo 10 inciso d) de la Ley N° 23.187 que prohíbe a los abogados distribuir honorarios a personas que carecen de título habilitante para ejercer la profesión, no resulta aplicable a los letrados del Estado que se encuentran comprendidos en el régimen específico de la Ley N° 12.954 y su decreto reglamentario”.

5 Añade que “Si bien se trata este último de un dato de comprobación fáctica, la experiencia indica que el cobro de honorarios –como los que propone distribuir la Resolución del Procurador del Tesoro de la Nación N° 57/00–, resulta de carácter extraordinario”.

6 Las normas de la Ley N° 12.954 y del Decreto N° 34.952/47 son demostrativas de la especificidad del ejercicio profesional de los abogados del estado que están sometidos a una ley, así como a un régimen reglamentario y estatutario fundado en ella, que tiene el carácter especial respecto de las normativas arancelarias establecidas con carácter general para los abogados. Si bien no parece prudente proclamar la ajenidad absoluta de las leyes de aranceles en referencia a los abogados del Estado, su imperio debe ceder, sin perjuicio de su aplicación supletoria, cuando el examen de una situación dada revele la preeminencia de la relación de empleo por sobre la actividad profesional. Los preceptos que integran la normativa específica deben interpretarse de un modo acorde con la necesidad de asegurar la defensa del Estado, objetivo que la propia ley pondera en su articulado (art. 6°, Ley N° 17.516); e impide, a la vez, una remisión incondicionada a otras normas que reglan relaciones de diferente naturaleza, en tanto podrían conducir a frustrar esa finalidad que la ley tuvo en mira preservar.

Ya con anterioridad al dictado de la Resolución 57/2000, se expidió la PTN sobre la competencia de otros órganos o entidades para reglamentar en sus respectivos ámbitos acerca de regímenes de distribución de honorarios, expresando que “Con sustento en el artículo 40 del Decreto N° 34.952/47, reglamentario de la Ley del Cuerpo de Abogados del Estado N° 12.954 el cual dispone que los representantes del Estado en juicio tendrán derecho a percibir los honorarios que se regulen a su favor en los juicios que inter vengan, cuando los mismos sean a cargo de la parte contraria y abonados por ella, de acuerdo con las disposiciones que reglen la materia en los organismos que representen, debe concluirse que no existe obstáculo legal a que, en ejercicio de la potestad reglamentaria reconocida en dicho artículo, la autoridad competente del Ministerio de Salud y Acción Social establezca la implementación de un sistema de distribución de honorarios profesionales; sin perjuicio de ello, el régimen que en definitiva se adopte deberá contemplar las cuestiones impositivas y previsionales. Los distintos servicios jurídicos del Estado pueden prever sistemas de coparticipación de los honorarios, no sólo entre los profesionales, sino también, en los casos que se entienda corresponder, con el personal administrativo que cumple tareas de apoyo a los abogados que, en muchos casos, constituyen una gran contribución para el éxito obtenido”⁷.

Una regulación similar la encontramos respecto del personal de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

A su respecto, se ha expedido la PTN⁸, recordando que “El artículo 98 de la Ley N° 11.683 (t.o. 1998) establece que los agentes judiciales y abogados de la AFIP tienen el derecho a percibir honorarios y que dicho organismo tiene la facultad de fijar la forma de distribución de los mismos, no existiendo obstáculo jurídico para que los adicionales (contribuciones patronales, sueldo anual complementario, plus vacacional, etc.) se abonen con fondos provenientes de esas regulaciones, toda vez que se distribuyen en la

7 Dict. N° 217/99, 17 de diciembre de 1999. Expte. N° 2002-7040-99-9. Ministerio de Salud y Acción Social. (Dictámenes 231:320)

8 Expte N° 13.288-2313-000/00. Ministerio de Economía; 24 de agosto de 2000. (Dictámenes 234:358).

forma prevista en el artículo 98 de la Ley N° 11.683 (t.o. 1998)”.

Agregó que “En tanto la AFIP fija la forma de distribución de las sumas que oportunamente se percibieron a título de honorarios, éstos pierden con posterioridad su naturaleza originaria para constituirse, al momento de su distribución, en incentivos o estímulos y, en tal carácter, no constituyen conceptos retributivos”.

En punto a la competencia de la AFIP, sostuvo que “... ha ejercido la atribución conferida por el artículo 98 de la Ley de Procedimientos Fiscales, mediante diferentes regímenes de distribución de los honorarios regulados a sus representantes, según las áreas y tareas a las que quiso estimular, de acuerdo con su política de administración tributaria...”⁹

III. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales respecto de los honorarios de abogados estatales

En primer término, cabe señalar que quienes actúan mediante una retribución fija periódica, se encuentran alcanzados por lo establecido por el Art. 2° de la Ley N° 21.839 (Texto según ley 24432, art. 12) que reza: “*Los profesionales que actuaren para*

9 Algo similar sostuvo en dicho asesoramiento respecto de los fondos ingresados por el producido de venta de mercaderías objeto de comiso por parte de la Aduana, expresando que: “La Cuenta “Productividad, Eficiencia y Fiscalización” (Ley N° 22.091, artículo 15, inciso b), sustituido por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 258/99) que opera como un estímulo salarial para el personal que revista en la Aduana, en la medida en que los fondos que la componen tienen origen en el producido de lo que se obtuviere por la venta de mercaderías objeto de comiso y por la aplicación de todo tipo de multas, excepto las automáticas, y se distribuyen entre todo el personal del servicio aduanero; no existiendo impedimento legal para que las contribuciones que establece el artículo 11 de la Ley N° 24.241 se trasladen a los agentes que perciben esos conceptos toda vez que se trata de un caso encuadrado en el párrafo 4, apartado 1 del artículo 6° de la Ley N° 24.241”. Agregó que “El producido de lo que se obtuviere por la venta de mercaderías objeto de comiso y por la aplicación de todo tipo de multas, no pertenece a los agentes que en conjunto hayan coadyuvado a la acción aduanera perquisitiva que genera esos ingresos y constituyen además recursos propios del organismo aduanero. Si bien la distribución de esos fondos tiene un carácter retributivo a los efectos previsionales en los términos del artículo 6° de la Ley N° 24.241, no son abonados como contraprestación de un trabajo personal, sino a título de estímulo”.

su cliente con asignación fija, periódica, por un monto global o en relación de dependencia, no están comprendidos en la presente ley, excepto respecto de los asuntos cuya materia fuere ajena a aquella relación o cuando mediere condena en costas a cargo de otra de las partes intervinientes en el proceso”¹⁰.

Asimismo, los contratos que suscribe una Provincia con un letrado para la atención de causas judiciales quedan enmarcados en el campo del derecho administrativo, en el caso, derecho público local¹¹.

Sobre el punto, sostuvo la CSJN que: “...cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias están regidas por el derecho público (Fallos: 253:101, considerando 11; 263:510; 315:158; 321:714; 326:1263; 327:5991, entre otros)”¹².

Es que aun cuando se hubiesen invocado las normas civiles relativas a la locación de servicios, ello no significa que se trate de un contrato civil, sino que en ese caso la norma civil opera por vía analógica o subsidiaria ante la ausencia una ley especial en materia administrativa que prevea el caso, pero adaptándola a los principios y caracteres propios de los contratos administrativos.

Al respecto tempranamente la CSJN ha establecido dicha pauta hermenéutica diciendo, por ejemplo, que “... las reglas de los arts. 1037 y sigtes. del Cód. Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una

10 Abona el aserto, a contrario sensu, lo sostenido por la CSJN en la causa S. 1119. XXXI; ORI “Santiago del Estero, Provincia de c/Gobierno Nacional s/incidente sobre pago de tasa de justicia” - IN1. 17-04-2007, Fallos 330:1817, Considerando 5°).

11 Conf. causa B. 2247. XLII. “Bianchi, Alberto B. c/ Río Negro, Provincia de s/ interrupción de prescripción”, 26-06-2007; así como con base a las consideraciones de fondo ponderadas en la causa “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ cumplimiento de contrato”, P. 238. XXVIII.; 21-03-2006; Fallos 329:809.

12 CSJN, 15-05-2007, “La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. v. Provincia de Corrientes”, Fallos 330:2268.

construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina”¹³.

En otra causa, sostuvo que: “La donación de un inmueble, efectuada por el Estado Nacional a una provincia, con el cargo de su afectación a una determinada obra, se ubica en el ámbito del derecho público, habida cuenta del propósito de fin público perseguido y el carácter de las partes intervinientes, y -ante la laguna normativa para reglamentar dicho supuesto- son aplicables por vía analógica los preceptos del Código Civil en materia de donaciones”¹⁴.

El mismo razonamiento lo hallamos en la causa “Barreto”¹⁵, cuando expresara: “...12) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos - entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados - aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate (Fiorini, op. cit., primera parte, págs. 90 y sigtes.). Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso (Fiorini, op. cit., primera parte, pág. 92 y sigtes.; Fallos: 187:436; 306:2030; 307:1942; 312:1297; 314:620; 315:1231)...”.

Asimismo, y como síntesis del principio general aplicable a

13 CS, 30-06-1941, “Los Lagos S.A. Ganadera c. Gobierno nacional”, Fallos 190:142, criterio reiterado - entre otras - en la causa: “Sosa de Basso, María Angélica v. Provincia de Buenos Aires”, 18-08-1987, Fallos 310:1578.

14 CSJN, 10-04-2003, E. 237. XXXVI. “Estado Nacional - Estado Mayor General del Ejército c/Salta, Provincia de s/ ordinario”, Fallos 326:1263.

15 CSJN, 21-03-2006, “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro”, Fallos 329:759

los letrados del Estado, recordó la CSJN que “... según la doctrina de Fallos: 306:1283 y 317:735, la relación que vincula al Estado con los abogados que éste designa para que lo representen en juicio no es equiparable a una locación de servicios o de obra del derecho privado, pues su actuación deber ser compatible con las finalidades públicas para cuya satisfacción se los designa. Por tal motivo, les corresponde la remuneración fijada en el presupuesto, sin perjuicio de que adicionalmente se agreguen a ella los honorarios regulados en concepto de costas a cargo de la parte vencida. Por otra parte, cabe destacar que la acreedora de las costas es la parte vencedora, sin perjuicio de que los profesionales dispongan de acción directa para percibirlos de la vencida...”¹⁶

Respecto a los honorarios regulados a agentes fiscales de la AFIP, y la especial naturaleza de tales emolumentos y de la relación jurídica que lo vincula con el ente estatal, sostuvo la CSJN que correspondía dejar sin efecto la sentencia que – no obstante declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la Administración Federal de Ingresos Públicos – destacó que los honorarios profesionales que se regulaban judicialmente al actor en su condición de Agente Fiscal, cuando no se imponían a su comitente, no debían considerarse emolumentos a cargo de autoridad pública ni le pertenecían a ésta, sino que correspondían al ejercicio de una profesión liberal y, por ello, no se encontraban alcanzados por la opción prevista por el art. 2º, inc. a del decreto 894/01, pues, la relación que vincula al Estado con los abogados que éste designa para que lo representen en juicio no es equiparable a una locación de servicios o de obra del derecho privado,

16 CSJN, 09-12-2009, “Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires c/ Municipalidad de Merlo s/ ejecución fiscal”, S. 48. XLI. En dicha causa, por mayoría, relevó a la condenada en costas del pago de los honorarios, con la siguiente fundamentación normativa: “... En tales condiciones, son procedentes los agravios de la Municipalidad de Merlo, según los cuales la remisión de la deuda objeto del pleito y de todos sus accesorios dispuesta por la ley nacional 25.637 para permitir que la comuna superara la emergencia, la eximen del pago de la deuda con todos sus accesorios, inclusive los honorarios de los profesionales correspondientes a la ejecución; por lo que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento apelado en cuanto reconoce la posibilidad contraria...”

ya que su actuación debe ser compatible con las finalidades públicas para cuya satisfacción se los designa y, por ello, les corresponde la remuneración fijada en el presupuesto¹⁷.

En otro pronunciamiento, y de modo más contundente aún, expresó el Alto Tribunal que: “En el marco de las potestades discrecionales de la Administración Federal de Ingresos Públicos relativas a su política general de personal y administración tributaria, no se aprecia que la disposición 290/2002, en cuanto ordenó detraer de las cuentas bancarias del Ente recaudador, “honorarios de agentes fiscales” y “honorarios de abogados”, los importes correspondientes a sueldo anual complementario, contribuciones patronales sobre nómina salarial y plus vacacional, en manera previa a su distribución, comprometa en un plano sustantivo el derecho a los honorarios que les reconoce a los agentes fiscales el artículo 98 de la ley 11.683 (t.o. 1998)”¹⁸.

Para así decidir, expresó que: “El derecho a cobrar un honorario complementario de terceros no puede alterar, en manera directa o indirecta, el principio general, según el cual los agentes públicos que gozan de un sueldo –en el caso, se impugna la disposición A.F.I.P. 290/2002– no son acreedores a honorarios por los servicios que prestan en el desempeño de su cargo, por lo que no resulta razonable que una regulación contra terceros favorable a los agentes públicos, les genere, además, en punto a los honorarios, el derecho a adicionales remuneratorios a cargo del Estado Nacional, así como las correspondientes contribuciones que se devenguen con relación a los citados estipendios”.

No obstante, la acción prosperó respecto de emolumentos devengados con anterioridad a la vigencia de la referida disposición de AFIP, por entender que contrariaba el principio de

17 CSJN, 09-12-2009, “Derendinger, Ernesto Arturo c. Administración Federal de Ingresos Públicos”, LA LEY 21/12/2009, 21/12/2009, 11 – DJ17/02/2010, 350 – IMP2010-5, 256. AR/JUR/46225/2009. Fallos 332:2708.

18 CSJN, 06-11-2007, “Dadón, Víctor Carlos y otro c. Administración Federal de Ingresos Públicos”, LA LEY 29/11/2007, 29/11/2007, 7 – IMP2008-1, 101 – DJ23/01/2008, 143. AR/JUR/7182/2007. Fallos 330:4721. Del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo.

irretroactividad legal¹⁹.

IV. El régimen vigente en la provincia de Corrientes respecto de los honorarios de abogados de la Fiscalía de Estado

En la Provincia de Corrientes rige la Ley Provincial N° 5853, orgánica de Fiscalía de Estado²⁰, en cuyo Art. 7 prescribe que: “*Integran el Cuerpo de Abogados del Estado:*

a) *Los Abogados Procuradores, que conforman el Cuerpo de Procuradores del Estado.*—

b) *Los Abogados Asesores, que conforman el Cuerpo de Asesores del Estado.*—

c) *Los Asesores Legales de los distintos Ministerios y Reparticiones Descentralizadas.*—

d) *Los Abogados Delegados con asiento en las circunscripciones judiciales del interior y/o en otras jurisdicciones provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante designación como personal de planta o por medio de contratos de locación de servicios y/o del modo que establezca la reglamentación.*—

e) *Los Abogados Externos, los cuales sin tener relación de dependencia con el Estado, se les encomiende gestiones judiciales en la forma y modo que establezca la reglamentación, previo acuerdo sobre el*

19 Sostuvo la CSJN que “El proceder administrativo que, al liquidar los honorarios de los actores practicó, desde diciembre de 2001, las detracciones relativas a sueldo anual complementario, contribuciones patronales sobre nómina salarial y plus vacacional — según la disposición A.F.I.P. 290/2002—, cuando no había precepto que así lo autorizara, contravino el principio de irretroactividad legal, y con ello, la garantía del artículo 17 de la Constitución, sin que obste a ello la tardía convalidación intentada por el Ente recaudador mediante los artículos 2° y 3° de la disposición mencionada, por lo que cabe hacer lugar a la demanda por el período correspondiente”.

20 Sanc. 13/08/2008; promul. 26/09/2008; publ. 03/10/2008. No obstante, cabe mencionar que el citado organismo ha sido elevado a rango constitucional en la reforma a la Constitución Provincial del año 2007, consagrándose expresamente a la Fiscalía de Estado en los artículos 175 a 177.

modo de pago de los honorarios por los servicios a prestar, pudiéndose establecer que solo cobrarán honorarios a los terceros que resulten condenados en costas.—”.

Algunas disposiciones generales en materia de honorarios se encuentran mentadas en los arts. 29 a 31 de la Ley²¹, resultando relevante lo previsto en el art. 32, en el que se establece la titularidad de los abogados intervinientes en el proceso cuando las costas se impongan a la parte contraria, en un 60 % del monto regulado, distribuyéndose el 40 % restante para fondos de estímulo y equipamiento²².

21 Art. 29.— “Todo movimiento de fondos que se realice, y todo pago que se perciba, deberá ser realizado indefectiblemente por vía de depósitos y transferencias bancarias, quedando expresamente prohibido de modo total y absoluto cualquier movimiento o recepción de fondos en dinero en efectivo, tanto se trate de capital u honorarios. El Fiscal de Estado podrá percibir los montos depositados en juicio, ordenando en forma inmediata la transferencia de los mismos al organismo que corresponda. También podrá efectuar cobros directamente de los obligados, con las mismas obligaciones señaladas precedentemente”.

Art. 30.— “Ni el Fiscal de Estado ni el Cuerpo de Procuradores del Estado podrán cobrar honorarios hasta tanto no se haya abonado el capital reclamado. El incumplimiento de esta prohibición será considerado falta grave y causal de cesantía, como también la percepción de fondos u honorarios de modo directo y sin depósito bancario previo. Sin perjuicio de ello, con autorización del Fiscal de Estado, cuando se suscribieron acuerdos que contemplen el pago en cuotas podrá fraccionarse el pago de los honorarios en similares porcentajes a los pagos de capital que se acordara. El importe de las cuotas de honorarios no podrá ser superior al diez por ciento (10 %) del importe de la cuota de capital que se abone, sin perjuicio de la cancelación posterior que pudiera corresponder de dicho rubro luego de pagado íntegramente el capital adeudado”.

Art. 31.— (Texto según ley 6012, art. 1) “El Fiscal de Estado, el Procurador del Tesoro y los integrantes del cuerpo de abogados del Estado que actúen o hubieran actuado representando o patrocinando a la Provincia, sea en cuestiones judiciales o extrajudiciales, en ningún caso podrán reclamar o percibir honorarios de ésta. Podrán percibir honorarios de la parte contraria únicamente cuando ésta hubiese sido condenada en costas en un proceso judicial”.

22 Art. 32.— “Los honorarios a cargo de terceros vencidos en juicio regulados al Fiscal de Estado y a los abogados o procuradores intervinientes en representación del Estado, deberán ser depositados o transferidos en caso de depósito Judicial, a una cuenta especial a nombre de la Fiscalía de Estado

Es relevante señalar no obstante que el auto regulatorio de honorarios identifique a sus beneficiarios, las peticiones y/o ejecuciones de honorarios judiciales o extrajudiciales, derivadas de actuaciones correspondientes a Fiscalía de Estado, se gestionará exclusivamente a través de la misma, quedando el Fiscal de Estado autorizado a designar el profesional encargado de la gestión.

De ello también se sigue que no es pasible de ser renunciada la gestión y/o ejecución judicial de los honorarios de los abogados estatales beneficiarios de la regulación, por cuanto una parte de aquellos tiene como destino específico fondos comunes.

Algo similar se encuentra previsto respecto del Ministerio Público, habiéndose resuelto mediante Acuerdo N° 5 del 05-06-2014 del STJ de Corrientes, Punto 11°: "...1°) Establecer que, los honorarios y costas regulados a favor del Ministerio Público y/o funcionarios del mismo deben ser depositadas en el Fondo del Poder

que será habilitada a ese único efecto.

Los fondos que resulten serán distribuidos de la siguiente forma:

- a) El sesenta por ciento (60 %) a favor del o los profesionales titulares de la regulación que hubieran intervenido en el proceso.
- b) Un treinta por ciento (30 %) se destinará a constituir u fondo especial de estímulo, el cual será distribuido entre la totalidad de los funcionarios y empleados de la Fiscalía de Estado, en el modo que establezca la reglamentación.
- c) Un diez por ciento (10 %) será destinado a un fondo especial de equipamiento y perfeccionamiento de los profesionales y empleados de la Fiscalía de Estado. Si existiera excedente, el mismo podrá ser incluido en el fondo especial mencionado en el inciso anterior.

Aun cuando el auto regulatorio de honorarios deberá identificar a los beneficiarios del mismo, las peticiones y/o ejecuciones de honorarios judiciales o extrajudiciales, derivadas de actuaciones correspondientes a Fiscalía de Estado, se gestionará exclusivamente a través de la misma quedando el Fiscal de Estado autorizado a designar el profesional encargado de la gestión, aun cuando los profesionales beneficiarios de los mismos hubieren dejado de pertenecer al Cuerpo de Abogados del estado o a la planta de la Fiscalía; quienes deberán solicitar el pago del porcentaje que les corresponda conforme lo establecido en esta Ley al Fiscal de Estado, solo en caso que se hubiera logrado el ingreso de dichos fondos.

Los particulares obligados al pago quedarán desobligados por los honorarios que se regulen a los abogados de Fiscalía de estado con la constancia de depósito del pago cancelatorio en la cuenta especial prevista en este artículo, siendo suficiente dicha constancia para repelar cualquier pretensión de cobro que le puedan dirigir los abogados beneficiarios de la regulación".

Judicial Ley N° 4484 – Recaudaciones, Cuenta Corriente en Pesos N° 130768/19 –Casa Matriz–..."²³

V. Jurisprudencia originada en casos de la provincia de Corrientes

Sobre el tópico, respecto de abogados representantes de Muni-

23 En los Considerandos de dicho punto de Acuerdo, se expresó: "...Que, el Defensor de Pobres y Ausentes actúa, en tal carácter, asesorando y representado intereses particulares, que muchas veces resultan vencedores en el juicio, regulándosele los honorarios pertinentes. Ahora bien, el hecho de representar intereses privados no desvirtúa la condición de funcionario del servicio de administración de justicia del defensor oficial, quien percibe mensualmente un sueldo para cumplir esa tarea de asistencia letrada gratuita creada por el Estado para cumplir una finalidad social y garantizar la defensa en juicio y la bilateralidad de los procesos. Ergo, considerando que los honorarios integran las costas, no cabe duda que el juez está obligado a regular pues lo contrario importaría legitimar el enriquecimiento sin causa del vencido que hubiera sido condenado al pago de las mismas, solo que la gratuidad que caracteriza el instituto de la defensa pública impide al funcionario cobrar honorarios de su asistido cuando este haya resultado condenado en costas, pero no existe óbice legal que le impida hacerlo de la parte contraria, salvo que se trate, obviamente, de otro órgano estatal. La cuestión es que se regularán nominalmente al profesional que intervino en la causa, pero no puede perderse de vista que tratándose de un defensor oficial es el Ministerio Público quien le asigna los casos, le suministra la infraestructura necesaria para desarrollar su tarea, solventa los gastos necesarios para la organización y mantenimiento de los medios materiales y humanos que le permiten trabajar, por tanto, aun cuando los honorarios le sean regulados a él, resulta razonable que se apliquen para cubrir esos gastos y erogaciones generados por la asistencia letrada prestada a pobres y ausentes con miras al efectivo cumplimiento del adecuado servicio de administración de justicia. Entonces, aun cuando la normativa legal y reglamentaria vigente en la provincia no regule la cuestión en forma expresa, es razonable concluir que, los honorarios regulados a los funcionarios del Ministerio Público por la tarea desarrollada en las causas judiciales cuando el condenado al pago no sea el asistido u otro órgano estatal, deberán ser depositados en la cuenta general del Poder Judicial. Ciertamente es, que el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial y goza de independencia y autonomía orgánica y funcional, lo que significa, como se señalara más arriba, que asigna los casos a los distintos funcionarios y les suministra la infraestructura necesaria para cumplir adecuadamente sus funciones, pero también lo es, que carece de autarquía financiera y solo cuenta con los recursos previstos en el presupuesto general del Poder Judicial..."

cipios, sostuvo el STJ de Corrientes que “... *Habiendo la Municipalidad informado que los profesionales han actuado prestando sus servicios en relación de dependencia con el municipio demandado, en cumplimiento de los cargos que como Asesor Letrado y Procurador Municipal revestían en aquel entonces. Que ante esa circunstancia resulta de aplicación el art. 2 del Decreto Ley para aranceles de abogados y procuradores, que veda al profesional que actúa con asignación fija o en relación de dependencia la posibilidad de cobro de honorarios, salvo cuando mediara condena en costas a cargo de la otra parte...*”²⁴

Luego, respecto de un letrado que actuara en representación de la Cámara de Diputados en una acción de amparo, el STJ correntino resolvió que “...*Es improcedente regular honorarios al letrado que se encuentra designado como agente de planta permanente de la Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes y actuó como apoderado de ésta en una acción de amparo en la cual resultó vencida, pues los arts. 2º de la ley local 5822 y 31 de la ley local 5853, prevén la imposibilidad de regular estipendios a los profesionales que se encuentren en relación de dependencia, cuando las costas le son impuestas a la parte que representa...*”²⁵

1. *Especial consideración respecto del caso de los honorarios de un asesor ad honorem y la posibilidad de percibir honorarios del Estado, durante la vigencia del régimen anterior de la Fiscalía de Estado. El caso “E.E.G.”*

En una primera causa, “Fisco de la Provincia de Corrientes c. Penzo”²⁶, la CSJN revocó una sentencia del STJ de Corrientes, que denegara el pedido de regulación de honorarios del Dr. G., dado

24 STJ Corrientes, 03-03-2005, Expte. N° 21863/03, Interlocutorio N° 12, autos: “Silva, Azucena Beatriz en nombre y representación de su hijo Javier Horacio Schauvinhold c/ Municipalidad de Paso de los Libres s/ Sumario (Daños y Perjuicios)”.

25 STJ Corrientes, 29-04-2010, “Codello, Juan Carlos c. Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Corrientes y/u otros”, LLLitoral 2010 (agosto), 753, AR/JUR/21170/2010.

26 CSJN, 27-05-2004, F. 834. XXXVIII - “Fisco de la Provincia de Corrientes c/ Juan Alberto Penzo y/o tit. Adrema v3-00427-3 y/o q.r.r. s/ apremio”, Fallos 327:1491.

el carácter *ad honorem* para el cual fue designado en su función.

La CSJN consideró que el tribunal referido omitió analizar lo dispuesto por la ley provincial 4793, cuyo art. 21 establece que: “La representación del Fisco en los juicios en que éste tenga interés o estén radicados fuera de la jurisdicción Provincial, será ejercida por el Fiscal de Estado, por el Procurador del Tesoro, por los Abogados Asesores o por el representante especial que designe el P.E., a cuyo efecto les otorgará el correspondiente mandato. En este caso, cuando el representante de la provincia no percibe sueldo, tendrá derecho al cobro íntegro de los honorarios que se le regulen por su actuación” ... “Prescinde, además, de considerar que la relación del Dr. G. con el estado de la provincia de Corrientes, no era de dependencia laboral, sino que actuaba como representante del Fisco en las ejecuciones por vía de apremio, según mandato otorgado por la Fiscalía de Estado (cfr. fs. 255 y 266). Sumado a ello, surge del relato del recurso extraordinario, según informe evacuado por el Fiscal de Estado en la causa “Arnica” referida en el acápite II, que “el Dr. G. no tiene convenio alguno con el Estado, ni remuneración pactada por atender los juicios del Fisco de la Provincia, su situación se equipara a la de los abogados que litigan en representación de particulares” ...

Con posterioridad, el STJ correntino se expidió en una serie de causas apartándose de lo resuelto por la CSJN en la citada causa “Fisco c. Penzo”, por considerar que no se habían tenido en cuenta circunstancias decisivas y conducentes.

Así, en la causa “Fisco c. Vigo”²⁷, sostuvo el STJ de Corrientes que “...Al profesional se lo designó por decreto y luego el Fiscal de Estado le otorga mandato para la iniciación y prosecución (art. 1, Dec. 499/95) de por lo menos, 4.000 apremios (lo reconoce en su responde, el Fisco en su recurso dice que fueron 5.000). Es evidente que se trata de una contratación que podría haber, eventualmente, generado importantes erogaciones para la administra-

27 STJ Corrientes, 24-11-2006, “Fisco de la Provincia de Corrientes c/ Vigo Francisco A. y/o Titular Adrema B1-00378-3 y/o Quien Resulte Responsable s/ Apremio”, Expte. N° 26112/06, Sentencia N° 198, Considerando XI. Voto de la Mayoría Dres. Farizano, Semhan y Rubín. Disidencia de los Dres. Niz y Codello.

ción local, lo cual tornaba aplicable la regla del art. 2 ley 3175, Dec. 3805/78, entonces vigente -Ley de Contabilidad-. Máxime, cuando los arts. 2 y 5 inc. a) ley 2793 establecen que el Fiscal de Estado es quien debe representar al Poder Ejecutivo en los casos en que éste sea parte, órgano desplazado por el actor sin que se dejara constancia alguna por la autoridad pública de los motivos de tal apartamiento. Y la misma ley dispone que el Fiscal sólo podrá delegar esa representación en el Procurador o en el Cuerpo de Asesores de la Administración Pública...”

Refirió que “... La Ley de Contabilidad exigía, por entonces, que toda contratación de servicios que se realizaren por cuenta del Estado se efectuará previa aplicación del régimen licitatorio, y admitía sólo en forma excepcional la licitación privada y la contratación directa en determinados supuestos, ninguno de los cuales ha sido invocado ni probado por las autoridades que suscribieron y aprobaron el contrato celebrado con el actor; y la alegación que era necesario agilizar el trámite de los procesos de apremio (ver considerandos del decreto 499/95) no resulta suficiente para justificar la excepción a la regla de la selección por medio de la licitación pública...”

Agregó que: “... En tales condiciones, de los propios términos del acto de designación se desprende que, en la designación y posterior contratación que se invoca para fundar el derecho a percibir una retribución, no se observó el procedimiento legalmente exigido, y en consecuencia es aplicable al caso la doctrina de la C.S. según la cual “Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia” (Fallos: 323:1515; 324:3019; “in re” “R., P.A. c/Pcia. De Tierra del Fuego”, 21/03/2006). Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del obrar administrativo, concuerda con el principio general también vigente en Derecho Privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (arts. 975 y 1191 C. Civ.)...”

Finalmente añadió en el Considerando XII, “Sumase a ello que el aludido profesional fue beneficiado por el entonces Supe-

rior Gobierno de la Provincia confiándole, sin mediar concurso o licitación, la promoción de por lo menos 4.000 apremios, y ello conlleva un importantísimo beneficio económico en orden a los honorarios que pudo haber percibido de los ejecutados, condenados en costas, en su gran mayoría propietarios de inmuebles; y las máximas de la experiencia indican, que también mayoritariamente esos deudores normalmente se habrían visto en la necesidad de arribar a transacciones para evitar la venta compulsiva de su propiedad...”, razón por la que, en el considerando siguiente, remató que “... no es aplicable al “sub examen” la doctrina de la C.S.J.N. “in re” “Fisco de la Provincia de Corrientes c/Juan Alberto Penzo s/Apremio”, del 27/05/04”²⁸.

Recurrida la sentencia ante la CSJN, y otras similares, este tribunal revocó las sentencias por remisión a lo resuelto en “Fisco c. Penzo”²⁹.

Sin embargo, por remisión a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal Dra. Laura Monti, en la causa “Fisco c. Juana Almirón”³⁰ la CSJN confirmó lo resuelto por el STJ correntino apartándose del precedente “Penzo”, atendiendo los nuevos argumentos brindados para su solución.

En efecto, opinó la citada Procuradora - a cuyo dictamen remitió la CSJN - que “... los agravios dirigidos a cuestionar lo de-

28 En idéntico sentido se expidió el STJ de Corrientes, mediante Sentencia N° 13 del 22-02-2007, en Expte. N° 26538/06, caratulado: “Fisco de la Provincia de Corrientes c/ Julio Ramón Espinoza y/o Titular de la Cuenta 331-01214 y/o Q.R.R. s/Apremio”; y mediante Sentencia N° 122 del 25-09-2007, en Expediente N° ED2 - 941/6, caratulado: “Fisco de la Provincia de Corrientes c/Juana Almirón y contra el Titular del Adrema E-2-00135-3 y Contra Quien Resulte Responsable S/Apremio”.

29 CSJN, 14-04-2009, F. 613. XLIII. “Fisco de la Provincia de Corrientes c/ Natalio Acuña y contra el titular del Adrema K1-00469-3 y contra quien resulte responsable s/ apremios”, Fallos 332:826; y en la misma fecha causa F. 578. XLIII. “Fisco de la Provincia de Corrientes c/ Vigo, Francisco A. y/o titular s/ aprem.”.

30 CSJN, 31-03-2009, F. 20. XLIV. Recurso de Hecho “Fisco de la Provincia de Corrientes c/ Juana Almirón y contra el titular del Adrema E2-00135-3 y contra quien resulte responsable s/ apremio”. El Dictamen de la Procuradora Fiscal es del 23-09-2008.

cidido por el *a quo* en cuanto –al mantener firme la sentencia de primer grado– dejó sin efecto la intimación al Fisco de la Provincia para que abonara los honorarios al doctor G., no son aptos para suscitar la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48, toda vez que tales decisiones cuentan con fundamentos normativos y fácticos suficientes para descartar la tacha de arbitrariedad invocada”.

“En efecto –prosiguió–, el apelante se agravia porque el *a quo* omitió aplicar el precedente de la Corte Suprema ‘Fisco de la Provincia de Corrientes c/ Juan Alberto Penzo s/ Apremio’, sentencia del 27 de mayo de 2004 (Fallos: 327:1491). Al respecto, cabe recordar que el tribunal superior no sólo tomó en cuenta dicho precedente sino que descartó su aplicación al caso sub examine luego de ponderar las distintas circunstancias que se presentaban en ambas causas”.

“En tal sentido –recordó–, vale destacar que las sentencias de la Corte sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos, razón por la cual el apartamiento por parte de los jueces inferiores de su jurisprudencia no basta para habilitar la instancia extraordinaria, sino sólo cuando aquél importa un desconocimiento de la autoridad del Tribunal y no aparece fundado en razones no examinadas o resueltas por él (Fallos: 312:2007 y sus citas, entre otros), extremos que no se configuran en el sub lite”.

“La sentencia apelada funda su solución, distinta a la del Fallo: 327:1491, en argumentos que no fueron vertidos en ese precedente pues, al mantener firme el interlocutorio de primer grado, ponderó, entre otras, la circunstancia de que el doctor G. revestía el carácter de funcionario público”³¹.

31 En punto a la relevancia del concepto de “funcionario público”, me he ocupado parcialmente en Rey Vázquez, Luis E., “La relación de empleo público en Argentina, desde una perspectiva jurisprudencial”, publicado en el *Anuario de la Función Pública* de la Universidad de Piura (Perú), Director: Orlando Vignolo, Tomo III, Año 2018, IJ Editores, pp. 103–169; disponible en formato digital en <http://pe.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=07d2d33e6d95be21bca33af16b96f645>.

También puede verse con provecho el análisis dogmático efectuado por Vignolo Cueva, Orlando, “El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Vol. 5, 2022 pp. 7–36, Madrid, 2021.

“Consideró que el citado profesional había sido designado por decreto 499/95 como coordinador en el Área Jurídica de la Dirección General de Rentas para la iniciación y prosecución de los juicios de apremio y que el carácter ad-honorem de tal designación no le quitaba aquella condición, circunstancia que hacía aplicable el art. 75 del Código Fiscal, en virtud del cual ‘los funcionarios encargados de la ejecución de los créditos del Fisco no tendrán derecho a percibir honorarios por su intervención en los juicios, a costa del Fisco de la Provincia’.

“En consecuencia, la situación en examen nada tiene en común con el precedente que invoca el apelante, dado que en este último la relación que el doctor G. mantenía, por entonces, con la Provincia era la de representante del Fisco según un mandato otorgado por la Fiscalía de Estado, sin convenio alguno con este último, “... situación (que) se equipara a la de los abogados que litigan en representación de particulares” (v. acápite III, 4° párrafo del dictamen al que se remitió la Corte)...”.

Finalizó expresando que “En tal contexto, a mi modo de ver, se verifica por parte del juzgador un cuidadoso examen de las circunstancias del caso y del derecho local aplicable, por lo cual frente a él, los agravios del recurrente revelan únicamente su discrepancia con las conclusiones del fallo, a partir de una inteligencia sólo distinta tanto del derecho aplicable como de los elementos de convicción tomados en cuenta para resolver (conf. doctrina de Fallos: 314:458)... Por ello, pienso que los argumentos del recurrente carecen de entidad suficiente para abrir una instancia que tiene carácter excepcional y que no busca sustituir a los jueces naturales en la solución de los problemas que les son privativos...”.

2. *Abogado contratado sin retribución fija, frente a lo reglado por el art. 730 del Código Civil y Comercial*

Sobre el tópico, el STJ correntino sostuvo³² que “... el ante-

32 Sentencia N° 12 del 19-02-2021, Expediente N° EXP - 183087/19, caratulado: “Poder Judicial de la Provincia de Corrientes c/ Busconi Julio Hipólito S/ Apremio”. El letrado, contratado para la ejecución judicial de tasas judiciales, invocó que no reviste la calidad de agente del Estado a sueldo, ni percibe remuneración alguna. Que a él como profesional le fue asignada una tarea específica, sin dependencia económica, sin remuneración de

rior art. 505 del Código Civil encuentra actual regulación en el art. 730, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial, el que reproduce la redacción anterior, sin presentar modificación alguna expresando “Resulta claro que la limitación no se refiere a la cuantificación de los estipendios profesionales, los que deben ser realizados de acuerdo al arancel local. El tope del 25% se refiere a su ejecución al condenado en costas. Remanente que en todo caso podrá ser requerido al cliente en el caso de los letrados que asesoraron al acreedor que ha ganado el juicio. El precepto no impide la práctica de la regulación de los honorarios conforme a las leyes arancelarias sino que, antes bien, la presupone. La disposición establece que la responsabilidad por el pago de las costas, entre ellos los honorarios del abogado de la parte vencedora, no excederá del 25% del monto de la sentencia. Es decir, el juez debe regular los honorarios de los profesionales intervinientes de conformidad a las normativas arancelarias correspondientes. Y si las regulaciones superan el 25% del monto de la sentencia, practicará el prorrateo necesario para ajustar la condenación en costas a dicho límite” (STJ Ctes, Res. Civil N° 295/1996; Sent. Civiles N° 113 y 125/2018)”.

Luego de recordar que la CSJN se expidió a favor de su constitucionalidad (Fallos: 332:921, “Abdurraman”, 332:1118, “Brambilla” y 332:1276, “Villalba”), resaltando que el propósito de estas regulaciones es disminuir el costo de los procesos judiciales con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia de las personas con menores recursos económicos o bien de no agravar la situación patrimonial de las personas afectadas por esos procesos (Fallos: 332:921, cit., considerandos 9° y 10°), en todos los casos se dejó a salvo que no se advertía lesión al derecho de propiedad, ni comprometido el derecho del letrado beneficiario de la regulación a una retribución porque contaba con la posibilidad de reclamarle a

su patrocinada el excedente de su crédito por sobre el límite porcentual establecido en la norma en cuestión³³.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la norma local prohíbe al letrado ejecutante de acreencias del Fisco percibir honorarios de su mandante (art. 75 Código Fiscal), lo cual claramente se apoya en el interés público social que persigue la percepción de los tributos y, por el otro, la norma general (art. 730 citado) que también cercena su derecho a percibirlos inspirada en razones de política pública tendiente a asegurar el acceso a justicia.

Por ello, sostuvo el STJ que “... en la tarea de compatibilizar la aplicación de ambas y ponderando los principios constitucionales en tensión cabe atender que en la medida que la regulación de honorarios se ajusta al interés defendido en el pleito (monto del proceso), evitando así una tarifación excesiva e irrazonable, cuidando de ese modo los fines a que apuntó preservar la norma de fondo (la litigiosidad excesiva y el abuso del derecho) corresponde declararla inaplicable en el caso que nos ocupa atendiendo a que en el contexto que pretende aplicarse violenta los derechos del letrado de propiedad y a una retribución por su labor garantizados en los arts. 17 y 14 bis de la Constitución Nacional”.

Por lo tanto, consideró que “... Y esto como se ha dicho sin dejar de mirar el caso concreto y en *pos* de resguardar los intereses tanto del Fisco de recuperar las acreencias impagas con el menor costo posible en beneficio de la comunidad toda, mediante la labor debidamente reconocida del profesional, pero sin avalar que el proceso se torne en un instrumento de lucro desmedido e irrazonable, labor que corresponde asuman los jueces a la hora de efectuar las regulaciones en cada caso...”, entendiéndose que a diferencia de lo resuelto por este STJ por sentencia N° 125/2018³⁴, allí se dejó en claro que la limitación del art. 730 del Código Civil y Comercial en ese caso no afectaba los derechos de los abogados

ningún tipo, reintegro de gastos, pacto de cuota litis, ni subordinación jurídica y demás características propias de una relación de empleo público o privado. Además, que el proceso de apremio se rige por Código Fiscal, que constituye ley especial por ser materia no delegada y en cuanto le impide percibir un sueldo se contrapone axiológicamente a la norma general (art. 730 CCCN) que pulveriza el mínimo arancelario, su única retribución, respecto de lo cual nunca ha formulado su aceptación lisa y llana.

33 CSJN, 11-07-2019, “Latino Sandra Marcela c/ Sancor Coop de Seg. Ltda. y otros s/ daños y perjuicios”, CIV 45865/2009/CSI.

34 Sentencia Civil N° 125/2018 del 1°-11-2018, Expediente N° EXP - 141592/16 en autos: “Terrasa, Lucio Andrés c/ Empresa Romero S.A.T.I.C.A.F. s/ Daños y Perjuicios”.

del Estado, pues estos percibían una remuneración mensual del Estado, supuesto que no acontece en el *sub lite*, por lo que se declara inaplicable dicha limitación al caso.

VI. Conclusiones

De lo expuesto, tenemos un panorama acerca de la especial regulación existente respecto de los honorarios regulados a los abogados estatales en causas judiciales en las que intervienen, las que denotan la presencia de un régimen exorbitante del derecho privado, regidas por el Derecho Administrativo, y donde el titular del Cuerpo de Abogados del Estado, tanto a nivel nacional como provincial, como de los órganos de los otros poderes del Estado y demás órganos y entes dependientes del Poder Ejecutivo, tienen atribuidas potestades reglamentarias.

Lo relevante, es que presenta serias diferencias respecto al régimen aplicable a los abogados en general, actúen o no en relación de dependencia, respecto de lo previsto en las normas civiles y arancelarias, las que quedan desplazadas por la especificidad de aquél.

Si bien existen diferencias entre el régimen nacional y el vigente en la provincia de Corrientes, en punto a la titularidad porcentual o total de los honorarios, tienen en común que en ningún caso pueden cobrar honorarios a la parte estatal cuando fuera condenada en costas, y más allá del criterio observado por la CSJN cuando quien ejerce la función lo hace sin percibir retribución fija periódica, el último caso analizado parecería virar hacia la tesis de la improcedencia en dicho supuesto.

Renglón aparte merece el caso del letrado que actúa sin retribución fija, frente a lo previsto por el art. 730 del CCC, que en el caso mereció una consideración especial, pero que como regla general ha sido reputado constitucional.

La casuística denota, en todos los casos, la necesaria ponderación entre el interés público y el interés privado, correspondiendo al operador jurídico actuar con suma prudencia en procura del equilibrio, cuyo norte constituye la razón de ser del Derecho Ad-

ministrativo. O en palabras de Prosper Weil, como un arbitraje que históricamente ha variado entre el poder y la libertad, pues aspira a constituirse en instrumento de la libertad y de la garantía de la acción administrativa³⁵.

35 Weil Prosper, Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1986 p. 51 y sigs.

La transformación tecnológica estructural del poder judicial de la provincia de Bs.As. durante la pandemia como garantía a la tutela judicial efectiva

Marcelo José Schreginger

Índice

I, Introducción. - II.- Distintas normas que impulsaron el cambio. - II.1.- Resolución SCBA 386/2020 Y Resolución de Presidencia 10/2020.- II.3.- Resolución de Presidencia 15/2020.- II.4.- Resolución SCBA n° 558/2020. Inicio electrónico de causas por receptoría. - II.5.- Resolución SCBA 593/2020. Normalización del inicio de causas. - II.6.- Acuerdo 3989. Registro de domicilios electrónicos. - II.7.- Acuerdo 4003. Sorteo informático de causas. - II.8.- Acuerdo 4013 (Modificado por Acuerdo 4039). - Reglamento unificado de notificaciones y notificaciones electrónicas. - III.- Bases para la digitalización del proceso. - IV.- Cambios estructurales perdurables frente a una necesidad contingente. - V.- La disrupción procesal producto de profundos avances tecnológicos. -

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia provocó grandes cambios sociales, muchos de

ellos generaron caminos que no tienen vuelta atrás, tal el salto tecnológico forzoso que debieron adoptar las grandes administraciones para poder reestablecer o mantener la continuidad de sus cometidos y para ello fue necesario implementar o perfeccionar sus mecanismos de gestión, de información e intercambio comunicacional remoto.

Las restricciones sanitarias adoptadas para prevenir los contagios por COVID-19 afectaron profundamente la prestación del servicio de justicia, la respuesta dada por los operadores, y por las instituciones que encabezan -o coordinan- la gestión judicial en cada jurisdicción, fueron dispares, por tanto debieron procurar un equilibrio en la adopción de pautas de funcionamiento consecuentes con las medidas epidemiológicas adoptadas por el gobierno nacional y la necesidad de no coartar el acceso a la justicia a quienes necesitaran una respuesta judicial inminente.

Tales desafíos se complejizan ante la diversidad, tal el caso de la Provincia de Buenos Aires con una población de 17.709.598 millones de personas¹, una superficie de 307.571 Km² y 135 municipios, en muchos casos con realidades completamente diferentes.

La respuesta inmediata de la administración de justicia en la provincia de Buenos Aires fue la recepción de las pretensiones urgentes hasta tanto se fuera clarificando la situación epidemiológica o se dispusiera de herramientas tecnológicas que permitieran una forma de trabajo diferente.

El resultado a la fecha es un sistema permanente totalmente diferente, no solo de gestión y comunicación, sino también al haberse generado cambios estructurales esenciales en el régimen procesal aplicable antes de la pandemia.

¹ Estimación del INDEC para la provincia de Buenos Aires correspondiente al año 2021 (Fuente: <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-24-85>).

II. Distintas normas que impulsaron el cambio

II.1. Resolución SCBA 386/2020 Y Resolución de Presidencia 10/2020

El 16 de marzo de 2020 por resolución *de* SCBA n° 386/2020 se adoptó la decisión inicial de fijar un asueto general y guardias para tratar los casos urgentes, abordando una situación que se presentó en forma abrupta y que debió ser enfrentada con las herramientas disponibles. Dos días después, por resolución de presidencia de la SCBA n°10/2020 del 18 de marzo de 2020, se regularon normas procesales y de trabajo organizacional para mantener en marcha el servicio de justicia, arbitrando el teletrabajo, la previsión de videoconferencias entre otras pautas para llevar adelante audiencias o su reemplazo por un procedimiento escrito, la generalización de la notificación electrónica -aún en los casos en que la normativa vigente exigiera el soporte papel cuando no debiera dirigirse al domicilio real-, constitución del abogado patrocinante como “fedatario/depositario” de los escritos firmados por la parte que actuare por derecho propio y reemplazo en el proceso por una copia digitalizada, se encomendó a la Subsecretaría de Tecnología Informática y a la Secretaría de Planificación evaluar la factibilidad de habilitar, en la medida que las disponibilidades técnicas lo permitieran, la recepción de demandas a través de medios electrónicos bajo la modalidad en uso prevista para los procesos de apremios municipales y previsionales, esta norma, si bien fue dictada en el marco de la excepcionalidad va señalando un camino hacia la aceptación del sistema de digitalización de la interacción volitiva en el proceso.

II.2. Acuerdo 3971/2020 Y Acuerdo 3975/2020

El 15 de abril de 2020 la SCBA habilitó el uso generalizado de la firma digital, tanto para presentaciones como para decisiones judiciales; ello a través del Acuerdo n° 3971/2020 (modificado -luego- por Acuerdo 3976) implementando el denominado sistema de acuerdo “continuo” del Máximo Tribunal provincial y la firma digital por parte de sus integrantes de todo acto jurisdiccional o

de superintendencia.

Por Acuerdo 3975/2020 del 17 de abril de 2020 se aprobó el nuevo “Reglamento para los escritos, resoluciones, actuaciones, diligencias y expedientes judiciales”, en el que se habilitó a los órganos judiciales el uso de firma digital a distancia en días hábiles, tanto en horario hábil como inhábil. Esta norma también dispuso el reemplazo de libros de registración de resoluciones interlocutorias y sentencias por un mecanismo electrónico, de la misma manera que el acta o libro de Acuerdos en los organismos colegiados.

II.3. Resolución de Presidencia 15/2020

Por Resolución de Presidencia de la SCBA n° 15/2020 del 3 de abril de 2020 se dispuso la habilitación del sistema de presentación de escritos de inicio de causas a través del Portal de Presentaciones y Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial únicamente ante los Juzgados de Paz y los órganos jurisdiccionales de primera instancia de los fueros civil y comercial, familia, contencioso administrativo y Tribunales de Trabajo que se encuentren de turno y para cuestiones de urgente despacho. Mecanismo que, posteriormente, fue ampliado para la interposición de recursos de queja ante el Tribunal de Casación Penal y la Suprema Corte de Justicia por Resolución de Presidencia n° 24/2020 del 8 de mayo de 2020.

Luego, a través de la resolución SCBA n°480/20 del 27 de abril de 2020 se estableció un cronograma para restablecer el servicio de justicia respecto de las causas en trámite, tanto para los actos judiciales decisorios como para habilitar las presentaciones electrónicas de las partes, se mantiene el criterio de urgencia para iniciar casos, se adiciona a los supuestos permitidos a aquellas pretensiones que tuvieren riesgo de prescripción sólo a los fines interruptivos y se suspenden los plazos de caducidad para el inicio de los procesos. Se permitió el desarrollo de actos procesales a distancia, utilizando herramientas tecnológicas, ya sea a pedido de parte u ordenados por el organismo judicial, para salvaguardar posibles violaciones de derechos fundamentales.

El artículo 7 estableció excepciones (tal el caso de la declaración de testigos y absolución de posiciones) pero, luego, por Resolu-

ción de Presidencia de SCBA n°816/20 se reemplaza el texto de dicho artículo de la Resolución n°480/2020 estipulando que “los órganos judiciales de los fueros Civil y Comercial, Laboral, Familia, Contencioso Administrativo y de Paz, podrán celebrar cualquier clase de audiencias de modo total o parcialmente remoto, valorando a tal fin la complejidad y demás circunstancias relevantes del caso; la naturaleza y objeto de la audiencia; y la existencia y disponibilidad de facilidades informáticas”. Se aprobó una “Guía de actuación para el desarrollo de audiencias total o parcialmente remotas” y se previó, que hasta tanto se aprobase el protocolo específico previsto por la Resolución SCBA n° 567/2020 para el fuero penal y de responsabilidad penal juvenil, los organismos que los integran podrán utilizar esta previsión supletoriamente.

II.4. Resolución SCBA N° 558/2020. Inicio electrónico de causas por receptoría

Por Resolución SCBA n°558/2020 del 27 de mayo de 2020 el Máximo Tribunal provincial dispuso que a partir del 1 de junio de 2020 la presentación de escritos de inicio de expedientes en el Portal de Notificaciones y Presentaciones, se efectuará ante las Receptorías de Expedientes en los organismos que se encuentren de turno de los Fueros Civil y Comercial, de Familia, Laboral y en lo Contencioso Administrativo.

II.5. Resolución SCBA 593/2020. Normalización del inicio de causas

Posteriormente, por Resolución SCBA n 593/20 del 20 de junio de 2020, se dispuso la normalización del ingreso de causas a partir del 25 de junio de 2020, ya desarrollado e implementado el mecanismo de ingreso digital de demandas, sin perjuicio de contemplar la particular situación epidemiológica de las distintas localidades dentro del mapa judicial de la provincia de Buenos Aires y las normativas sobre circulación que regían en cada una de éstas.

II.6. Acuerdo 3989. Registro de domicilios electrónicos

Por Acuerdo 3989 del 21 de octubre de 2020 se creó el “Registro de domicilios electrónicos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”, integrado por el conjunto de domicilios electrónicos inscriptos en el sistema que se establece en dicha normativa.

Esta norma luego fue modificada por el Acuerdo 4000 del 23 de diciembre de 2020.

Luego, por Resolución de SCBA n° 1472/2020 se aprobó el “Reglamento del Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”.

Este régimen constituye un hito trascendental en la digitalización total del proceso debido a que permite, respecto de las personas comprendidas, la traba de la litis a través de notificaciones electrónicas a los domicilios asentados en el registro.

Por otra parte, este régimen fue consolidado como ley en sentido formal y material, producto del reenvío previsto en el artículo 12² de la Ley N° 15.230.

II.7. Acuerdo 4003. Sorteo informático de causas

Por Acuerdo 4003 del 30 de diciembre de 2020 se aprobó el

² Artículo 12 de la Ley 15230: “Créase el Registro de domicilios electrónicos de la Provincia de Buenos Aires, el que estará integrado por el conjunto de domicilios electrónicos inscriptos en el sistema establecido por la presente. El Poder Ejecutivo determinará su alcance y funcionamiento. El régimen de los domicilios electrónicos correspondientes a los procesos que tramiten ante el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, se registrará por el Acuerdo N° 3989/2020 y modificatorios, emanados de la Suprema Corte de Justicia. Dichos domicilios serán utilizados para realizar toda clase de notificaciones y demás actos procesales de comunicación a través de medios electrónicos, comprensivos incluso de aquellos que, según la legislación vigente, deban ser diligenciados en el domicilio real del destinatario. En los procedimientos administrativos que tramiten ante el Poder Judicial de la Provincia serán aplicables los lineamientos de la presente Ley con el alcance establecido por las reglamentaciones emanadas de la Suprema Corte de Justicia. El Poder Ejecutivo y la Suprema Corte de Justicia podrán celebrar acuerdos específicos tendientes a la compatibilización de los sistemas de gestión de domicilios electrónicos”.

Protocolo de uso del módulo informático para el sorteo de las causas en los órganos colegiados y de las salas de un órgano, la determinación del orden de estudio y votación de los magistrados o su integración -cuando correspondiere-, así como la registración de las fechas correspondientes a cada intervención a los efectos de su incorporación a los sistemas de gestión judicial y su adecuada publicidad.

II.8. Acuerdo 4013 (Modificado por Acuerdo 4039). Reglamento unificado de notificaciones y notificaciones electrónicas

Hasta la profundización de la digitalización del proceso, el sistema estaba estructurado por dos normas básicas: el Acuerdo 3845 “Reglamento para notificaciones por medios electrónicos” del 22 de marzo de 2017 y el Acuerdo 3886 “Reglamento para las presentaciones por medios electrónicos” del 14/3/2018.

El régimen de presentaciones electrónicas se ha transformado producto de los cambios normativos y operativos que, en gran parte hemos descripto.

La Acordada 4013 del 15 de abril de 2021 (modificado por Acuerdo 4016 del 16 de abril de 2021) aprobó el “Reglamento para Presentaciones y las Notificaciones por medios Electrónicos” derogando y sustituyendo a los Acuerdos 3845 y 3886.

Posteriormente, integrado con los aportes y revisiones resultantes de la instancia participativa prevista en el artículo 1°, último párrafo de la norma, fue modificado por Acordada 4039 del 14 de octubre del 2021.

En este régimen se generalizó la notificación automática o autonotificable, lo que lleva a superar en los hechos la funcionalidad de la distinción entre las notificaciones *ministerio legis* y por cédula, y provoca la expansión generalizada del sistema automático de comunicación de los actos procesales.

Se mantuvo, en los traslados a través de cédulas, el acceso a la documentación o providencias adjuntas a través de un código QR y código de verificación (que había sido implementado por

Acuerdo 3997 del 17 de diciembre de 2020), mecanismo que permita visualizar, verificar la autoría e integridad de las copias que debieran adjuntarse al instrumento a comunicar).

Se prevé el uso del telegrama electrónico (nuevo artículo 2 bis del Acuerdo N° 3989), como un nuevo medio de notificación, fundado en el régimen al que alude el artículo 12 de la ley 15.230 y en la admisión o habilitación competencial que esta norma legal hace en favor de la potestad reglamentaria de la Suprema Corte y que ya se encontraba contemplado en el propio art. 9 del acuerdo N° 3989. Dicho mecanismo, una vez completada su instrumentación, será aplicable en todos los casos en los que -por cualquier motivo- no se pueda utilizar el régimen de notificación electrónica.

Se contemplaron mesas de Ayuda para asistencia de los justiciables en materia de notificaciones electrónicas respecto de los medios de acceder a la documentación, los alcances del acto comunicado, debiendo prestar atención preferencial a los sujetos que integren grupos especialmente vulnerables.

En línea con esta previsión la Suprema Corte provincial dictó la resolución SC n° 2025 el 3 de diciembre de 2021 que instrumentó una prueba piloto de comunicación accesible - lenguaje claro, teniendo en cuenta a niños y niñas y adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.

Se estableció la no obligatoriedad del régimen para las personas con discapacidad que, al interactuar con el sistema informático instrumentado, vean impedida o dificultada su plena y efectiva accesibilidad, uso o participación, en igualdad de condiciones.

Además, que la Subsecretaría de Tecnología Informática en colaboración con las demás áreas competentes de la Suprema Corte de Justicia y la Comisión de Discapacidad del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires deberán desarrollar mecanismos complementarios inclusivos para las personas con impedimentos visuales que garanticen su adecuada intervención en el proceso y permitan su accesibilidad y utilización en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, la SCBA continuó la coordinación y cooperación tecnológica con otros organismos para permitir la interacción de

sus sistemas, tanto desde el punto de vista comunicacional informativo como para articular funciones productoras de efectos jurídicos con intervención recíproca (Vgr. Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble, Dirección Nacional de Registro Automotor y de Créditos Prendarios, Banco Central de la República Argentina, etc.).

Por otra parte está previsto el desarrollo de sistemas de pago *on line* de todos los rubros exigibles en un proceso, y dentro de él, lo que supone no solo la simplificación de tales cometidos, sino también el ingreso digital de la información necesaria para permitir una gestión integral de cada uno de los controles y auditorías que los distintos organismos competentes tienen a su cargo; ello sin perjuicio de desarrollos que ya se han implementado para la comunicación electrónica en la apertura de cuentas, pedidos de informes de saldos, giros y órdenes de pago en el marco de las causas judiciales con el Banco Provincia (Resolución de SCBA n°3864/2011); del previsto para vistas o comunicaciones de pagos digitalizados con otros organismos, tal el caso de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires (Cfr. resolución SCBA n°1733/2019; resolución de Presidencia de la SCBA n°17/2020) o el pago electrónico de la tasa de justicia conforme Resolución de SCBA n° 761/2020.

El resultado de las medidas adoptadas normativamente se puede apreciar en datos estadísticos, en este sentido conforme puede apreciarse en el informe de gestión de la SCBA presentado en abril de 2021, entre los meses de abril de 2020 y marzo de 2021, se efectuaron 30.146.440 trámites judiciales, lo que representa el 86% en relación con el mismo lapso de 2019/2020; se registraron 19.307.135 notificaciones y presentaciones electrónicas, superando en 2.992.865 las realizadas en idéntico ciclo 2019/2020; entre abril de 2020 y marzo de 2021 ingresaron a los organismos jurisdiccionales de los distintos fueros e instancias 840.588 causas, lo que representa el 76% de las causas ingresadas en el mismo período de 2019/2020. De ese universo, 64.867 corresponden al bimestre abril- mayo 2020; 126.635 a los meses de junio-julio 2020; 148.064 al período agosto-septiembre 2020; 162.809 a octubre-noviembre 2020; 144.069 al ciclo diciembre 2020-enero 2021; y 194.144 a febrero-marzo 2021, cifras que evi-

dencian una evolución firme y sostenida.

Desde el inicio de la emergencia hasta el mes de marzo de 2021 inclusive, la Suprema Corte emitió 7.103 sentencias y resoluciones registrables, un 48 % más que en el mismo período de 2019-2020. Las Cámaras de Apelaciones de todos los fueros dictaron 103.607 sentencias y resoluciones registrables entre abril 2020 – marzo 2021, un 14% más de las pronunciadas en el mismo ciclo de 2019-2020.

Los órganos de primera instancia dictaron un equivalente al 75 % de las sentencias pronunciadas en el período 2019-2020 y los juzgados de paz entre abril 2020 y marzo 2021 dictaron 80.168 fallos y resoluciones, el 87% de las emitidas en el mismo tramo en el período 2019-2020.

III. Bases para la digitalización del proceso

Del desarrollo expuesto podemos apreciar con claridad que el cambio fue profundo, pero es necesario observar que ello fue posible porque los cimientos tecnológicos estaban formados desde mucho tiempo antes que sobreviniera la pandemia y ello, en un contexto donde las características de la organización y su atomización en un ámbito territorial extenso y dispar hacen que todo cambio disruptivo tenga mayores resistencias y dificultades.

Ya hicimos mención a los Acuerdos 3845 y 3886 que consumaron una evolución operativa y normativa previa en función de la implementación paulatina del sistema coordinado de firma digital y notificación electrónica.

Pero, antes de ello, en el año 2008 la SCBA había avanzado en proyectos destinados a aplicar la tecnología a los procesos. Es así como el 14 de abril de 2008 se firmó el Convenio n°212 con ARBA y FISCALÍA DE ESTADO para desarrollar el expediente digital en materia de ejecución fiscales provinciales, que luego fue tenido en cuenta para consagrarlo en la Ley de ejecuciones fiscales y en el Código Fiscal por la reforma incorporada por la Ley 13930 (publicada en diciembre de ese año).

Paralelamente, también en noviembre de 2008, por Acuerdo

3399 se puso en marcha una prueba piloto de notificaciones electrónicas, régimen que luego sería incorporado al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires por Ley N° 14.142 en el año 2010.

Por otra parte, podemos apreciar cómo, la SCBA, antes de la pandemia trabajó tanto en desarrollos de base como en herramientas de gestión tecnológica específicas que permitieron dar respuestas más rápidas ante la abrupta situación sobreviniente.

Asimismo el Superior Tribunal provincial pretende avanzar hacia cambios más profundos que permitan complementar la automatización de los procesos dentro del sistema AUGUSTA, en este sentido en el marco del Convenio de Colaboración Recíproca entre la SCBA y la Universidad de La Matanza (Aprobado por Resolución SCBA n° 855/19) se aprobó un Acta de Implementación Específica, en el cual se prevé el desarrollo de un sistema aplicativo informático denominado EXPERTICIA, que funcionará como complemento del sistema AUGUSTA, para la automatización de diferentes procesos dentro del expediente judicial basado en la confección de árboles binarios, los cuales recibirán como parámetros de entrada referencias almacenadas en el sistema de gestión de la SCBA y entregarán como resultado uno o más trámites con los documentos electrónicos correspondientes, permitiendo automatizar el proceso de decisión en función del estado y datos del expediente electrónico.

Debido a que todo cambio tecnológico debe ir de la mano de herramientas de gestión organizacional complementarias, la SCBA ha aprobado la resolución 250/2021 que dispuso la conformación de comisiones de normalización de trámites, etapas y demás características de la gestión de los procesos judiciales en los diversos fueros, conformando mesas de trabajo con la participación de magistrados, funcionarios y representantes de la Secretaría de Planificación y Subsecretarías de Control de Gestión y Tecnología Informática; conformándose en una primera etapa la Comisión correspondiente al fuero contencioso administrativo.

IV. Cambios estructurales perdurables frente a una necesidad contingente

El proceso de trabajo paulatino que se venía desarrollando antes del 16 de marzo de 2020 respondía a otras necesidades cotidianas y a las características de la organización judicial, donde, la fuerte descentralización o la complejidad decisional por la atomización de competencias producto de las propias características del poder judicial constituían obstáculos a la rápida, homogénea o continua implementación de los diferentes desarrollos tecnológicos planificados.

La cruda realidad permitió adaptar la visión para comprender la necesidad de contar con herramientas diferentes que provocaron, en muchos casos, cambios estructurales permanentes que implicaron consolidar la prevalencia de lo digital sobre el papel -o su total reemplazo- y una apertura mental (que en otras circunstancias hubiera implicado una lenta evolución en el tiempo) y que tuvo como impulsores a la necesidad de trabajar (para los operadores jurídicos) o de hacer valer un derecho por quienes necesitaban acceder a la justicia y obtener una tutela judicial efectiva, ante la prohibición de circular y de poder concretar la interacción interpersonal física, producto de las regulaciones que dispusieron el aislamiento social preventivo obligatorio, lo que constituyó una barrera normativa a los mecanismos de litigiosidad tradicionales.

La necesidad inmediata de dar respuestas provocó una aceleración en la transformación de los procesos desde el propio poder judicial pero, paralelamente, una aceptación o permeabilidad por parte de los operadores externos que antes podían haber expresado una razonable resistencia al cambio.

Mediante los cambios propuestos la regularización del servicio de justicia fue de la mano de la acentuación en el uso generalizado de tecnologías de información y comunicación (TICs), ya que a través de tales herramientas se pudo lograr la apertura gradual de la actividad competencial de los organismos judiciales, lo que generó que el cauce procesal durante el año 2020, en todos los procesos y para todas las materias, cambiara en forma perdurable, ello más allá de la recepción legislativa en sentido formal, ya que

la aceptación, dimensión y amplitud en el uso de las TICs, constituyen un paso hacia adelante imposible de retroceder.

V. La disrupción procesal producto de profundos avances tecnológicos

La transformación de los procesos no culmina con las distintas herramientas que permitieron el intercambio de actos procesales a distancia, la rúbrica digital de dichos actos, la realización de videoconferencias con eficacia procesal o la posibilidad del trabajo remoto.

Estamos en presencia de lo que se denomina la cuarta revolución industrial, nuevas tecnologías como la nanotecnología, internet de las cosas, biotecnología, robótica, inteligencia artificial, geolocalización, 5G, *starlink*, almacenamiento de datos a través de *blockchain*, computación cuántica, todas pueden impactar en los procesos, en la manera de comunicarnos, de articular o controlar las decisiones judiciales.

La magnitud del cambio todavía no puede preverse, más aun, teniendo en cuenta la velocidad de innovación que hace que las herramientas disponibles muten o irruman constantemente, pero queda claro que estos cambios impactan notoriamente en una mejora continua en la eficiencia de la gestión estatal.

No obstante las bondades de los avances tecnológicos la gestión debe procurar equilibrios ante las novedades y sobre todo ante las desigualdades, por lo tanto no solo hay que prever que el ordenamiento jurídico proteja y garantice derechos humanos fundamentales derivados del uso y acceso a la información o, de la disposición generalizada de nuevas herramientas tecnológicas, sino también contemplar normas que traten de corregir las asimetrías, ya sean generacionales, culturales o económicas entre las personas.

De otro modo, las diferencias frente a grupos desaventajados se pueden acentuar, sobre todo en países como el nuestro, donde la pobreza y la indigencia ponen sobre la balanza la necesidad de igualar derechos fundamentales básicos (alimentación, acceso a cobertura de salud equitativa, vivienda, trabajo, educación, ser-

vicios públicos esenciales, no discriminación), por lo que, cualquier avance que pretenda la universalización de los cambios propuestos debe contemplar indefectiblemente tal situación.

“La paradoja democrática: la tensión entre los principios de igualdad y libertad”

David Kronzonas

La democracia es el nombre con el cual se designa la no representable pluralidad. Es extrema cuando mantiene su desgarradura y su autonomía respecto de un orden político hegemónico con la sociedad. Ella inaugura la historia en que los hombres hacen la experiencia de una indeterminación última, en cuanto al fundamento del poder, de la ley y del saber. Interpretada –por C. Lefort– como “salvaje” no es sólo un inalienable poder constituyente sino también, un poder destituyente que preserva –irrepresentable y vacío– el lugar del fundamento. Ausencia de principio, de sostén, lo sin fondo, la vertiginosa experiencia de la incertidumbre. Pero también, es explicada como “anárquica” ya que nos expone al riesgo del relativismo; o quizás también, del nihilismo. J. Ranciere entendía a la democracia como comunidades inéditas, imprevistas, contingentes, no fundadas en una sociabilidad natural, ni en la tradición, ni en el consenso, ni en la soberanía, capaces de “poner en común lo que no es común”, indeterminadas. Simplemente querer ser y hacer con Otros.

La democracia es –en términos de Ranciere– “desorden de pasiones ávidas de satisfacción”. Todo Estado se propone controlar ese orden. Un aumento irrefrenable de demandas presionará y debilitará la autoridad de todo gobierno. Dos son los adversa-

rios de la democracia: el gobierno de la arbitrariedad (la tiranía, la dictadura o el totalitarismo); y la intensidad de la vida democrática. Aristóteles proponía una solución a esa intensidad: desviar la energías hacia la búsqueda de la prosperidad material, de la felicidad privada y de los lazos de la sociedad. Su contra cara fue sin duda: la disminución de las energías políticas, la búsqueda de la felicidad individual y la apuesta de una vida privada y de interacción social que de nuevo, multiplicaban las pretensiones y demandas. El mundo no se sostiene sólo sobre una consistencia consensual. Más que el goce o el consumo, más que el egoísmo y el consenso en la rapiña, en la injusticia y en la libertad como expulsión de toda verdad cada uno se dice a sí mismo: lo imposible del mundo, la comunidad imposible (A. Badiou).

Badiou toma esta idea de Lacan para quién lo imposible es lo real. Lo imposible es aquello que no está en lo posible, que resulta efectivo, urgente, alarmante. La realidad tiene lugar en la imposibilidad. Es Platón quien sugiere una guía de relación aporética entre la política y la filosofía y que Badiou retomará en su relectura de la "República" al considerar que la política tiene relación con la justicia y con la verdad; y esto interesa a la filosofía. No hay tal cosa como objetividad en la política ya que la verdad y la justicia subrayan la inadecuación y la separación del hecho físico o mental que lo provoca. Se trata de pensamientos exuberantes, pródigos sobre la realidad, jamás consensuados con ella. ¿Qué empuja a Badiou a mirar a Platón y destacar la incondicionalidad hasta el límite de lo posible? Que el bien está más allá del ser.

La comunidad es imposible pero será ese imposible real el que conducirá lo posible. Existe un bien en el ser del hombre, en aquello que el hombre debe o quiere ser, arrastrando lo posible hacia lo imposible, aquél imposible que lo real es. Si el bien puede ser considerado más allá del ser es porque el "ser-con" heideggeriano es defectuoso, frágil, ambiguo, infiel a sí mismo. Si la filosofía tiene que ver con la política, si el filósofo puede enseñar algo a la comunidad es que siente la experiencia de la comunidad. La experiencia de la pluralidad, el "ser-con-los-otros", el ser plural (J.L.

Nancy) no proviene de constatación empírica alguna sino de ver el nosotros. La vida humana en su singularidad está ligada en su conexión con el otro "en la nada en común" -lugar desde donde Nancy entenderá la ética-. Se tratará de sentir que tenemos relación, pero tan solo teniéndola.

El Estado no es un actor neutral; es el espacio donde la soberanía puede ser ejercida, es el lugar donde los ciudadanos pueden tomar decisiones sobre la comunidad política. Somos conscientes que siempre existirán antagonismos, luchas y cierta opacidad parcial de lo social². La sociedad está siempre dividida y construida discursivamente a través de diversas prácticas hegemónicas³. Para poder intervenir en las crisis hegemónicas resultará imprescindible establecer una frontera política, una estrategia discursiva que sostenga el retorno de lo político y reafirme y expanda los valores democráticos de igualdad, justicia social y soberanía. Esa dirección nos permitirá recuperar y profundizar la democracia.

Dos son las tradiciones en conflicto: la del liberalismo político (estado de derecho, división de poderes, defensa de la libertad individual) y la democrática (igualdad y soberanía). No existe relación necesaria entre ambas tradiciones, sólo una articulación de raíz histórica, y hasta quizás accidental, contingente, casual. Es C. Schmitt quien afirmaba que esta articulación produjo un régimen inviable: el liberalismo niega la democracia y al revés; la democracia al liberalismo. Es en "La paradoja democrática"⁴ donde C. Mouffe problematiza esa conclusión schmittiana al sostener -por un lado- que si bien la lógica democrática construye un pueblo -límite que contradice la retórica universalista pero sin afirmar identidad sustantiva alguna, ni mucho menos dada, sino siempre en conflicto u oposición- y defiende prácticas igualitarias no sólo en el reconocimiento de las diferencias sino como el resultado del

1 Alain Badiou. La República de Platón. Diálogo en un prólogo, dieciséis capítulos y un epílogo. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013.-

2 Jacques Ranciere. "El odio a la democracia". Amorrortu/ editores. Buenos Aires, 2012, (pág. 18).-

3 En su libro ya clásico "La razón populista" Ernesto Laclau nos habla que toda sociedad está dividida en "los de abajo" contra "aquellos en el poder". Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005.

4 Chantal Mouffe. "La paradoja democrática". Gedisa, Barcelona, 2003.-

proceso político de articulación hegemónica. Esa lógica (democrática) resultará necesaria para definir un demos –ciudadanos que por su sola pertenencia a un Estado-nación se le conceden los mismos derechos en una suerte de unidad política sin la cual, éste no podría existir-. Sin embargo, esa identidad nunca podrá constituirse por completo y sólo podrá existir mediante formas múltiples y contrapuestas; pero además, la lógica democrática servirá para subvertir cierta tendencia del discurso liberal al universalismo abstracto que ha extraviado toda conexión con la realidad. Su articulación nos permitirá así cuestionar las formas de inclusión y de exclusión inherentes a las prácticas políticas.

La desigualdad duele, provoca sufrimiento extremo, mata. El escándalo democrático pone de manifiesto la imbricación de la igualdad en la desigualdad. Sin embargo, no hay fuerza que se imponga sin tener que legitimarse. Sin tener que reconocer una igualdad irreductible para que la desigualdad pueda así funcionar. La sociedad desigual no puede funcionar sino gracias a una multiplicidad de relaciones igualitarias. Ese es el fundamento del poder común. La desigualdad natural no se ejerce más que presuponiendo una igualdad natural que la secunda y la contradice. Ambas lógicas –la liberal y la democrática- permanecieron activas y la posibilidad de una negociación “agonista” siempre estuvo presente y vigente en las democracias liberales. ¿Cómo pensar entonces la política? Si algo no puede ser la política es la perpetuación de las diferencias, de las desigualdades naturales o sociales. La democracia es esa condición paradójica de la política en la que toda legitimidad se confronta con su ausencia de legitimidad última, con la contingencia igualitaria que sostiene a la contingencia desigualitaria misma. En las sociedades modernas hay una intolerable condición igualitaria de la desigualdad.

En un texto ya clásico “Hegemonía y estrategia socialista”⁵ E. Laclau y C. Mouffe señalaban que dos son los conceptos claves para tratar la cuestión de lo político: “antagonismo”⁶ y “hegemo-

5 Ernesto Laclau y Chantal Mouffe “Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la política democrática” Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2004.-

6 Lo político consiste en la relación de enemistad, en la confrontación. Es an-

nía”. Ambos términos señalan una dimensión de negatividad que se manifiesta en la posibilidad siempre presente de la oposición. Sólo ahí resultará posible comprender la especificidad de la democracia; es allí, donde residirá su fortaleza. Ello impide la plena totalización de la sociedad y excluye, la posibilidad de que exista una sociedad más allá de la división y del poder. Esa división jamás supondrá: ni la exclusión, ni la eliminación del Otro. Sólo postula la imposibilidad misma de una realización final de la democracia, sólo significa la imposibilidad de una democracia completamente lograda, total, cerrada. La tensión problemática entre los principios de igualdad y libertad preserva la indeterminación constitutiva de la democracia moderna. La sociedad es entendida como el producto de una serie de prácticas hegemónicas cuyo objetivo es el de establecer un orden en un contexto de pura contingencia. No hay gobierno justo sin participación del azar.

Todo orden social es la articulación temporal, precaria, no estática de ciertas prácticas hegemónicas y articuladoras que lo crean y fijan el sentido (siempre parcial) tanto de esas prácticas como de las instituciones sociales en las que se enmarcan y desarrollan. H. Arendt decía que los derechos del hombre son sólo una ilusión. Ella hablaba de los derechos de ese hombre desnudo que carece de derechos. Derechos de los que fueron expulsados de sus casas, de sus países, de toda ciudadanía. No hay que dejar de tener en cuenta que las cosas siempre podrían haber sido de otra manera, distintas a lo que son en el presente. Todo orden se fundamenta en la exclusión de otras posibilidades, de otras realidades latentes, de múltiples escenarios posibles. Siempre será el resultado de una configuración particular de relaciones de poder y carecerá de un fundamento racional último.

Es por ello, que será susceptible de ser cuestionado y sus-

terior a la ley y no está limitado por ella. El concepto de Estado presupone a lo político. Los Estados surgen como medio para continuar, organizar y canalizar la lucha política. Es la lucha política lo que hace surgir el orden político. La condición política surge de la lucha de grupos. Finalmente, lo político no requiere discusión sino decisión. Soberano es aquel que decide sobre la excepción. Está fuera de la ley. Estos son algunos de los conceptos vertidos por Schmitt en el “Concepto de lo político” Editorial Struhart & Cia. Buenos Aires, 1984. Schmitt es un adversario del cual debemos aprender.

tituido por otra forma de hegemonía que lo ponga y coloque en discusión. Aquello que se presenta como natural, normal y habitual no es más que el resultado de ciertas prácticas que así lo crearon. La identidad de este sujeto múltiple y contradictorio es siempre contingente y precaria. No podremos hablar de una entidad unificada y homogénea sino de una pluralidad en constante cambio. Todo sujeto carecerá de una identidad original (ni integral, ni fragmentaria) sino que sólo será sujeto de una carencia, de una falta, de una ausencia.

Profundizar la democracia es hacer efectivos -en un creciente número de relaciones sociales y dentro de las instituciones democráticas existentes-, los principios de libertad y de igualdad, siempre en tensión, nunca reconciliados. No hay tal cosa entonces como evolución lineal e ineluctable hacia una sociedad igualitaria. Pero a pesar de todo, a pesar de las regresiones sufridas en los últimos tiempos, los valores democráticos aún desempeñan un rol significativo en el imaginario político de nuestras sociedades y son centrales para el común de las aspiraciones populares latinoamericanas. Si bien muchas veces se ha hecho un uso abusivo de este significante no por ello, ha perdido su potencial y aún sigue siendo un arma eficaz en la lucha por crear un sentido común, nuevo, otro.

Hablamos de profundizar la tradición democrática moderna. Aquello que constituye la democracia moderna es la afirmación de que todos los seres humanos son libres e iguales⁷. No resultará posible hallar principios más cardinales que éstos. Aquello que sí denunciemos es la brecha existente entre los ideales y su realización, entre su enunciación y su efectividad. Su sólo acceso (igualitario) no bastará, ya que posibilita el tratamiento desigual, la discriminación, los estereotipos culturales y la de diversos ti-

7 Es John Locke quien señalaba que todos los hombres han sido creados por igual y por lo tanto, merecedores de la misma dignidad y el mismo respeto. Es Jeremy Bentham -un utilitarista- quien sostenía que la igualdad se apoya en el hecho de que todos los individuos tienen la misma capacidad de sentir placer y por lo tanto, que la felicidad de la sociedad se maximiza cuando todos tienen la misma cantidad de riqueza. Curiosamente, hasta el padre del darwinismo social Herbert Spenser decía que cada persona debería ser tan importante como cualquier otra persona de la comunidad.

pos de subordinación. La articulación entre ideas democráticas y liberales ha hecho posible el reclamo de nuevos derechos y la creación de nuevos significados. Resultará imprescindible distinguir -entonces- entre liberalismo político y liberalismo económico. Las promesas del consumo implican una falsa igualdad bajo la cual se oculta una democracia ausente y una igualdad inhallable. En esa lógica, la democracia no es más que el reinado de un consumidor narcisista capaz tanto de cambiar sus preferencias electorales, así como, de sus placeres íntimos. El Mercado conlleva a la desigualdad y se traduce en dominio y privación, quebrando toda estructura posible de mediaciones.

La política construye el Nosotros. Nosotros -la nada-, los no incluidos en el orden social, somos también "el pueblo". Nos oponemos (Nosotros) a otros que sólo detentan su interés en el privilegio. ¿Qué defiende o afirma el privilegio? Quisiera detenerme brevemente aquí. La denuncia del individualismo democrático encierra dos tesis singulares: la de los poseedores que denuncia que "los pobres siempre quieren más"; irrefrenablemente más; y de las élites "refinadas", que siempre hay por demás aspirantes al privilegio de la individualidad. Sólo la individualidad es buena para las élites -pero si todos accedieran a ella- afirman, ello devendría en una verdadera catástrofe. La denuncia del individualismo democrático es entonces, simplemente odio a la igualdad. La gran aspiración de las élites es gobernar sin pueblo, gobernar sin política. Los ejemplos en la Argentina contemporánea sobran. El conflicto político significa una tensión entre los que tienen su lugar y "la parte de ninguna parte" que altera ese orden. La igualdad política (entre ciudadanos) no es un atributo natural sino un resultado cultural, una hechura humana.

Tanto C. Mouffe como J. L. Nancy señalan que no podrá haber "naturaleza humana" pre-definida. Para Nancy "humano" es sinónimo de común, de algo que no es absolutamente singular e individual, ni totalmente plural. Un tránsito entre lo propio y lo extraño, lo íntimo y lo público, la pertenencia y la ajenidad, la otredad y lo extranjero. No hay requisito para ser considerado humano, todos somos al menos, un poco ajenos, sintientes, sufriendos. La comunidad es una tarea, pero jamás será una meta. La tarea de toda comunidad será comprender que no habrá democra-

cia donde todos seamos lo mismo sin que existamos con los otros. Nancy construye un oxímoron: “ser singular- plural”⁸ -donde el ser es conjunto y no es conjunto- que permitirá interrogar cómo conjugar la convivencia igualitaria que sostiene la democracia contra el mero individualismo.

Aquello que une a las personas -en una comunidad política- es el mundo que se establece en común, los espacios que habita en comunidad, las instituciones y las prácticas que comparte y no alguna cualidad interna o algún conjunto de creencias o valores comunes. Ello es lo que precisamente conducirá a crear un “nosotros” pero siempre en un contexto de diversidad y de conflicto. El antagonismo jamás desaparecerá; el acuerdo siempre será parcial y provisorio ya que ese consenso siempre se basará en permanentes actos de exclusión. El consenso es y siempre será “la expresión de una hegemonía y la cristalización de relaciones de poder”⁹. En esa visión no hay más que una única realidad que impone una lógica más allá de cualquier opinión o aspiración. No nos engañemos, no hay tal cosa como una sociedad democrática reconciliada. Ello es sólo literatura de ficción. La política involucra una tensión entre lo Universal y lo Particular. Un singular que aparece como sustituto del universal desequilibrando el orden (“natural”).

Algunos autores modernos llaman a establecer la prioridad del derecho sobre el Bien; dónde los principios de justicia deben derivarse de manera independiente de cualquier concepción particular del Bien, dado que necesitan respetar la existencia de una pluralidad de concepciones enfrentadas para que todas sean aceptadas. Toda pluralidad podrá producir la disolución de la unidad del Estado pero no dejemos de entrever que esa unidad es en sí, un hecho contingente. La democracia posee un doble movimiento: uno, de permanente extensión de la igualdad; el otro, de la reafirmación de la pertenencia a la esfera pública, en la incesante pretensión de privatizarla.

8 Jean Luc Nancy. Ser singular plural. Traducción Antonio Tudela Sancho. Arena Libros, Madrid, 2006.-

9 Chantal Mouffe (compiladora). “El desafío de Carl Schmitt” ver “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”. Prometeo libros. Buenos Aires, 2011, (pág. 72).-

Podríamos decir que en las sociedades modernas ya no es posible ofrecer garantías, ni tampoco prometer certezas. Ya no hay doctrina general e integral que anude una sociedad política unida. Sólo podríamos admitir -entonces-, que la justicia es principio de virtud -de las instituciones sociales y políticas; y del pluralismo y los derechos- cuando admitamos que esos principios son específicos de un cierto tipo de asociación política. La ausencia de un único bien común sustantivo y la separación entre ética y política ha significado -por un lado- un avance en la libertad individual pero ha privatizado los valores públicos; y por otro, se ha desprovisto a la política de su componente ético. Nos hallamos así, frente a una visión meramente instrumental -la preocupación por los individuos y sus derechos- caracterizada por el compromiso por los intereses ya previamente definidos, dejando de lado todo contenido u orientación.

Sólo podremos encaminarnos hacia una sociedad más democrática a través de una pluralidad de actos de democratización. Es la política la que organiza las relaciones sociales (J. Butler), reivindicando el estatuto originario de la diferencia. Es lo imposible de ser representado. Es pura multiplicidad, sin reconciliación, sin síntesis alguna. La política es el ámbito de una pluralidad que nunca deja de ser tal. Definirse políticamente supondrá siempre una elección, una confrontación de la mano de múltiples exclusiones. No excluir nada es mantenerse fiel a una relación sin relaciones. La política supone la existencia de no sólo una verdad, sino de la puesta en juego de visiones diferentes del mundo. Supone establecer una justicia insistentemente desplazada por la desigualdad, la exclusión y el poder.

Intentar construir identidades -sin forma definitiva alguna y en una recreación continua que exprese un vínculo común o una inquietud pública- debería ser una de las tareas de la política democrática. Definir qué entendemos por ciudadanía tendrá una vinculación directa con el tipo de sociedad y de comunidad política que queremos. Ello posibilitará la idea de una comunidad abierta, múltiple y plural. La vida política se relaciona con la acción colectiva que apunta a la construcción de un nosotros siempre en un contexto de diversidad y conflicto. Debemos entender que nunca será posible una comunidad política inclusiva integral;

una comunidad que alcance una unidad final ya que siempre habrá un “afuera constitutivo”, un exterior a la comunidad que hará posible –y sólo así- su propia existencia. Siempre habrá que elegir.

La igualdad es un punto de partida, un axioma, una condición que nos habita y de la que podemos hacer uso para interrumpir el régimen desigual. No es aquí la ética sino la voluntad y el esfuerzo en común, el punto de partida. Sólo cuando ésta voluntad se afirme, habrá emancipación y siempre la habrá dónde se quiebran los lazos de necesidad. Potencia en común que quiebra la impotencia y su círculo. Es precisamente esa potencia la que interrumpe la naturalización –tensionando el lugar que se ocupa (en el orden social) o rompiendo con la identidad a la cual se nos ha confinado- por parte del “orden explicador” (J. Ranciere) y accediendo a innegables momentos de igualdad y de gratuidad en los que se afirmará la condición humana. Hay en toda subjetivación cierta tensión con la identidad que se trae o se detenta. Todos somos capaces de realizar otras tareas de aquella a la que fuimos simplemente confinados o situados. Esa labor puede expresar la promesa de una comunidad no restringida a la distribución de roles y de funciones.

Las personas hablamos por boca de un dispositivo que nos configura o nos interpela, que nos hace decir aquello que somos; y a partir del cual, lo que es puede ser visto, dicho o pensado. Estas operaciones reproducen el orden, negando las prácticas colectivas con que los hombres y las mujeres se auto-determinan. Entonces no hay Uno –que siempre acarreará el intento de disolución de lo múltiple, la necesidad de doblegar lo plural, la voluntad de someter lo que no se ajusta, lo que no encaja-, ni tampoco hay método. La igualdad no se enseña; quien la enseña, fomentará la desigualdad.

La igualdad concierne a la existencia. Todos los seres comparten la indiferencia de existir y el destino irremediable de morir. Dos son sus presupuestos: los seres son iguales en la existencia y; la naturaleza es la misma para todos. Sin embargo, el concepto de igualdad –entre los hombres- es una idea, una imagen, un símbolo, un invento que pudo o no haber tenido lugar; que pudo o no haber ocurrido. La igualdad es un princi-

pio o una declaración (Badiou/ Ranciere) –no un efecto, o una proposición a ser alcanzada.

La igualdad es siempre excepcional, rara, original, única, insólita. Lo dado, la regla, es la jerarquía. Aquello que nunca es (la igualdad) es la de ser una jerarquía de prioridades. No hay fundamento en la igualdad más allá de sí mismo pero siempre será capaz de producir efectos en los vínculos, en la cultura, en el derecho, en la sociedad misma. Frente a una nueva igualdad, la sociedad tomará distancia, será reactiva, se resistirá a que lo nuevo suceda. Formulará explicaciones todas ellas retóricas y evocativas de una supuesta “paz”, de una falsa nada. Sin embargo, el tiempo de la igualdad es el presente. Su manifestación es múltiple y es ahora. La igualdad no se pide, ni se merece. Se activa y se ejerce.

Igualdad no quiere decir “lo Mismo”. La igualdad es la irrupción de un régimen de signos que sustrae la vida de la jerarquía, el desprecio, el desconocimiento, el odio, la indiferencia o el destino como desigualdad. Podríamos finalmente decir, que la igualdad es el alma de la democracia en tanto juego libre de singularidades irreductibles, abiertas y capaces de componerse en un mosaico de comunidades de diferentes conforme una lógica de la potencia inmanente a esa pluralidad. De algo sí estamos seguros: la igualdad siempre permitirá que haya Otro.

La fragilidad de los principios¹

Claudio Martyniuk²

I.

Padecer y aprender de la humillación, aquí aparece un círculo espiralado recorrido por configuraciones de la dignidad. No es “el” principio, sino pequeños resultados, pequeños principios, de hormigas; aprendizajes de experiencias sensibles, tortuosas. Se trata también de lecciones que impulsan el arte de leer, de interpretar las leyes y de construir polis. El principio, acaso, deba reconocerse en la libertad de discusión pública, que permite a los académicos postular a la dignidad como principio. Acaso ni tal libertad sea el principio. Más verosímil resultaría localizar las emergencias en colisiones, rivalidades, deslizamientos que tensan cuerpos y afilan reglas. Como es posible aprender del error, como es posible aprender

1 Este trabajo integra el proyecto de investigación “Territorios de la memoria. Otras culturas, otros espacios en Iberoamérica, siglos XX y XXI”, Ministerio de Ciencia e Innovación de España, 2021/24, PID2020-113492RB-I00. Una versión con marcadas diferencias y extensión se publicará en el libro *Papeles de filosofía para Enrique Marí* (Buenos Aires, Ediciones La Cebra, en prensa).

2 Investigador (Institutos Gino Germani y Ambrosio Gioja, UBA). Profesor de las facultades de Ciencias Sociales y de Derecho, UBA. claudiomartyniuk@derecho.uba.ar

del olvido, es posible aprender también del dolor de la humillación y la opresión. Desde el principio al fin, el examen no se agota pero extenúa.

II.

Un libro de reglas que pretendiera portar “el principio verdadero” quedaría en un estante junto a otros libros, salvo que tal Biblia exterminara a los restantes libros de reglas, y a sus portadores. Pero en tal estante, sin esa fuerza fulminante que tendría aquel *auténtico* libro de ética, emerge la confrontación. Sin rivalidad y elección, lo que se llame dignidad queda impuesto por el punto de vista de un príncipe. En tal principado, lo digno no será diferente a lo que el príncipe decida que es digno. Tal decisionismo de la dignidad, con pequeños ajustes, se puede inscribir en las filas filosóficas del realismo jurídico.

III.

Inscribir entre líneas, leer entre líneas, poner en cuestión la escritura, los incisos del libro de las reglas que fijan el sentido del principio de dignidad. Tal puesta en conflicto deja al libro, obra de dignatarios (príncipes, doctos y discípulos), como una doxografía. No es sino a través del discernir como la intervención crítica pone en cuestión la dignidad. Criterio y crítica van, entonces, de la mano, como acentos distantes en un andar compartido.

Esa distancia, indicio de desconfianza epistemológica, política y ética de una escritura completa de la novela del derecho. Un ánimo igualitario interpela representaciones y sentimentalidades que tienden a producir fantasías de superación de las desigualdades, una atención que oye voces lastimadas y deslegítima criterios entronizados y banalizados. Los hábitos forjados en un paradigma *prosperan* aceitando sus formas cognadas de solidaridad, prosperan presentando sus pequeños ajustes como grandes acontecimientos, las críticas a los privilegios manteniendo privilegios. Aún persiste cierta imbricación de

empatía y búsqueda de justicia, conjugando subordinaciones e insumisiones que no se diferencian. Arraigos, apegos entre vulnerabilidades extremas, humillaciones y desilusiones. Hacia una fenomenología de la dignidad, desde el hogar al amor, con niños, con mujeres expuestas a las más diversas prácticas humillantes. En la infancia no es posible que el niño invoque su dignidad, y queda en un espacio de privacidad. Ahí, en esa oscuridad se lo hace digno.

La tecnología es básicamente una dieta de injusticia, de humillaciones; básicamente alecciona sobre el posponer, sobre la paciencia. Paciencia, para el reconocimiento. Allí comienza el libro de la vida, que luego deviene libro de la polis. Allí se muestra la tecnología jurídica cultivando la paciencia, conteniendo la impaciencia de las existencias dolidas. En el drama, entre la decepción y el optimismo, se promete dignidad. Paciencia y resignación del digno, paciencia quejosa, resignada, solitaria. ¿Cómo la dignidad queda reducida a la habilidad de la supervivencia –o mejor, pervivencia- día a día? ¿Cómo la dignidad tiene su trabajo de duelo diario, social? ¿Cómo se inscribe en el libro de los principios? Entre promesas normativas que se superponen al aparato sensorial que amalgama cariño, ira, crueldad, heroísmo, temor, esperanza, felicidad, ¿cómo se manifiesta lo digno?

Entre las manipulaciones del miedo y la abyección, del pasado glorioso y el porvenir venturoso, ¿cómo entre las grietas de clase y de género?, ¿cómo entre el desprecio y la conmisericordia?, ¿cómo la dignidad también presenta el rostro de la indiferencia? ¿Cómo hacer trascender al término definido?, ¿cómo arrastrar el principio abstracto a la acción capilar? ¿Cómo cepillar, en la dirección correcta de la dignidad, la historia al revés?

IV.

Apenas despejamos reconocimientos parciales de lo digno, tras lo penoso. La anticipación es una fuerza débil, de raíz mesiánica. La diversidad, la variedad de las experiencias de la

dignidad, tantas veces de consecuencias desastrosas, demanda pasión e intensidad imaginativa.

V.

Quizás la *Rule of Law* sea tan real como Hamlet, aunque el libro de Shakespeare sea *realmente* accesible a todo lector. El derecho a ser gobernado por una concepción pública precisa demanda hacerse “más” preciso, tejiendo redes “más estrechas” y “más ambiciosas”. Afinar, estabilizar, preservar, perseverar en un ideal, en un modelo. Ponderar sin fin el principio -acaso el principio no sea ni tan *real* ni tan *preciso* como Hamlet-. Acaso el libro de teatro sea más *real* y *preciso* que el libro de la polis. Pero el teatro, y su libro, se hallan en la polis.

VI.

¿Cómo cumplir con la exigencia de un “desarrollo sustancial de la teoría de los principios”? ¿Cómo observar tales inobservables? Los imponderables, ¿cómo anclarlos en reglas, cómo hacerlos algoritmo? ¿Cómo resolver las tensiones irresolubles, aclararlas y realizar el principio perspicuo? Exponer e impulsar la terapia de mirar a lo lejos, de estirar la prudencia hasta el extremo de su finitud universal. Hasta observar la incompletitud. Reconocer el principio Gödel del sinfín del principio y del fin, velar en la incompletitud del libro que requiere de nuevos capítulos, de correcciones, de reescrituras, de remisiones a principios sin fin. El libro tiene fin, como la duración de una clase o de una conferencia, como el recorrido de un museo. Pero sus contingencias no cesan. Correr y re-correr, egresar y regresar, en busca de nuevas metáforas, quizás axiomas y algoritmos, en la problematización de los principios, en la poética de los rizomas.

VII.

La indeterminación del principio de todos los principios, claro, provoca penumbras y evoca iluminaciones. Reglar ten-

siones, tensionar reglas son movimientos de la libertad autoral, de la autoridad del príncipe y de la puesta en cuestión de autoridades; también de puesta en escena de nuevos principios, de nuevos príncipes -gramscianos, hollywoodenses, cibernéticos-. Cada principio muestra una fórmula contingente de su “necesidad”. Y muestra su condición ejemplar: cualquier “modelo de libro de reglas”, un modo, una moda, un paradigma que traza la “visión estándar de la ponderación entre principios”. Entre principios imponderables, libros de formas de vida inconmensurables que se recapitulan. Entre teorías, la emergencia de la antelación, el plural antedatar que pretende aferrar el porvenir de los principios, la peripecia de cada principio que principia oscilando en lo uno y lo plural.

El principio se halla en favor de un derecho de reglas, aun cuando el principio diga lo contrario en un ejercicio de contradicción pragmática. Ponderar, dar razones, atender la autonomía semántica, anticipar: todas acciones del principio. También el principio revisa anomalías, corrige lagunas. Aunque se lo juzgue un error. Al principio se *debe* ir más allá, sin metarreglas, solapando reglas, guiando el camino que se traza en el recorrido. Que distingue, que señala, que exige, que sea: así principia -cómo principia, en cambio, nos remite a principios, a una escalera sin fin ni comienzo-.

VIII.

Dignidad, acaso este principio sea una idea regulativa, una estrella trascendental de la que no se derive ningún derecho específico, o incontables. Poco clarifica su virtualidad justificatoria, o crítica, su etiqueta de “concepto ligero”, semejante a bondad o corrección, diferente a los “conceptos morales densos” -traición, cobardía, discriminación, que en la caracterización de Bernard Williams tienen, junto a contenidos evaluativos, otros descriptivos, siendo su aplicación guiada por el mundo y guiando la acción. En este perfil espectral de los “conceptos morales”, los ligeros, en un nivel justificatorio “mayor”, agregan ingredientes para la deliberación pero carecen de virtualidad directa como guías de la conducta. Pero esta

aproximación dicotómica, denso-ligero, con un aire de familia a la física aristotélica, no queda inmune a las navajas que cortan facticidad y normatividad, racionalidad y deber, episteme y phronesis.

IX.

Un libro que remite a otro, a un libro sin autor, a un principio finito pero ilimitado, parece presuponer una teoría no euclidiana del libro: el libro de las reglas cae en la historicidad, queda en manos que buscan principios con ansiedad, sale del caso que va tras la solución de todos los casos posibles antes de la presencia de los casos. El libro, en la historia que se adelanta a la historia, en la novela que desde el principio ansía escribir el final. El libro produce principios y conclusiones, a la vez que queda en espera. El libro, prudente ante la esperanza, cauto ante el pesimismo.

X.

Envaradamente, podría hacer creer, y lograr así eficacia. Como Sísifo, encadenados al libro, encadenar para actuar pasando páginas, para adscribir ilusión y desazón a su articulado. Adagios de islas, pensamientos y pasiones, instantes de desapego y reinención: tal libro, literatura de la imaginación, género que regla desfondar los géneros. La dignidad es materia política y poética, se expande; es perspectivismo nietzscheano. Pero, ¡ay!, todo lo que puede expresarse en libro ya desfallece.

En cada proposición, en cada propuesta, en cada promesa libresca, atender la resonancia de lo opuesto, al ruido sordo, quieto, inherentemente *mal* construido de la protesta, de la sombra crítica. *Mal* de libro, mal del Quijote que halla el sinsentido al subir los renglones, al escalar títulos y artículos, al encabalgalar sentidos y sinsentidos, *mal* carnapiano que apresura, apremia a la navaja lógica a cortar antes de saber qué -tal ataque de apriorismo enfurecido, un *mal* sinsentido, si acaso

podieran diferenciarse sinsentidos del mero sinsentido-, *mal* del libro que se piensa como espejo de los derechos, *mal* de los principios que no constatan las distancias entre los continentes reglados del derecho, la gramática, la lógica, *mal* que omite el contexto de las proposiciones, que *mal* se solapa al contexto de la imaginación, *mal* desapego a los principios que también alecciona sobre el baile de sombras que figura el *mal* de la incondicionalidad. El libro de las reglas, el libro ahogado de Próspero que no se puede recuperar, ante el pathos de la teoría y la voluntad de poder sobre los principios. La limitación es historia; espera e impaciencia.

XII.

Una teoría de los principios que, más que extensa y persiguiendo la completitud, se muestre elíptica, omisiva, cauta. Atenta a lo ruin, a aquello que puede arruinar -lo indigno-, precipitar hacia el hundimiento. Como las proposiciones y las reglas, los principios apelan e interpelan equilibrios, los postulados flexionan presupuestos y adicionan axiomas. Examinar la corrección, corregir el correccional, ¿pero cómo si hay dolor en cada inscripción, en cada movimiento de significado? El fuego de la dignidad reducido a cenizas, sequía de aquello que lo nutrió, vulnerabilidad de las víctimas, desatención del dolor, enmudecimiento de las humillaciones, mientras las fluctuaciones de valor del libro de los principios quedan a la deriva de los mercados: la estructura económica se encarga de valorar al libro, y lo que queda *como* principio cotiza en las bolsas. Pero no hay determinación ni linealidad en el libro de las reglas, obra de una mano anárquica, por momento desesperada, en otros cargada de coraje, muchas veces distante e indiferente, puntillosa.

Tras la recomposición del desgarrar de la "integridad humana", la empresa impulsa la "dignidad", el empresario imagina el cambio. La teoría, desde la heterotopía, en la heterodoxia, ejerce la extravagancia, el "vagar más allá de los límites", persiguiendo ballenas blancas, buscando triunfar sobre los monstruos bíblicos, invocando otro libro de las reglas, unas

escrituras sin dios. La escritura al infinito de los libros, en la infinitud de la obligación, en la infinitud de la libertad, y en tales alusiones trasuntivas, trasuntando se expanden fenómenos; pero al parecer no van más allá de la ilusión. ¿Cómo se activa el sentido de lo sentido en las páginas de los libros, en las aulas universitarias, en los debates parlamentarios, en las audiencias y fallos de los tribunales?

XIII.

Aun para con esa en apariencia otra de la sociedad, la naturaleza, el libro demanda dignidad. En la experiencia de la soledad, al experimentar el abandono, el aislamiento, la reclusión, en la casi nada, en la pequeñez limítrofe al vacío, en el trabajar: taladra lo digno. El agnosticismo es digno. Es digno aun no creer en lo digno, en el libro de los derechos, en el relato de los principios, en la ficción de la novela en cadena, en la ilusión del archivo viviente en el presente de una cultura de la memoria que recita que en el principio fue la violencia. El ensayo que no cree en nada porta una rara, orgullosa dignidad. ¿Pero cómo escribir el principio del libro de las reglas con dignidad, si el principio apenas parece digno, y suele ser lo que queda tras oponerse a la indignidad impuesta? En reversa, el libro de los indignados ensaya el principio. Pero ese ensayo negativo no porta una linterna mágica.

XIV.

Un principio podría rechazar todo escribir principios en vano. (Con frecuencia, es en vano. Pero se espera que no lo sea. Se espera.) Después de Auschwitz, escribir principios es una costumbre. Se hace después de Auschwitz, como suponiendo que la enunciación de una profecía lleva a su cumplimiento. Esta inoperancia del lenguaje performativo, un efecto anti-Edipo, poetiza la esterilidad de los principios. Y escribir principios después de Auschwitz devino deber, don, obligación incondicional. La industria del holocausto (o de la desaparición) muestra un deslizamiento: la impostura, la banali-

zación, la instrumentalización de los principios. ¿Cómo recuperar el principio después de la desaparición? ¿Como si nada hubiera pasado, en la ficción de la indiferencia? ¿Cómo persiste la desaparición? Enrique Marí, en “La construcción social e histórica de la memoria y el olvido” (en *Contra la impunidad. Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos, Plataforma Argentina contra la Impunidad, Barcelona (ed.), Barcelona, Icaria, 1998*), al formular una crítica a la violencia, al demandar la crítica de las violencias, condensa en un cuadro el presente de una sociedad que se esfuma:

... como si el país se hubiera convertido en una gran mesa de espiritistas.

Las funciones estatales y el principio de división de Poderes

*(Su resignificación en el Estado social y
constitucional de Derecho¹)*

Gustavo E. Silva Tamayo

I. Principales formulaciones teóricas acerca de las funciones estatales y del principio de división de poderes.

Como es bien sabido, la doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del Estado para realizar sus fines, las que se han delineado como resultado del esbozo de un principio lógico-racional, no exento de connotaciones políticas, provisto por el constitucionalismo de cuño liberal. Esas funciones clásicas -administrativa, legislativa, judicial-, se

1 La muy difundida expresión “Estado Social y Democrático de Derecho” presupone, según Luigi FERRAJOLI, la existencia de una constitución democrática, es decir, aquella que tiene como normas de reconocimiento la representación política y la división de poderes, la autonomía de la voluntad, la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales (*Principia Iuris*, Trotta, Madrid, 1ª edición, 2011, traducción de Juan Carlos Bayón Mohino, t I. p. 844). Como no toda constitución es democrática, entendemos que la denominación correcta o suficiente de la estatalidad sobre la que centraremos este trabajo sería la de “Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho” y sólo por una convención de lenguaje nos limitaremos a designar a esa realidad como “Estado Social y Constitucional de Derecho”, dando por entendido que quedan fuera de ese modelo los Estados que carecen de constitución democrática.

han asignado, correlativamente, a tres órganos que ejercen partes del poder estatal, que es único².

Cabe resaltar que, si desde un miraje sistémico, nos retrotrájeramos a examinar cómo se encontraban organizados los Estados antiguos, podría encontrarse en todos ellos una asimilación de la función administrativa con la actividad estatal *total* destinada a alcanzar sus fines. De ese tronco común, entonces, se fueron desprendiendo la actividad legislativa y la judicial.

Así, la formulación de MONTESQUIEU, si bien no entrañó una construcción enteramente original (pues reconocía, a ese entonces, otros antecedentes doctrinarios, como las enunciaciones de ARISTÓTELES y de LOCKE) tuvo la virtud de distinguir no sólo entre los sujetos y órganos estatales, sino también la de acollarar, a cada uno de éstos, una función determinada.

Esta concordancia subjetiva-objetiva no existía en sus referidos predecesores pues en las doctrinas de éstos no mediaban reparos para que las mismas personas ejercieran varias funciones, o todas, al mismo tiempo.

ARISTÓTELES, en efecto, expuso que no era justo dejar el poder en manos de una sola persona y que, en todo gobierno, había tres partes a las que debía consultar el buen legislador. Especificó, asimismo, que, si se encontraban bien constituidas, el gobierno era “bueno” y que las diferencias que existían entre esas partes determinaban la diversidad de esos gobiernos. Una de ellas era la encargada de deliberar sobre los negocios públicos; otra la que ejercía las magistraturas y otra la que administraba la justicia. A la parte que delibera, le reservaba la atribución de declarar la guerra, acordar la paz y forjar y convenir alianzas; a la parte a la que le correspondía hacer las leyes, también le encomendaba controlar las cuentas del Estado y dictar las sentencias de muerte, destierro

2 Se ha dicho que la división de poderes tiene por finalidad suprema y última el amparo de la libertad humana, apareciendo el principio como el más eficaz instrumento para asegurarla en la dinámica de las instituciones políticas (Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Alfa, Buenos Aires, 1956, t. VI, p. 65).

y confiscación de bienes³.

También se han citado como precursores a POLIBIO (para quien el gobierno de la república romana estaba refundido en tres cuerpos, tan balanceados y distribuidos que nadie podría decir con certeza si el gobierno era aristocrático, democrático o monárquico); a CICERÓN (“*si en una sociedad no se reparten equitativamente los derechos, los cargos y obligaciones, de tal manera que los magistrados tengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido*”) y a CROMWELL (“*la autoridad suprema legislativa de la república...debe ser y residir en una persona y en el pueblo reunido en parlamento. El ejercicio de la magistratura principal y la administración del gobierno...será el lord protector*”)⁴.

Pero es sin duda en el pensamiento de LOCKE donde puede encontrarse un vínculo más estrecho con la teoría de MONTESQUIEU. Para el autor inglés la monarquía absoluta era incompatible con la sociedad civil, cuyo fin es remediar los inconvenientes del estado de naturaleza que se siguen cuando cada hombre es juez en su propio caso.

LOCKE distinguió entre el poder legislativo y el ejecutivo. Respecto al primero señaló que era el sumo poder de la comunidad política que permanecía sagrado e inalterable en manos de quien ésta pone, pero advirtió que no podía ser arbitrario sobre la vida y las fortunas de los individuos. Agregó que, en las repúblicas bien ordenadas, donde el bien del conjunto es considerado como se debe, el legislativo se halla en manos de diversas personas, las cuales, una vez reunidas, gozan del poder de hacer las leyes, a las que, una vez hechas, deben sujetarse. Esa sujeción las induce a cuidar de hacerlas por el bien público. Pero como las leyes tienen fuerza constante y duradera y requieren de su perpetua ejecución, es menester que exista un poder ininterrumpido que se atiene a su ejecución y esté en fuerza permanente. Por ello “...*acaee que*

3 ARISTÓTELES, *La Política*, incluida en *Obras Completas*, Distal Buenos Aires, 2003, especialmente Libro Sexto, Capítulos XI, XII y XIII, ps. 169-178

4 Citados por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...cit.*, T. VI, ps. 69-70.

aparezcan a menudo separados el poder legislativo y el ejecutivo"⁵.

No obstante, para JELLINEK, no hubo ni en la formulación aristotélica, ni en la lockiana, una verdadera separación de poderes pues, en sus palabras: "Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el senado, en el gobierno y en el tribunal y, según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado"⁶.

Pero, como dijimos más arriba, es en MONTESQUIEU donde se puede encontrar un desarrollo del principio que se aproxima más al que conocemos en nuestros días pues, en su obra más destacada, expone que existen tres clases de poderes estatales: el legislativo, el ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. El primero permite al príncipe o jefe de Estado hacer leyes transitorias o definitivas o derogar las existentes; el segundo hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad jurídica y previene las invasiones; el tercero castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Este último se denomina poder judicial y, el otro, poder ejecutivo del Estado⁷. Es también destacable que el autor francés opine que, en una sociedad que tiene leyes (un Estado en su concepción), la libertad no pueda consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a lo que no debe querer. También que la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan y que todo hombre investido de autoridad abusa de ella, por lo que debe estar sujeto a límites. Una Constitución puede ser tal que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente, ni a no hacer lo que

5 LOCKE, John, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Losada, Buenos Aires, 2002, traducción del inglés de Cristina Piña, especialmente Capítulos XI y XII, ps. 95-106.

6 JELLINEK, Georg, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1º edición en español, 2000, traducción de Fernando de los Ríos, p. 535.

7 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, Oxford University Press, México, 1999, traducción española, en especial: Libro XI, "De las leyes relativas que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución", ps. 106-128.

expresamente no prohíbe⁸.

De este modo, la doctrina de MONTESQUIEU se constituyó en un punto de quiebre que resultó a la postre la piedra basal en la que se asentó la Revolución Francesa y tuvo un influjo decisivo en el desarrollo del constitucionalismo liberal moderno y del Derecho Administrativo a tal grado que, tradicionalmente, se acostumbra a fijar el "nacimiento" de este último a partir de dicho acontecimiento histórico trascendental en la historia de la humanidad⁹.

Se ha dicho que el éxito de la teoría de MONTESQUIEU se circunscribió más a los aspectos políticos que a la sistematización de la actividad orgánica, poniéndose un acento exagerado en la división de poderes y pretendiéndose, de allí, extraer de rondón que a cada poder le correspondía una función, confiriéndoseles autonomía e independencia¹⁰.

Maguer lo expuesto, la concreción de la teoría -y de allí su valor-, se plasmó mediante la consagración de una separación de funciones relacionadas, a su vez, con una separación de órganos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, conformantes de manifestaciones de ese único poder estatal¹¹.

8 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, ob. y loc. cit.

9 En realidad, este esquema resulta válido para describir la función administrativa de acuerdo con la impronta que le impuso la Revolución Francesa y que, en lo esencial, es el modelo que ha influido en los Estados occidentales. Discrepamos, no obstante, en la divulgada idea de presuponer su nacimiento a partir de ese fenómeno político, negando su preexistencia en otros sistemas estatales precedentes. Sobre la evolución sistémica de la noción de función administrativa y de su regulación por el Derecho Administrativo nos hemos ocupado en nuestro trabajo *La voluntad en los actos administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2013, ps. 34-65, al que nos remitimos.

10 Cfr. FIORINI, Bartolomé, *Teoría de la justicia administrativa*, Alfa, Buenos Aires, 1944, p. 40 y ss.

11 Como certeramente se ha expresado, y en vista a la asunción de cometidos que encaró el Estado Social de Derecho, en ese reparto, el órgano ejecutivo se benefició con el fragmento mayor: al disponer no sólo directamente

Aunque, de todos modos, el modelo adquirió un sesgo distinto en el derecho norteamericano, francés y alemán, que no nos detendremos en pormenorizar¹², en definitiva, todos los sistemas inspirados en el mismo confluyeron inicialmente en asegurar dos aspectos centrales del ideario liberal: fijar límites al ejercicio de los poderes estatales y asegurar la libertad de los ciudadanos.

El principio estuvo también presente desde los albores mismos del nacimiento de nuestro país, en las Actas Capitulares del Cabildo de Buenos Aires de los días 24 y 25 de mayo de 1810, en el Reglamento del 22 de octubre de 1811 dictado por la Junta Conservadora¹³ y en la obra de ALBERDI, quien, con toda elocuencia, escribió: “...para que los procuradores o mandatarios no abusen del ejercicio de la soberanía delegada en sus manos, el pueblo reparte en diferentes mandatarios los varios modos con que puede ser ejercida su soberanía. Para ejercer la soberanía en la sanción de las leyes, entrega ese poder al cuerpo legislativo. Para ejercerla en la interpretación y aplicación de las leyes a los casos contenciosos ocurrentes, deposita esa función en manos del poder judicial. Para que las leyes se cumplan en los casos no contenciosos y se lleven a ejecución las decisiones de los jueces, el

de la fuerza pública, sino también de todas las atribuciones inherentes al intervencionismo económico y social, como ser, la planificación, los servicios públicos, la actividad de fomento y el incremento de su poder de policía, por contrapartida de lo que aconteció con los otros dos órganos que permanecieron con sus atribuciones sin mutar (GAUNA, Juan O., “La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La Teoría de la separación de poder”, LL, 1979-C, ps. 922 y ss.).

12 Una completa enunciación de las características y evolución de dichos modelos puede consultarse en CORVALÁN, Juan G., *Estado constitucional y división de poderes*, Astrea, 2° edición, ps. 19-97. Una descripción de la regulación constitucional de la división de poderes puede encontrarse en GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del Principio de División de Poderes en las Constituciones Parlamentarias*, Dickynson, Madrid, 1° edición, 2004, ps. 24-53. Para un exhaustivo estudio del sistema norteamericano ver: BIANCHI, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2013.

13 Cfr. ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1° edición, T. II, p. 21

pueblo entrega esa parte especial de su soberanía al poder ejecutivo...”¹⁴.

II. Las funciones estatales. Distintas teorías.

Sin perjuicio de lo que expondremos en los puntos siguientes, debemos recordar que, comúnmente, se admite que las funciones del Estado pueden apreciarse desde una perspectiva orgánica o subjetiva o desde una perspectiva material o sustancial. Obviamente ninguna de las dos resulta suficiente para trazar una línea divisoria de inobjetable nitidez, ni tampoco ello es lo aconsejable bajo una mirada sistémica que actualice el sentido de la noción de separación de poderes y división de funciones.

Desde el punto de vista llamado subjetivo u orgánico (a veces también denominado formal), puede hacerse la distinción según que el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional, administrativo o legislativo, para así determinar si nos encontramos ante una función de tal o cual tipo. Pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, resulta ser erróneo, por cuanto en los órganos legislativos y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas.

Bajo el enfoque designado como sustancial o material, es decir, ateniéndonos a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (es decir, los que crean normas o reglas de derecho); actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes determinando el derecho aplicable; y actos propios de la función administrativa aquéllos que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal y de cumplimiento de sus fines.

Pero es obvio que no cabe estarse a este criterio en forma literal pues ello implicaría afirmar que los tres órganos realizan las tres

14 ALBERDI, Juan B., *Derecho público provincial argentino, Obras Selectas*, T. XI, Cap. IV, p. 83, cit. por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado...cit.*, t. VI, p. 82.

funciones y que no existiría, en suma, división de las mismas ni sistema de frenos y contrapesos alguno, lo cual resultaría absurdo. En realidad, sea que se tome el criterio del ámbito nuclear o el del ámbito esencial, lo cierto es que cada órgano ejerce materialmente, en forma *preponderante*, la función asignada, sin perjuicio de que, también realice actividades que, sustancialmente, puedan resultar homólogas a las realizadas por los otros dos.

En la formulación tradicional, efectivamente, se sostiene que la progresiva ampliación de competencias operada en el poder administrador, a partir de la época napoleónica, al desbordar el concepto de la función administrativa como mera sostenedora de la ley, produjo un abandono de la concepción subjetiva para caracterizarla. En efecto, suele atribuirse a esa extensión incesante del ámbito competencial del Estado que se tornase estrecha la noción de Administración Pública como complejo de órganos y sujetos que actúan en la órbita del Poder Ejecutivo¹⁵. De allí parece inferirse que resultó estimable recurrir a un sentido técnico que, al considerar a la función administrativa como “actividad”, permitiera no sólo diferenciarla claramente de las funciones legislativa y judicial¹⁶, sino también caracterizar al acto administrativo, sometido a un régimen de Derecho Público, exorbitante del Derecho Privado, como su expresión más acabada¹⁷.

Asimismo, desde este prisma se expone que ya no habría basta-

15 Cfr. GARCÍA TREVIJANO-FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, t. I, p. 50. Cabe acotar que en el derecho español la personalidad jurídica del Estado se verifica sólo en la Administración Pública que se separa y distingue del resto de sus actividades.

16 Cfr. CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, La ley, Buenos Aires, 10ª edición, 2011, t. I, p. 34.

17 En verdad, el proceso revolucionario francés implicó el traspaso del poder soberano monárquico a la Administración que, entre otras prerrogativas, actuó amparada bajo la presunción de legalidad y ejecutoriedad de sus actos, reproduciendo la *praesumptio per se* que, en el derecho regio, caracterizaba a las decisiones del príncipe (Ver: VILLAR PALASÍ, José L., *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2001, 1º edición, ps. 18 y 27).

do con la remisión a la imprecisa y vaga fórmula que entendía a la Administración Pública como la actividad del Estado tendiente a la realización de sus objetivos¹⁸. Por el contrario, se habría tornado insoslayable una consideración en sentido material que tomara en cuenta sus notas tipificantes distintivas de las otras actividades estatales, es decir: su inmediatez, su practicidad, su concreción, su espontaneidad y su télesis que no debiera ser otra que la de lograr la satisfacción de los intereses generales¹⁹.

En esta composición sustancial, la función administrativa, si bien no resulta patrimonio exclusivo del órgano ejecutivo, y aparece también ejercida por el legislativo y el judicial, es al primero de ellos al que *-prevalecientemente-*, se pone a cargo su ejercicio. De allí que, en una primera aproximación, nos parece acertada la descripción de la función administrativa como toda aquella que desarrollan: el órgano ejecutivo y la que despliegan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidas sus propias funciones²⁰. Pero esta idea por sí sola la estimamos insuficiente y pensamos que debe complementarse. En efecto, la función administrativa es, en definitiva, una actividad estatal, al igual que la legislación y la jurisdicción, por lo que, para distinguirla de estas últimas, no basta con restarla de la actividad total del Estado y limitarse a señalar que es la que tiene por objeto el cumplimiento de sus fines.

Se ha señalado que todos los órganos del Estado exteriorizan su voluntad, aunque de distinta manera: permanente en el caso de la función administrativa y accidental en los casos de las funciones legislativa y judicial. Esta exacta aserción debe precisarse, en nuestro orden constitucional, aclarándose que el órgano ejecutivo también tiene a su cargo la función de gobierno y que las funcio-

18 Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1969, traduit de l'allemand par Michelle Fromont, p. 37.

19 En análogo sentido: CASSAGNE, Juan C., ob. cit., p. 35, a partir de las notas definitivas propuestas por MARIENHOFF, GARCÍA TREVIJANO-FOS, VILLEGAS BASAVILBASO y RIVERO.

20 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires (varias ediciones), t. I, ps. X-1 y 2.

nes administrativas de los órganos legislativo y judicial se ejercen, primordialmente, “hacia adentro”.

Asimismo, para este esquema tradicional mientras la actividad legislativa crea la norma, la jurisdiccional la realiza en caso de contienda y la administrativa la ejecuta, pero dentro de los límites que le marca el ordenamiento jurídico vigente²¹. Esta apreciación resulta inexacta pues, en rigor, el proceso creativo-aplicativo de la norma es dinámico y, salvo en los extremos del ordenamiento jurídico, todo acto de creación del derecho es también aplicación del mismo y a la inversa²².

Otro criterio, que se relaciona con lo expuesto, es el denominado *mixto* que combina el elemento subjetivo u orgánico con los elementos materiales o sustanciales. Así, al Poder Ejecutivo, con más sus órganos y entes que lo secundan, además de la función administrativa sustantiva, le corresponden otras actividades, por ejemplo, la facultad reglamentaria, que es un acto de naturaleza legislativa; o la resolución de controversias en materias confiadas a órganos con especialidad técnica expresamente asignada, que son actos materialmente jurisdiccionales. El Poder Judicial, además de ejercer la función jurisdiccional y la administrativa, *ad intra*, realiza otros actos de esencia legal como el dictado de fallos plenarios por parte de las Cámaras, de aplicación obligatoria para las salas y tribunales inferiores. Y el Poder Legislativo, a más de asumir la función de emitir normas generales y abstractas, realiza actos de sustancia jurisdiccional (v.g., juicio político) o adminis-

21 De acuerdo: DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Bs As, 1961, p. 11 y ss. Para este autor la función administrativa se realiza únicamente en los casos en los que la ley o la Constitución lo han querido, por lo que los órganos administrativos están siempre ligados al ordenamiento jurídico.

22 LINARES, Juan F., *Poder discrecional administrativo. Arbitrio administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1958, ps 15-16. En opinión de este doctrinario, median a la par, y en dosis diversas, autonomía y heteronomía; se aplica la norma superior “...pero como nunca ella suministra todos los elementos del acto o norma de aplicación, resulta que ésta es siempre y en cierto grado un acto creado o el ejercicio de libertad o arbitrio –vale decir de la conducta o libertad lícita del órgano- que deja la norma superior ejecutada”.

trativa (v.g., nombramiento de su personal).

A lo dicho cabe agregar que la función administrativa posee ciertas características diferenciales que permiten advertir su tránsito no sólo por los más diversos organismos estatales, sino también a través de los entes públicos no estatales o, todavía, en ciertas ocasiones, su desplazamiento a favor de particulares²³.

III. Sentido actual del principio de división de poderes desde una perspectiva sistémica²⁴.

Se ha llamado la atención sobre la crisis del principio, partiendo de la desaparición de las divisiones sociales (nobleza, burguesía) que dieron causa a su nacimiento, y de la observación empírica de que las funciones estatales, objetivamente definidas, acabaron por no coincidir con las competencias concretas atribuidas por las constituciones a los complejos orgánicos²⁵. Además, se ha señalado que el principio es de recibo aún en las constituciones de Posguerra, pero alejado de la realidad en tanto es corriente la adopción de sistemas parlamentarios en los cuales el poder ejecutivo y el legislativo no se encuentran separados ni personal ni

23 Debemos aquí destacar que, para CASSESE, en el Derecho Administrativo, existe una contraposición entre el término “función” (entendido como actividad necesaria para el funcionamiento de una colectividad y regido por el Derecho Público, v.g.: el orden público) y el término “servicio” que, en sentido subjetivo, indicaría todas aquellas actividades que también, sin ser función, pueden ser llevadas a cabo tanto por la Administración como por los particulares (v.g.: transportes) y que, en sentido objetivo, aludiría a todas aquellas actividades que, también sin ser función, son consideradas de interés público (Cfr. CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1994, traducción de Luis Ortega, p. 104).

24 La teoría de los sistemas, originariamente formulada en el campo de la Biología, parte de la premisa básica de la existencia de ciertos sistemas o subsistemas con funciones específicas, pero nítidamente interrelacionados entre sí, interdependientes e interactuantes, cuya finalidad es la de obtener objetivos determinados dentro de un plan, lo que implica la inexistencia de una ruptura entre cada uno de ellos con el resto (v. SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La voluntad...* ob. cit., ps. 29-36).

25 GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado...* cit., en especial, ps. 295-339.

funcionalmente²⁶.

Sin embargo, con ser exacto lo apuntado, consideramos que más que de “crisis” debe hablarse de una necesidad de resignificación o reactualización del principio, como esa misma doctrina, por otra parte, reconoce²⁷.

Así, la noción clásica se formuló de un modo pétreo y estático, que ya no resulta acorde a las necesidades de una sociedad que se ha tornado más compleja, producto de su constante y acelerada evolución, operada a lo largo del siglo XIX y hasta el presente²⁸.

Una visión sistémica, debe, en cambio, concebir la noción en forma abierta y dinámica²⁹, tomando en cuenta el complejo haz de conexiones entre las distintas funciones, que deben pasar a considerarse en forma interdependiente e interrelacionada, superando la compartimentación propia de la elaboración primigenia. Por otra parte, entre los distintos órganos (poderes) se generan no sólo

26 Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2° edición, 1976, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, p. 55. Este autor llama la atención respecto a que, en realidad, lo que se denomina como “separación de poderes” no es otra cosa que la distribución de determinadas funciones a distintos órganos estatales.

27 Y ello más allá de considerar que hoy en día la noción se ha expandido al enfocársela como una división de responsabilidades y de la realización de tareas, aplicable a empresas o a instituciones internacionales y supranacionales (Ver: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, “La división de poderes como principio de ordenamiento”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, Anuario 2007, t. I, ps. 211-225).

28 Charles EINSENMANN ha interpretado que la teoría de MONTESQUIEU no pretendió prohibir que un mismo órgano reuniese funciones de más de un tipo o clase, es decir, la inexistencia de actividades comunes a los otros poderes; antes bien, la preocupación fue la de impedir la acumulación personal de dos o más funciones en su totalidad (Ver: “L’ Esprit des lois et la séparation de pouvoirs”, en *Mélanges Carré de Malberg* (Obra Colectiva), Recueil Sirey, Paris, 1933, ps. 175-178).

29 CORVALÁN ha expresado este fenómeno de un modo muy gráfico. Para este autor la reconfiguración de la división de poderes “...debe leerse en clave cuántica...sobre la base de las nociones de flexibilidad, complementariedad, equilibrio dinámico, interrelación, interdependencia y correlación” (CORVALÁN, Juan, *Estado constitucional...cit.* ps. 180-191).

relaciones de control, como en el modelo tradicional, sino también de colaboración y coordinación, lo que comporta un modo distinto de entender el equilibrio de poderes. Como sostiene BALBÍN: “...es posible decir que el principio básico no es el de división de poderes, en los términos en los que fue interpretado originariamente y en un plano teórico ni tampoco el de separación de funciones porque en verdad existen tres poderes diferenciados con funciones evidentemente entremezcladas”³⁰.

Se trata, según GÁMEZ MEJÍAS, de una distribución del poder más que de una división, un reparto de su ejercicio que lleva a la fragmentación de las funciones estatales, según el tipo de actividad. Con todo, el autor español señala que debe evitarse que las funciones asignadas a cada órgano se tornen fungibles, difuminándose la distinción y para ello se han elaborado, esencialmente dos doctrinas, que, a nuestro entender, guardan estrechos puntos de contacto: a) la que distingue un ámbito nuclear³¹, o esencial, asignado por la Constitución a un órgano, que no puede ser invadido por otro órgano y ámbitos periféricos en los cuales la invasión es posible; y b) la que asigna un ámbito de actuación mínimo a cada órgano del Estado, lo que se cristaliza sea fijando tareas que los órganos no pueden dejar de ejercer o estableciendo procedimientos de actuación³².

30 BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2° edición, 2015, t. I, ps. 74-75.

31 Resulta ilustrativa, en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 17-07-1996 (Vol. 95, 1, 15 ss.) en el caso relacionado con la construcción del ferrocarril entre Berlín y Hannover, causa en la que se planteó si correspondía al legislador o al administrador la determinación del plan. Allí el Tribunal sostuvo que la Ley Fundamental no exigía una separación radical y pura, sino más bien un control mutuo de los poderes, debiendo guardar el balance entre sí mismos. También señaló que el ningún poder debía ser privado de los fines que le fueran atribuidos por la Constitución y que el núcleo de los tres poderes resultaba inalterable para que ellos no perdieran sus funciones típicas atribuidas por la Constitución. La planificación pública, indicó, es un proceso complejo de recuperación, selección y procesamiento de informaciones, de definición de un objetivo y de selección de los medios a implementar que no compete exclusivamente ni al legislador ni al administrador.

32 GAMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado...cit.*, ps. 301-328. Por su parte, BALBÍN entiende que los diversos procedimientos sirven a su vez de cauce

No obstante, ambos criterios sólo pueden actuar como pautas orientativas y de ninguna manera como parámetros rígidos para establecer el deslinde de los marcos de actuación de cada órgano, por lo que la presencia de zonas grises, o de penumbra, resultará hartamente frecuente.

La realidad evidencia que las relaciones y conexiones –diríamos la interdependencia e interrelación–, entre los poderes estatales son muy estrechas desde una mirada sistémica, que es la que mejor puede enfocar la problemática del Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, es evidente que lo que originariamente podía calificarse de avance o desborde de un poder sobre el otro, hoy se asume como una relación de colaboración³³ y, por eso es que actualmente se admite, que el Poder Judicial deba controlar toda la actividad del Poder Ejecutivo, aun aquella tradicionalmente exenta de revisión (vg. la revisión judicial de los actos de gobierno e institucionales).

En esta línea de reactualización del clásico enfoque de MONTESQUIEU puede inscribirse la actuación del Poder Judicial en el diseño de políticas públicas, a la luz de los precedentes que exhibe la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina.

formal de actuación de cada órgano estatal y nota distintiva de cada una de las funciones estatales (Cfr. *Tratado...cit.*, t. I, ps. 241-244)

33 La CSJN ha efectuado alusión al principio de colaboración interpodere en función del cual “...aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que la haga en el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales” (Fallos, 327: 46, Considerando 12 y 319: 2641). Este criterio ha sido recientemente reiterado por el Máximo Tribunal en la causa “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidente del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza”, del 24-04-2020, en estos términos: “El principio de colaboración entre los poderes del Estado que se invoca frente a la inédita situación planteada por la proyección de la pandemia en la vida institucional del país, justifica que esta Corte -sin invadir competencias ajenas y sin prejuzgar a futuro- formule algunas consideraciones adicionales, recordando cuáles han sido sus criterios jurisprudenciales” (Del voto concurrente del Ministro Rosatti, Punto III).

Así, en el caso “Verbitsky” (2005)³⁴ en relación con la política carcelaria en la Provincia de Buenos Aires, el Tribunal Supremo ordenó a la Corte provincial que cesara la detención en las comisarías, de menores y enfermos y todo trato cruel inhumano o degradante respecto a los detenidos. Además, encomendó al Poder Ejecutivo provincial que elaborara un informe sobre la situación de los detenidos en la provincia. La Corte aclaró, sin embargo, que no le competía evaluar la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la Provincia, ni su política penitenciaria, sino evitar las consecuencias que claramente ponían en peligro o lesionaban bienes jurídicos tutelados por la Constitución Nacional.

En “Mendoza” (2006)³⁵ exigió al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y al Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) la presentación de un plan integral de saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo, el control sobre actividades antrópicas y un programa de educación ambiental y de información ambiental pública.

En “Badaro” (2006)³⁶ declaró que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor lo privaba de un derecho reconocido por la Constitución Nacional, por lo que comunicó al Poder Ejecutivo y al Congreso el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptasen las medidas pertinentes.

De la reseña no exhaustiva efectuada es posible, sin embargo, extraer que la regla para el Máximo Tribunal de nuestro país sería ésta: el juez debe respetar el campo discrecional de los poderes políticos, pero puede y debe establecer los lineamientos básicos de las políticas públicas cuando ellas resultan lesivas de derechos³⁷.

En suma, el principio de división de poderes subsiste, aunque

34 Fallos, 328: 1146.

35 Fallos, 329: 2316.

36 Fallos, 329: 3089.

37 Cfr. BALBÍN, Carlos F., *Tratado...*, t. I, ps. 9-18.

adaptado a la evolución sistémica del Derecho Público: cada poder posee un núcleo competencial constitucionalmente asignado y un círculo de competencias *periféricas*. Estas últimas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria, mientras que las primeras sólo pueden ejercerse con carácter excepcional y temporal (v.g. Decretos de Necesidad y Urgencia en nuestra Constitución Nacional)³⁸.

IV. Otras consideraciones que llevan a resignificar el principio de división de poderes

IV.1.

La adición acumulativa de derechos. Su impacto sobre el principio de división de poderes y su incidencia presupuestaria

Además de la concepción sistémica apuntada y, en todo caso, de manera íntimamente relacionada con ella, debemos precisar que la formulación y concreción originarias del principio de separación de poderes y división de funciones, tuvieron como finalidad la preservación de los derechos que afectaban la esfera individual (igualdad, libertad). Por lo tanto, se configuraban como un ámbito irreductible a favor de los individuos y, por ende, representaban una garantía negativa limitante de la actuación de los poderes públicos, acorde con el modelo de Estado de Derecho Liberal.

Sin embargo, en la evolución operada como producto de las demandas cada vez más insatisfechas del cuerpo social, se abrió paso la conformación del Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar el que, al reconocer estos derechos sociales, se autogeneró consecuentes deberes de prestación. Más tarde, el neoconstitucionalismo supuso la consagración en los textos fundamentales de los derechos básicos de las personas, delinéanose así, el Estado Social y Constitucional de Derecho, que engloba todos estos de-

rechos y les brinda un cauce protectorio y concretizador³⁹, que lo alejan del modelo abstencionista liberal. El Estado, entonces “...ya no es destinatario de una pretensión de no intervención, como en los derechos de libertad, sino destinatario de una pretensión de realización”⁴⁰.

Teniendo en cuenta que hoy se habla de derechos de tercera y cuarta generación, parece innegable que la evolución de los derechos no puede entenderse, sino como la suma de sus distintas categorías, “...una adición acumulativa de derechos que no se excluyen ni se eliminan entre sí, ni tampoco se restan”⁴¹.

Este panorama de amplificación de los derechos sociales y fundamentales lleva derechamente a dos cuestiones: su impacto sobre el esquema de división de poderes y su incidencia presupuestaria.

39 Se habla de un modelo “dualista” de concepción de los derechos el que, según Luis PRIETO SANCHÍS, tiene por un lado un carácter finalista, al traducir normativamente los valores de dignidad, libertad e igualdad y, por el otro, funcional, legitimador del poder (Ver: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 20). Para Rafael de ASÍS, el modelo dualista toma en cuenta una perspectiva ética y una perspectiva jurídica de los derechos (Vid. *Sobre el concepto y fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001 ps. 13-14)

40 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1º edición, 1993, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, p. 75. Ello ha llevado a opinar que el paso al Estado Social y Democrático de Derecho supone un “Estado Administrativo”, es decir, esencialmente prestador porque debe ejecutar materialmente muchas acciones que permitan a los ciudadanos un estándar mínimo que asegure su dignidad y realización de su proyecto de vida o “procura existencial” (ver: ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, ps. 34-40).

41 JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 1º edición, 2016, p. 189. En este marco institucional, signado por el Estado Social y Democrático de Derechos, observa BALBÍN, debe abandonarse el paradigma *poder versus derechos*, propio del Estado Gendarme, para pasar al de *derechos versus derechos*, en el que al Estado le toca intervenir para asegurar una justa distribución de los mismos (Ver: *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Astrea, Buenos Aires, 1º edición, 2020, ps. 36-41).

38 Cfr. BALBÍN, Carlos F., ob. cit., t. I, ps.80-81.

En cuanto al primer asunto, el planteamiento supondría la dificultad de incardinar los derechos sociales y fundamentales en las constituciones que receptan la noción “clásica” de Estado de Derecho, con una clara separación entre órganos y funciones la que, en la práctica, impediría su tutela judicial. Según BÖCKENFÖRDE la única opción superadora de esta dificultad es la de dar a estos derechos un cariz de mandato constitucional para, de este modo, condicionar la actuación de los tres órganos estatales e impedir, en el caso de los órganos políticos, su supresión total o su desatención manifiesta⁴². De esta manera, estimamos, se configura aquello que la doctrina española denomina “legalidad-encargo”, es decir, la exigibilidad a los Estados de que su obrar sea económico, eficiente y eficaz, lo que comporta también un modo de respetar el principio de juridicidad⁴³.

Con respecto al segundo tema, la “adición acumulativa de derechos” experimentada desde la Segunda Posguerra hasta el presente, para no quedar en un plano declamatorio y pasar a su efectiva realización, reclama su respectivo financiamiento con su incidencia presupuestaria. De allí que exista una relación directamente proporcional entre el desarrollo económico y las posibilidades materiales del Estado Social. En tal sentido, recientes estudios desde el campo de la Economía advierten sobre las limitaciones que padecen –y padecerán–, numerosos Estados a lo largo del presente siglo ante las crisis económicas recurrentes, obligándolos a efectuar opciones de política pública sobre qué necesidades y en qué intensidad podrán satisfacerse, es decir, efectuar una priori-

42 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos...cit.*, ps. 80-81.

43 Cfr. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 1º edición, 1997, ps. 78 y ss. Para BALBÍN, la eficacia es un principio constitucional que se interrelaciona con el derecho de las personas a una buena administración y plantea si, acaso, la gobernanza no es el nuevo paradigma de las Administraciones Públicas (*Tratado...cit.*, t. I, p. 200). En sentido semejante nos hemos pronunciado en nuestro trabajo: “La eficacia administrativa ¿realidad o mito?”, en *Derecho Administrativo*, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, LexisNexis, Buenos Aires, N° 78, t. 2011, p. 909 y ss.

zación de los escasos bienes públicos⁴⁴.

IV.2.

Los organismos de colaboración o auxiliares del Poder Legislativo. Las instituciones “extrapoder”

La presencia de estas instituciones, entre las que se incluyen, por un lado, aquellas que se conocen en el derecho comparado como Auditorías, Contralorías o Tribunales de Cuentas⁴⁵, por el

44 Ver: PIKETTY, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, Paidós, Buenos Aires, 2018, p. 519. De todas maneras, se ha señalado, no sin razón, que la cuestión no es tan simple pues tanto los derechos civiles y políticos, como los económicos sociales y culturales, reclaman del Estado obligaciones negativas y positivas por lo que su realización siempre, aunque en distinta medida, supone la utilización de recursos públicos (Cfr. ABRAMOVICH, Víctor-COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2º edición, 2004, ps. 25-37).

45 En las Ciencias de la Administración se reconocen dos tipos puros de control externo: el continental y el anglosajón. El primero se caracteriza por la existencia de órganos colegiados de fiscalización externa, denominados Tribunales de Cuentas o Cortes de Cuentas, a los que se les atribuyen competencias de control de la gestión financiera pública. En ese modelo, que reconoce la herencia histórica francesa, confluyen, esencialmente, el ejercicio de labores de auditoría con la asunción de funciones jurisdiccionales a efectos de dar tratamiento a las responsabilidades patrimoniales y contables de los funcionarios públicos. Es, con algunas variantes, el esquema que impera en Francia, España, Alemania y otros países europeos y latinoamericanos. Es también la variante que, en el orden nacional, contemplaba la Ley de Contabilidad y que, actualmente, tiene vigencia en la mayoría de las provincias de nuestro país. El sistema anglosajón, básicamente, está conformado por órganos normativos que regulan, entre otros, los procedimientos de auditoría y no ejercen, por sí, funciones de fiscalización externa. Además, carecen de las atribuciones jurisdiccionales características del modelo francés por lo que las determinaciones de las responsabilidades de los funcionarios públicos quedan encomendadas a los jueces. Existen, por fin, formas híbridas como, entendemos, lo es la adoptada por la Ley N° 24.156, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, la que ha tomado el modelo canadiense, manteniendo como rasgo común con el sistema anglosajón la inexistencia de funciones jurisdiccionales, pero diferenciándose por haber confiado el control externo a la Auditoría General de la Nación.

otro, el Ombudsman, *Mediateur* o Defensor del Pueblo, produce una fractura en la división de poderes, por lo menos en su formulación clásica. Igualmente genera tal efecto, en nuestro país, el Ministerio Público luego de haber adquirido jerarquía constitucional en 1994.

Se trata de organismos que, por regla, gozan de reconocimiento constitucional, aunque algunas veces solo aparecen regulados legalmente, y que tienen a su cargo una tarea auxiliar a la labor parlamentaria. Pero, salvo en el caso de los Tribunales de Cuentas que están investidos de competencias materialmente jurisdiccionales -vg. a través de los juicios de responsabilidad y de cuentas-, carecen de *imperium*, concretando su función en la elaboración de informes y recomendaciones que son el fruto del seguimiento y control *ex post* de la actividad financiera de las Administraciones Públicas (Contralorías) o bien el seguimiento de la actividad de los poderes públicos en materia de preservación y respeto de los derechos reconocidos a los ciudadanos por la Constitución, las leyes y los Tratados, también plasmada en recomendaciones o informes (Ombudsman o Defensor del Pueblo).

En el caso argentino, tanto la regulación de la Auditoría General de la Nación (AGN), como la del Defensor del Pueblo, fueron primero legales (Leyes Nros. 24.156 y 24.284, respectivamente) y después constitucionales (artículos 85 y 120 de la CN).

En lo que atañe a la AGN, la reforma de 1994 le confirió estatus constitucional y, aunque la redacción del artículo 85 no es lo suficientemente clara, en nuestra opinión, no se la ha confinado a actuar como un organismo de asesoramiento legislativo -como el primer párrafo de la norma pareciera sugerir-, sino que, además, se encuentra habilitada para ejercer funciones de control propias, conclusión a la que arribamos de la lectura del cuarto párrafo de esa misma norma⁴⁶. Se trata de un ente que orbita en el ámbito del Poder Legislativo, gozando de autonomía funcional para el desempeño de sus funciones. A nuestro modo de ver, y como hemos señalado en otra oportunidad, la correcta exégesis sería la siguiente: el órgano legislativo no sólo es un poder en situación

de equilibrio, coordinación, colaboración y control mutuo con los restantes “poderes” del Estado, sino que es el órgano específico -con la asistencia de la AGN, la que también tiene competencia de control en forma directa-, del control externo de todo el sector público nacional⁴⁷.

En lo que respecta al Ombudsman o Defensor del Pueblo, se trata de una figura originaria del derecho sueco, surgida en el siglo XIX y receptada por varios países europeos y de otros continentes a lo largo del siglo XX, cuyo ámbito de actuación se ha definido como “...*monotemático: supervisión de la Administración Pública para analizar si cumple correctamente con el respeto a los derechos reconocidos a la ciudadanía. Su papel adquiere mayor protagonismo conforme las misiones del Estado son más amplias. El Estado social como ámbito público de prestaciones es un campo especialmente sensible para que arraigue esa institución*”⁴⁸.

El diseño de la institución en nuestra constitución reformada la ubicó en el ámbito del Congreso Nacional, con autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, y con la misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos y garantías, tuteladas en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración Pública. También tiene a su cargo el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas⁴⁹. Se ha calificado a su competencia como preventiva y reparadora⁵⁰. La primera manifestación la ejerce realizando investigaciones, emitiendo opiniones y críticas o tramitando denuncias.

47 Ampliar en SILVA TAMAYO, Gustavo E., “Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional” en CICERO, Nidia K., *Legislación Usual Comentada. Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1° edición, 2015, t. II, comentario a los artículos 116 a 129, ps. 460-487.

48 JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Los frenos...* ob. cit., p. 215.

49 Señala Humberto QUIROGA LAVIÉ que, a su iniciativa, se reemplazó la frase originaria “*funciones administrativas estatales*” por “*funciones administrativas públicas*” para así someter al control del Defensor del Pueblo a los servicios públicos privatizados (Cfr. *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallía Editor, Buenos Aires, 1996, p. 537).

50 GELLI, María A., *Constitución...* cit. p. 577.

46 En contra: GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, 1° edición, p. 573.

De este modo puede proponer el cambio normativo. La segunda se concreta en la legitimación activa que se le reconoce para actuar en sede administrativa y judicial; sobremanera se destaca la posibilidad de deducir acciones de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva (artículo 43, CN), sin perjuicio de la actuación del afectado.

Por último, la reforma de 1994 ha situado al Ministerio Público como órgano *extrapoder*, para limitar al Poder Ejecutivo y garantizar su imparcialidad, dotándolo de atribuciones que hacen a la defensa de la legalidad en toda clase de procesos judiciales, inclusive si se cuestiona la constitucionalidad de normas legales o reglamentarias. Además, asume la defensa de los intereses generales de la sociedad y de los pobres, ausentes e incapaces, mediante la actuación del Defensor General. Para lograr estos cometidos, el artículo 120 de la Constitución nacional, le reconoce autonomía funcional y autarquía financiera. Sus autoridades máximas: el Procurador General y el Defensor General, son nombrados por el Poder Legislativo a propuesta del Poder Ejecutivo.

V. Las facultades reservadas a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial

Si admitimos que cada órgano tiene asignadas por la Constitución ciertas competencias de manera exclusiva y excluyente, es posible pensar en una “zona de reserva” para cada uno de ellos, en la que ninguno de los otros dos estaría habilitado a inmiscuirse. Sin embargo, estimamos que la idea requiere de algunas precisiones.

BIDART CAMPOS entiende que la zona de reserva de cada poder “...*compone un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro poder; hay así: a) una zona de reserva de la ley (o del Congreso); b) una zona de reserva de la Administración (o del poder ejecutivo); y c) una zona de reserva del Poder Judicial*”⁵¹.

51 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...cit.*, t. II, p. 24, quien ejemplifica las zonas de reserva correspondientes a cada poder de esta manera: a) Reserva de la ley: se necesita ley del Congreso para crear delitos y penas, calificar de utilidad pública un bien para expropiarlo o reglamentar el ejercicio de derechos individuales; b) Reserva de la Administración: el Poder

Por su parte, tanto MARIENHOFF, como CASSAGNE, se pronuncian categóricamente sobre la existencia de una “zona de reserva” de la Administración. Para el primero, en dicha zona se ubica la atribución del Ejecutivo de dictar reglamentos autónomos o independientes, normas que el legislador no podría dejar sin efecto, así como el Ejecutivo no podría desconocer una ley sancionada por el Congreso. Existe, para este autor, una zona de reserva de la Administración del mismo modo que existen zonas de reserva de la ley y del juez y ello surge del principio constitucional de separación de poderes⁵². Según el segundo doctrinario, la separación de poderes no ha implicado erigir al legislativo en un poder con facultades sobre los otros dos, ni tal posibilidad se desprende del reconocimiento de poderes implícitos a su favor (art. 75, inc. 32, CN)⁵³.

Para DIEZ, si bien puede admitirse que tanto el órgano ejecutivo como el judicial tienen atribuciones conferidas exclusivamente por la Constitución, aun cuando deben ser ejercidas de conformidad con las leyes, resulta inaceptable concebir que la facultad de dictar reglamentos autónomos se sitúe en la zona de reserva de la Administración y que sean inderogables por ley: la sujeción del reglamento a la ley, entiende, implica también que esta última puede hacerlo cesar en su eficacia⁵⁴.

En nuestra opinión, y desde el enfoque con el que hemos presentado el significado actual del principio de separación de poderes y división de funciones, es exacto que la Constitución Nacional confiere competencias propias al Poder Ejecutivo en el marco

Ejecutivo nombra al personal dependiente, imputa funciones a órganos dependientes, etc.; y c) Reserva del Poder Judicial: el control de constitucionalidad, la decisión de controversias en causas judiciales donde se discutan derechos individuales, el control suficiente de las decisiones jurisdiccionales de la Administración.

52 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3ª edición, t. I, ps. 262-267

53 Cfr. CASSAGNE, Juan C., *Curso...cit.*, t. I, p. 51

54 DIEZ, Manuel M., *Tratado de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 2ª edición, 1976, t. I, ps. 107-110.

del artículo 99 y que, con respecto al Poder Judicial, de manera más genérica, le estaría reservada la atribución de resolver controversias con fuerza de verdad legal, pudiendo ejecutar sus decisiones firmes. También es cierto que nuestro Texto Fundamental asignó al órgano legislativo una serie de competencias expresas -esencialmente relacionadas con tributos, libertades públicas y económicas y derechos fundamentales-, en los artículos 3°, 4°, 14, 17, 18, 19, 28, 75, 85, 86, 99 inc. 6°, 100, 114 y 117, que constituirían su “zona de reserva”⁵⁵.

Pero, en torno al Poder Legislativo, por un lado, debe precisarse que el más arriba citado inciso 32 del artículo 75 de la Constitución Nacional le reconoce el poder de “...Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina” y, por lo tanto, puede legislar no tan sólo sobre materias expresas, sino también sobre las implícitas y aun residuales⁵⁶. Por el otro, el poder regulatorio del legislador es esencial y sustancial, mientras que el del Ejecutivo es sólo complementario y residual, y se plasma en el dictado de los reglamentos de ejecución, que contienen los aspectos de detalle necesarios para la ejecución de la ley.

En vista de esos caracteres de complementariedad y residualidad, puede concluirse que no se trata siempre de una atribución reservada al Ejecutivo, ni es necesario reconocerle, al menos en

todos los casos, una “zona de reserva” para su ejercicio⁵⁷. En efecto, en primer lugar, la regulación reglamentaria que pueda dictar el órgano ejecutivo dependerá, dentro del marco constitucional (art. 28, CN), de la mayor o menor densidad o sustantividad con la que el legislador haya ejercido su competencia, confirmando espacios de discrecionalidad⁵⁸ e indeterminación al administrador; y en segundo, y relacionado con lo antedicho, el legislador puede incursionar en este terreno sin reproche constitucional alguno. El principio de legalidad, además, supone la subordinación del Ejecutivo a la ley.

En suma, es admisible una “zona de reserva” en el terreno legislativo y, también puede aceptársela, en el judicial.

En cambio, el órgano ejecutivo posee un ámbito competencial regulatorio-reglamentario que está subordinado a la ley y al Derecho (juridicidad) y -salvo en los casos en los que la Constitución le ha reconocido una atribución expresa (artículo 99, inciso 3°)-, esas facultades pueden ser válidamente ejercidas por el legislador. Corresponde dispensarle, en cambio, un ámbito más modesto de poder regulatorio en aspectos que hacen al plano interno de la Administración (vg. Reglamentos de Organización, Poder Disciplinario); en este terreno debe reconocérsele, indiscutiblemente, la existencia de materias reservadas a su exclusivo tratamiento.

De todas maneras, en nuestra opinión, en el Estado Social y Constitucional de Derecho, la habilitación normativa al administrador debería conferirle ámbitos amplios de actuación, bajo los estándares de la doctrina de los “espacios libres de la Administra-

55 Se atribuye a MAYER el haber acuñado la expresión “reserva de ley” para aludir a determinadas materias que debían ser reguladas legalmente, en resguardo de la libertad de los ciudadanos, quedando el poder residual a cargo del Príncipe. Según el autor alemán: “...sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el Poder ejecutivo queda libre: obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esa exclusión de la iniciativa del Ejecutivo -existente para esos objetos especialmente señalados- la reserva de ley” (MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, Buenos Aires, 2° edición, 1982, traducción de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, t. I, p. 98).

56 BALBÍN, Carlos F., *Tratado...cit.*, t. I, p. 134.

57 En el derecho español se ha reconocido una “reserva constitucional de ejecución” y, aun cuando se admite la dificultad de trazar un límite entre las funciones legislativa y ejecutiva, se sostiene que la misma existe y cede sólo en caso de estado de necesidad (Ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, “¿Existe una reserva constitucional de “ejecución”? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales” en Cuadernos de Derecho Público, Madrid, N° 1, mayo-agosto 1997, ps. 13-42).

58 Sobre la vinculación entre el principio de división de poderes y la discrecionalidad, ver: THURY CORNEJO, Valentín, “La discrecionalidad administrativa como emergente de la aplicación de la Teoría de la División de Poderes”, *Doctrina Pública Federal*, RAP, 2003, ps. 147-208.

ción⁵⁹ o de la teoría de la “esencialidad”⁶⁰ del Derecho Alemán, pues en todo Estado Social y Constitucional de Derecho la programación legal de la actividad administrativa debe modularse mediante una progresiva flexibilización de la posición y del margen de libertad de acción y de decisión de la misma, aunque con los

59 Cfr. STOBER, Rolf, *Derecho Administrativo económico*, INAP, Madrid, 1^o edición, 1992, traducción de Santiago González-Varas Ibáñez, ps. 222-227. Según esta concepción la función de la ley se ubica en la protección de ciertas situaciones jurídicas como la libertad, la propiedad y los derechos humanos y, a la par, como legitimadora de la actuación de la Administración para regular los aspectos esenciales de cada materia o sector de actividad.

60 La cuestión se relaciona con determinar las materias que quedan reservadas al legislador y, aun dentro de esta reserva, precisar qué aspectos debe regular por sí mismo o puede remitir al administrador y la densidad normativa con la que se ha de diseñar la regulación legal; se trata de aquello que es esencial para la realización de los derechos fundamentales y así lo ha considerado el Tribunal Constitucional (Ver: MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, traducción de la 17^a edición alemana coordinada por Gabriel Doménech Pascual, ps. 153-154). Señala SCHMIDT-ASSMANN que la actividad administrativa no se agota en una ejecución esquemática de la ley, pues, frecuentemente la ley no programa materialmente en forma completa, sino que sólo opera con “conceptos cualitativos abstractos”, citando como ejemplos la actividad planificadora, la actividad económica -especialmente cuando la realiza a través de empresas públicas-, y la adquisición de bienes y servicios (Vid. La *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, traducción de Mariano Bacigalupo, José María Rodríguez de Santiago, Javier Barnés, Blanca Rodríguez Ruiz, Javier García Luengo, Germán Valencia, Ricardo García Macho, Francisco Velasco y Alejandro Huer-go, ps. 215-216). Según BALBÍN: “Este criterio de sustantividad o esencialidad del objeto regulatorio y su alcance debe definirse por las siguientes pautas: a) las reglas constitucionales específicas que exigen mayor sustantividad (por ejemplo en el Derecho Penal); b) la distinción entre las actividades de regulación e intervención estatal (mayor contenido y desarrollo en su objeto y finalidad) y las actividades de prestación (menos sustantividad); c) la relación con los derechos fundamentales (si por caso el objeto repercutiese sobre éstos cabe predicar más sustantividad o esencialidad); por ejemplo, si el marco regulador afectase derechos de terceros o previese controles mínimos; d) las características o naturaleza de las materias (si el objeto a regular fuese cambiante y dinámico debe reconocerse menos sustantividad) y, finalmente; e) las características del procedimiento de aplicación de la ley (más o menos debate; más o menos participación), por tanto si el trámite de aplicación de la ley es más participativo y debatido, es posible exigir menos sustantividad, pues al fin y al cabo este reproduce los valores propios del procedimiento parlamentario” (*Tratado...cit.*, t. I., ps. 135-136).

límites de un efectivo control no sólo jurídico, sino también social y político⁶¹.

VI. Conclusión

Los desafíos de la hora actual, exigen una necesaria resignificación o reactualización del paradigma clásico de la división de poderes y separación de funciones en todo Estado Social y Constitucional de Derecho, como los que se han constituido en la mayoría de los países de Occidente y en el nuestro a partir de la reforma del año 1994.

Esa nueva mirada propicia, reclama y exige una interrelación entre todos los órganos estatales superadora de la compartimentación -que concibieron las democracias liberales para el exclusivo reaseguro de los derechos individuales-, para forjar vínculos no sólo de control -por cierto, insoslayables-, sino también de colaboración, coordinación y cooperación entre todos ellos para lograr, con *progresividad*, la concretización de los derechos humanos.

No debemos olvidar, en todo caso, que, en el paradigma constitucionalista, los derechos fundamentales son normas superiores que imponen las condiciones de validez de las restantes normas de todo sistema jurídico que se precie de tal; su atención y realización son necesarias para que cualquier otra norma pueda ser creada y/o aplicada eficazmente⁶².

61 Ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 110. Este autor ha propiciado para España una reforma que, a imagen y semejanza de lo acontecido en Alemania, procure implementar mecanismos de dirección y programación de la actuación administrativa, en franco abandono del paradigma de ejecución normativa (Ver, asimismo, *Transformación ¿y reforma? Del Derecho Administrativo en España*, INAP-Global Law Press, Madrid, 2012, en especial, Capítulo VII, ps. 107-114).

62 De acuerdo: REDONDO, María Cristina, “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica” en FERRAJOLI; Luigi, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2012, ps. 243-262.

Las medidas de acción positiva en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional Argentina

Pablo Octavio Cabral¹

I. Una norma original que establece una versión estructural del principio de igualdad e incorpora las medidas de acción positiva²

Dice el artículo 75 en su inciso 23 que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e

1 Abogado (UNLP), Especialista en Derecho Administrativo (UNLP), Magister en Derechos Humanos (UNLP), Docente de la Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Tres de Febrero y el Instituto Universitario de Derechos Humanos “Madres de Plaza de Mayo”, Director de la Revista Derechos en Acción, Sub Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado (PTN). (<https://unlp.academia.edu/PabloOctavioCabral>).

2 El presente comentario se fundamenta en mi tesis final de la Maestría en Derechos Humanos (UNLP), titulada “Fundamentos constitucionales de las tutelas procesales diferenciadas en la Justicia Federal Contencioso Administrativa argentina”, disponible en el repositorio institucional digital SEDICI.

integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Este texto normativo tiene una relevancia que, hasta ahora, no ha sido totalmente desarrollada y utilizada en su potencialidad por la doctrina y jurisprudencia, ya que este inciso del artículo 75 reformula el tradicional principio de igualdad –liberal–, incorporando como complemento una mirada estructural y establece además un mecanismo constitucional totalmente novedoso como la creación de las medidas de acción positiva respecto de determinados grupos vulnerables socialmente.

II. El modelo de la *igualdad estructural* en la obra de Roberto Saba y el Art. 75. 23 CN

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art.16 CN), y de igualdad estructural fue expuesto con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos, para este punto, las ideas centrales de sus trabajos académicos y su libro “Más allá de la igualdad formal ante la ley”.³

Para Saba la tradición constitucional igualitaria se inició en 1810, fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994.

Su argumentación intenta demostrar que; “a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23 –pero también en los arts. 37, 75, inc. 2 y 75, inc. 19– la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada”⁴ Esta postura, como veremos, es acep-

tada en general por una importante parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aún de nuestro máximo tribunal de justicia federal.

El concepto de igualdad ante la ley que receptó la Constitución argentina de 1853/60 en su artículo 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal resulta central para el constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos– que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico.

Veamos algunos conceptos y clasificaciones para entender los dos modelos de igualdad en estudio: a) Uno, más cercano del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que fue constitucionalizado en 1853, y se encuentra relacionado con el *trato igual* y el *principio de no discriminación*. Esta versión del principio de igualdad formal requiere una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio de selección elegido por la norma o regulación; b) El otro con un claro componente estructural o social, en el que se considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de las sociedades. Esta visión social o estructural de la igualdad se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad. Se vincula con el *principio de no sometimiento* y, a diferencia del anterior modelo, no presupone una intención discriminatoria en quien realiza la distinción.

Esta propuesta parte de reconocer que, en nuestras sociedades latinoamericanas, más allá del reconocimiento formal del derecho ante la igualdad ante la ley y la vigencia del principio de no discriminación, existen situaciones graves de exclusiones históricas de grupos sojuzgado socialmente. Dice Saba: “Sin embargo, existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a causa de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial será que esas personas no se autoexcluyen en for-

3 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.

4 Saba, ob. cit, pág.32.

ma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres, las personas con discapacidad, a los indígenas o a otros grupos –a veces llamados vulnerables– del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, de hecho, alcanzar esas metas es para ellos *sólo palabras* y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicio y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan”.⁵

El principio de *igualdad de trato y no discriminación* construido a partir del artículo 16 de la Constitución Nacional desde una posición liberal e individualista, dispone que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea uniforme y no arbitraria. Este estándar es reformulado y exige un doble juicio; primero establecer la finalidad de la norma que crea la distinción o aplica una categoría; segundo, encontrar una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado.

En palabras de Saba: “Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista –porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra– genera la posibilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Esta concepción de la igualdad tiene por objeto impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios e ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios. Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución argentina tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de na-

cimiento, físicas o de otro tipo que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, desempeñarse en un empleo”.⁶

El problema surge cuando esta interpretación de la igualdad ante la ley –en tanto igualdad de trato y principio de no discriminación– no resuelve satisfactoriamente los efectos no igualitarios de sociedades, como puede ser la Argentina, con desigualdades estructurales y discriminaciones sistémicas de hecho. Explica el autor en estudio: “Intentaré señalar que en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. Me refiero a aquellas situaciones en que se realizan diferencias de hecho en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad estatal de no guiarse por prejuicios e impulsos arbitrarios”.⁷

En respuesta a esta falta de solución al problema de la discriminación estructural de grupos sociales excluidos, surgieron posturas de autores como Owen Fiss, Robert Post, Reva Siegel o Catharine MacKinnon, que seguidos por profesores nacionales como Roberto Saba, proponen una versión de la igualdad ante la ley que no se asocia al principio de no discriminación, sino al principio de no sometimiento, exclusión o sojuzgamiento.

Explica Saba que; “Esta lectura de la desigualdad y su consiguiente visión de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad... Evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y se per-

5 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 31.

6 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 50.

7 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 52.

petúe esa condición sería entonces el fundamento del principio de igualdad ante la ley”.⁸

En esta versión de la igualdad, complementaria a la clásica liberal, es central la construcción de concepto de grupo, definido a partir de su condición de sometido o sojuzgado. Explica Saba que en la teoría de Fiss, el grupo reviste las siguientes características: tiene una identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado por el estatus del grupo; en su mayoría son grupos pauperizados y esa condición se ha prologando durante varias generaciones, produciendo una deuda social. Agrega Saba una característica más; su falta de responsabilidad respecto de su propia situación de exclusión o sometimiento, precisamente por estar más allá de su voluntad.⁹

En síntesis, la igualdad como no sometimiento “impacta como sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural”.¹⁰

III. Conceptualización de las medidas de acción positiva

Como propuse a partir de las preguntas del párrafo anterior, el itinerario de este capítulo recorrerá los antecedentes y la recepción

8 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 58.

9 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 61.

10 Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p 81.

en nuestro ordenamiento jurídico de las medidas de acción positiva y el tratamiento que le ha dispensado la doctrina constitucionalista a dicha herramienta legislativa. Pero para poder ingresar al estudio de esta institución transcribiré algunas definiciones o ideas básicas que nos permitirán continuar con el posterior análisis de la noción de qué es lo que estamos describiendo.

Como primer acercamiento puedo decir que el concepto de medidas de acción positiva puede ser entendido de tres formas o alcances diversos, pero relacionados entre sí: como una garantía específica del principio de igualdad sustancial, como medidas para defender los derechos sociales fundamentales, como acciones de protección de personas que integran grupos vulnerables, como un tipo específico de política pública.

La acción afirmativa fue definida por la Organización de Naciones Unidas como: “la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”¹¹.

Por su parte la doctrina especializada ha construido la siguientes descripción; es el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”¹².

Otra definición posible es la que entiende que se trata de “las medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombre y mujeres, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”¹³

11 Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos; El concepto y la Práctica de la Acción afirmativa. Naciones Unidas: E /CN.4 / Sub.2 /2000 /11; E / CN.4 /Sub.2 /2001 /15.

12 González Martín, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, Revista Derecho y Sociedad N° 18, pág. 71 y sgtes.

13 Rey Martínez, “Acción positiva y discriminación inversa: delimitación”, en AA.VV., Base legal de la acción positiva, 2007, p. 16.

IV. Antecedentes en el derecho comparado¹⁴

01. Las acciones afirmativas en Estados Unidos¹⁵

Los orígenes más difundidos de las medidas de acción afirmativa se encuentran, sin dudas, en la experiencia norteamericana iniciada en la década de los sesenta del siglo pasado, como una forma de dar tratamiento a la discriminación racial de los afrodescendientes en ese país.

La discriminación de las personas llegadas de África para trabajar como esclavos generó la guerra civil de secesión en Norteamérica que culminó con el triunfo del ejército del norte y la modificación de la Constitución mediante la inclusión de la Enmienda XIII¹⁶ propuesta por el presidente Abraham Lincoln, que abolió oficialmente la esclavitud en ese país. La discriminación sistemática respecto del colectivo de hombres y mujeres negros continúa con diversas modalidades en la actualidad en los Estados Unidos, generando mecanismos de violencia institucional contra sus integrantes.

Explica Santiago Sánchez González que: “En Estados Unidos la lucha por la justicia racial fue y sigue siendo el desafío más importante de su experiencia constitucional. El problema de la esclavitud se manifiesta ya en la fase preconstituyente en Filadelfia en 1776, ensombrece todo el proceso de formación de la nación y conduce, en concurrencia con otros factores, a la guerra civil. Las enmiendas de la Constitución de 1865, 1868 y 1870, que fueron aprobadas para conseguir la igualdad racial, no produjeron los efectos deseados, porque el Tribunal Supremo se encargó de convertir la emancipación legal en una victoria vacía, con su apoyo al racismo, implícito

14 Sánchez González, Santiago, “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y la India”, Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 4, pág. 95/99, abril 2014.

15 Robert A. Sedler, *Employment Equality, Affirmative Action, and the Constitutional Political Consensus*, 90 MICH. L. REV. 1315 (1992).

16 Enmienda XIII de la Constitución de los EEUU: “Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto. Sección 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas.”

en la fórmula “separados pero iguales”. El cambio de rumbo no se inició hasta un siglo después con la sentencia dictada en el caso *Brown v. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954.”¹⁷

Las acciones afirmativas nacieron entonces a mediados del siglo pasado como un mecanismo de resolver esta situación de clara violación de los derechos humanos de la población afrodescendiente, a la que se sumaron como víctimas de discriminación grupos de migrantes latinoamericanos y otros sectores minoritarios.

El término “acción afirmativa” fue utilizado por vez primera en el año 1935 en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, cuando el Congreso –en el marco del *New Deal* en la presidencia de Roosevelt– aprobó la Ley Nacional de Relaciones Laborales –conocida como Ley Wagner–, destinada a reconocer el derecho de los trabajadores a sindicalizarse y regular un método práctico de llegar a acuerdos laborales. La ley exigía expresamente una “acción afirmativa” a los empleadores culpables de discriminación contra los trabajadores sobre la base de su afiliación sindical, quedando incluida entre tales acciones, su reincorporación en el puesto de trabajo.¹⁸

17 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

18 La sección 10 de la ley Nacional de Relaciones Laborales regula la prevención de prácticas laborales injustas, estableciendo las facultades de contralor de la Junta Nacional de Relaciones Laborales creada por la norma. En tal contexto expresa la ley que: “El testimonio tomado por dicho miembro, agente o agencia, o la Junta se reducirá a escrito y se archivará con la Junta. A partir de entonces, a su discreción, la Junta, previa notificación, puede tomar más testimonio o escuchar argumentos. Si sobre la preponderancia del testimonio tomado, la Junta es de la opinión de que cualquier persona nombrada en la queja se ha involucrado o está participando en una práctica laboral injusta, entonces la Junta declarará sus conclusiones de hecho y emitirá y hará que se le notifique a dicha persona una orden que requiera que cese y desista de tal práctica laboral injusta, y que tome dicha acción afirmativa, incluida la reincorporación de empleados con o sin pago retroactivo, según las políticas de esta Ley” (la traducción y el subrayado me pertenecen). Ampliar en; Arroyo Vázquez, María Luz, “Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner (1935)”, *Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, I-i.* Contemporánea, t. 15, 2002, págs. 351-377.

En junio de 1941, el presidente Franklin D. Roosevelt emitió la Orden Ejecutiva 8802, precursora de las políticas de acción afirmativa en el ámbito de las relaciones raciales, que pedía “medidas especiales” y “determinadas acciones” para acabar con la “discriminación en el empleo de trabajadores en las industrias de defensa o gobierno [que ocurran] debido a la raza, credo, color u origen nacional”¹⁹. El movimiento histórico de Roosevelt tenía la intención de impulsar la economía en tiempos de guerra y reducir el severo desempleo negro, como lo instaron A. Philip Randolph y otros líderes. La Orden Ejecutiva 8802 no se hizo cumplir de manera consistente, pero en algunos estados la repentina competencia negra por trabajos tradicionalmente blancos provocó hostilidad y violencia contra los negros.

El inicio de la lucha estatal contra la discriminación tomó impulso mediante el relevante título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, a la que le siguieron otras medidas en igual sentido para abordar la problemática racial. Destaca Sánchez González que “Se aprobaron, luego, la Civil Rights Act (1964), la Executive Order 11-246 de 25 de septiembre de 1965, la Voting Rights Act (1965), la Fair Housing Act (1968), y se creó la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en Materia de Empleo. En este mismo ámbito, parece que fue el presidente Lyndon Johnson quien en 1967 modificó mediante otra Executive Order, la 11.375, una previa, para incluir una referencia a la ‘discriminación’ por razón del sexo. El legislador quería, sobre todo, que la sociedad estadounidense comenzase a tratar a los negros como individuos, sujetos de derechos en igualdad de condiciones con los blancos. La aprobación de esas normas significó, no podía ser de otro modo, el reconocimiento público de la impronta esclavista del sistema político estadounidense –ofrecido al mundo exterior como modelo liberal y democrático–, y el descubrimiento sin tapujos del trato secular discriminatorio de la

19 Orden Ejecutiva 8802: “Todos los departamentos y agencias del Gobierno de los Estados Unidos que se ocupan de los programas vocacionales y de capacitación para la producción de defensa tomarán medidas especiales apropiadas para asegurar que dichos programas se administren sin discriminación por motivos de raza, credo, color u origen nacional”.

raza negra (...) y de otras minorías raciales.”²⁰

En la década de 1970 se llegó a un punto en el que las políticas mencionadas demostraron ser insuficientes, por lo que, tanto el Estado Federal como algunas Universidades y empresas iniciaron un proceso de adopción de medidas de otro tenor y alcance con el claro objetivo de logara un cambio significativo en la condición de vida de la población afro descendiente, así como de otros sectores desposeídos. Este grupo de medidas –que pueden distinguirse entre las que utilizaron el sistema de metas u objetivos y las que optaron por el sistema de cupos–, tendientes a la plena integración social de los negros y de otras minorías raciales se las agrupó bajo la denominación “affirmative action”.

Continuando con Sánchez González: “La ‘acción afirmativa’ que se emprende a principios de la década de 1970 por los poderes públicos y por algunas empresas privadas supone la superación de aquella concepción originaria en un doble sentido. Por un lado, parte de la existencia de una profunda desigualdad social que es el resultado de una discriminación estructural y generalizada basada fundamentalmente en la raza y el color de la piel, contra la que hay que luchar mediante acciones concretas. Por otro, porque las víctimas de la discriminación lo han sido y lo son como consecuencia, no de una característica o comportamiento individual específico, sino de rasgos físicos generales. Esta ‘acción afirmativa’ constituye, por lo tanto, una práctica, o una política, dirigida a favorecer a sectores de población que se encuentran en condiciones de inferioridad precisamente por ser de una raza determinada; y es, por lo tanto, una discriminación de signo inverso, que pretende enmendar los efectos de la discriminación histórica que habían sufrido sobre todo los negros y los inmigrantes no procedentes del universo anglosajón.”²¹

20 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014. Ampliare en: Aguilar Fernández, Susana, “Contexto político y protesta: El movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época) ISSN: 0048-7694, Núm. 136, Madrid, abril-junio (2007), págs. 11-49.

21 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

Las políticas de discriminación inversa generaron una importante discusión en los Estados Unidos, en especial la acción afirmativa practicada en el empleo, la educación y otros campos ha suscitado un intenso debate moral y legal.

El debate se centra en las acusaciones de que los remedios con conciencia racial diseñados para reparar la discriminación odiosa contra algunos grupos equivalen a una “discriminación inversa” ilícita contra otros.

Políticamente, se sostiene que la acción afirmativa invierte la relación entre el individuo y el grupo, es decir, en lugar de que el individuo sea la unidad social primaria sobre la que se forman los grupos, el grupo se convierte en primario y es la fuente de derechos para el individuo. Es que el significado histórico principal de la acción afirmativa ha sido promover la intervención estatal en el libre mercado y debilitar las instituciones políticas y sociales basadas en los derechos individuales. Aquellos que se oponen a la acción afirmativa expresan especial preocupación por cualquier forma de intervención que implique mandatos numéricos, especialmente metas y cuotas. Aunque la palabra *metas* a menudo connota pautas flexibles para la inclusión de grupos y *cuotas* a menudo connotan límites rígidos con intención discriminatoria, ambos implican porcentajes o números óptimos de personas que pertenecen a grupos específicos destinados a servir en capacidades específicas.

Los defensores más firmes de la acción afirmativa argumentan que los mandatos numéricos, ya sean llamados “metas” o “cuotas”, son remedios justos y efectivos para la discriminación persistente.

Cierro este punto con la mirada sobre el desarrollo y resultados de estas políticas en Norteamérica expuesta por el autor de referencia: “En Estados Unidos la premisa que subyace en la adopción de las políticas de acción afirmativa es una concepción de la igualdad de tipo formal e individual que pretende proporcionar una igualdad de oportunidades. Esas medidas son muy recientes, no están constitucionalmente reconocidas y no se permiten en forma de cuotas. Además, han sido objeto de cuestionamiento no sólo por la doctrina, sino en las instancias judiciales, y han producido escasos resultados favorables a los sectores de población concernidos en los ámbitos laboral y educativo, y menos aún en el de la representación

en los órganos de gobierno.”²²

Recientemente la Corte de Estados Unidos dictó sentencia en dos causas en las que descalificó constitucionalmente las acciones afirmativas en materia educativa universitaria. La discusión de fondo en los fallos “Students for Fair Admissions v. Harvard” (20–1199) y “Students for Fair Admissions v. University of North Carolina” (21–707) radica sobre la constitucionalidad –o no– de las admisiones universitarias basadas en criterios raciales a la luz de la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Indican sus magistrados que el origen étnico siempre resulta, a priori, una categoría sospechosa que impide juzgar a la gente por sus méritos y cualidades esenciales, y que este tipo de medidas actúa en contra de la voluntad del legislador al crear la Constitución, la de tener una población sin prerrogativas de sangre ni de nacimiento.²³

El precedente jurisprudencial norteamericano en análisis es sin dudas relevante para la discusión política –nacional e internacional– respecto del rol del Estado en nuestras sociedades, los derechos de los pueblos –en especial las minorías excluidas–, el modelo de igualdad a que cada país aspira, el rol del derecho para mitigar la inequidad estructural o sistémica, las obligaciones del Estado frente al deber de no discriminar por motivos ilegítimos, etc. Todas estas cuestiones corren por un andarivel paralelo con el análisis jurídico del impacto de la sentencia en nuestro ordenamiento jurídico que es nulo.²⁴

02. Las medidas de acción afirmativas en la India

22 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

23 Ampliar en Shapira, Sofía y Cabral, Pablo Octavio; “EL PRECEDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS QUE DECLARÓ LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS. Su nulo impacto jurídico en el ordenamiento legal de la República Argentina”, publicado el 11 de julio de 2023 en el portal: palabrasdelderecho.com.ar

24 Shapira...ob. Cit.

El caso de la India es paradigmático para el estudio de las acciones afirmativas y guarda interés en tanto estas medidas se han utilizado desde hace mucho tiempo –sin poder afirmar que luego tal modelo político se haya trasladado a Estados Unidos, Europa y el resto del continente americano– para lograr mitigar las desigualdades estructurales de una sociedad dividida milenariamente en centenares de castas distintas.

Sánchez González dice al respecto: “La naturaleza y complejidad de la estratificación social en la India –resultado último de las múltiples desigualdades y de su persistencia– son únicas. En principio, el esquema de que se sirven los sociólogos occidentales cuando estudian la división del trabajo social y la diferenciación social, que les lleva a la formulación de modelos, como las sociedades esclavistas, de castas, estamentales y de clases, no sirve para proporcionarme una imagen aproximada de la sociedad de la India, entre otras razones porque no puede explicar la estabilidad milenaria de su sistema de estratificación social”.²⁵

A finales del siglo XIX, cuando el país se encontraba sometido por el imperialismo británico, se iniciaron algunas políticas de acción positiva como el establecimiento de reservas de plazas en instituciones educativas para aquellas personas que constituían las clases deprimidas o comunidades atrasadas. En algunos principados de la India, en el año 1926, se fijaron cuotas para el acceso al servicio público, y a algunos órganos de representación política, con la conformidad de los ingleses, que pretendían estimular las divisiones internas en la fragmentada sociedad hindú.

En ese país, las acciones afirmativas –declarada su independencia– llevan el nombre de políticas de reserva y se encuentran consolidadas en su actual sistema institucional y jurídico. Dice Sánchez González: “La ‘reservation policy’ –o política de reserva–, como se denomina en la India, es una expresión que engloba todas las medidas previstas para eliminar o aliviar las profundas y múltiples desigualdades existentes en el seno de la sociedad, de tal manera que la acción afirmativa, entendida como la que se emprende por

los poderes públicos para corregir una discriminación del pasado, sería tan sólo una de las manifestaciones de la reservation policy. En realidad, lo que se pretende es instaurar una justicia distributiva de recursos y de poderes.”²⁶

En la Constitución de 1949, y sus posteriores reformas, se reconoció la igualdad formal (en la modalidad liberal) junto con la idea del necesario combate a la desigualdad sustancial.

Este texto constitucional, por un lado, reconoció la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 14) y estableció la prohibición, en el art. 15, de todo trato discriminatorio de los ciudadanos derivado de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento y por el otro añadió que: “nada de lo dispuesto en este artículo impedirá que el Estado adopte cualquier disposición especial para las mujeres y los niños” (art.15 inc.3) y que: “Nada en este artículo [...] impedirá que el Estado adopte cualquier medida especial para el progreso de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o para el de las castas y las tribus catalogadas” (art. 15, inc.4) y –en materia de empleo público: “nada podrá impedir que el Estado establezca lo que estime conveniente para la reserva de nombramientos o puestos en favor de cualquier clase atrasada de ciudadanos que, a juicio del Estado, no esté adecuadamente representada en servicios dependientes del Estado” (art. 16). Además, en la Enmienda Constitucional del año 2005, se habilitó al Estado para adoptar cualquier medida especial para la promoción de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o de las castas y tribus catalogadas, relativa a su admisión en instituciones educativas públicas y privadas, con o sin subvención estatal.

Estas normas no sólo tienen la complejidad de compartir dos modelos respecto del principio de igualdad –lo que podría resolverse, no sin dificultad, mediante su complementariedad–, sino que requiere para su efectivización la determinación, lo más precisa posible, de los conceptos de castas o tribus catalogadas, así como de clase atrasada y clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente. La Constitución no resolvió tales lagunas sino que se

25 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

26 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, *Derecho Público Iberoamericano*, N° 4, Abril 2014.

limitó a atribuir al Presidente de la Nación –en sus artículos 341 y 342– la competencia para, previa consulta con la autoridad del Estado o territorio concernido, concretar las castas, razas o tribus, o partes o grupos de las mismas que deberían ser consideradas como castas o tribus catalogadas en relación con ese Estado o territorio de la Unión. En cuanto a las clases atrasadas, el artículo 340 previó la creación por el Presidente de una comisión que debía investigar las condiciones de las clases atrasadas, distintas de las castas y tribus, para mejorar su condición y aconsejar las medidas oportunas.

En la historia de esta nación, se constituyeron varias comisiones para investigar las condiciones de las clases atrasadas y se dictaron sentencias judiciales interpretando estas normas constitucionales interpretando las políticas de reserva dispuestas en el ordenamiento jurídico hindú.

Como síntesis, transcribiré la opinión del especialista en esta cuestión utilizado en estos puntos: “En la India, la política de reservas se basa en una concepción de la igualdad que tiene en cuenta al grupo, no a la persona individual, y va dirigida a alcanzar una igualdad de resultados o de hecho. Las medidas políticas antidiscriminatorias datan del siglo XIX, han sido constitucionalizadas y legalizadas, y su aplicación en los diferentes sectores de la educación pública gratuita, del empleo público y de representación en las instituciones políticas de los distintos ámbitos: nacional, estatal y local, constituye una realidad cotidiana. Castas y tribus tienen asegurada su participación en los órganos políticos de decisión y, a fecha de hoy, la presencia de unos pocos intocables en las elites del liderazgo político y de los partidos políticos es innegable. El remedio parcial de los efectos del sistema de castas mediante la acción afirmativa no ha encontrado, sin embargo, una colaboración efectiva en los aparatos de la Unión y de los Estados para poner fin a la discriminación, porque las autoridades ejecutivas no protegen realmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, ni promueven un cambio de la mentalidad dominante”²⁷

27 Sánchez González, Santiago: “La lucha contra la desigualdad: Acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India”, Derecho Público Iberoamericano, N° 4, Abril 2014. Agregó: “Antes al contrario. Por otra parte, el aspecto negativo del éxito de los programas de acción afirmativa es que han terminado por producir el efecto contrario al que se pretendía: en

03. Las medidas de acción positiva en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

Encuentro que en el sistema comunitario se reconoce en forma medianamente generalizada una definición no oficial de las medidas de acción positiva –a partir de una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo–, según la cual: “el concepto de acción positiva abarca todas las medidas destinadas a contrarrestar los efectos de la discriminación del pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados”.²⁸

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar a los grupos de manera diferente para corregir las “desigualdades fácticas” entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, si no se intenta corregir dicha desigualdad mediante un trato diferente, puede dar lugar a una infracción del artículo 14.²⁹

Ha dicho que, por ejemplo, los órganos de la Convención han llegado a la conclusión de que las medidas que dan lugar a una diferencia. El trato entre hombres y mujeres estaba justificado para compensar a las mujeres por las desigualdades. En *Andrle v. La Re-*

lugar de conducir a la supresión del sistema de castas, ha llevado a su afianzamiento, anquilosamiento y reproducción. Ahora lo que se reivindica es la identidad de la casta y con la casta, porque a través de la integración de las castas en las listas de clases atrasadas se puede lograr un tratamiento preferente –a todas luces injusto– que, de otro modo, no sería posible.”

28 Ampliar en Basterra, Marcela; “Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional”; en Manili, Pablo: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

29 (Taddeucci and McCall v. Italy, 2016, § 81; Kurić and Others v. Slovenia [GC], 2012, § 388; Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina [GC], 2009, § 44; Muñoz Díaz v. Spain, 2009, § 48; D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], 2007, § 175; Stec and Others v. the United Kingdom [GC], 2006, § 51; Thlimmenos v. Greece [GC], 2000, § 44; the Belgian linguistic case, 1968, § 10 of “the Law” part).

pública Checa, 2011, la demandante se quejó de que, a diferencia de las mujeres, no se redujo la edad de jubilación para los hombres que habían criado a sus hijos. El Tribunal determinó que esta medida estaba objetiva y razonablemente justificada para compensar a las mujeres por las desigualdades (como salarios y pensiones generalmente más bajos) y las dificultades generadas por expectativa de que trabajarían a tiempo completo y se harían cargo de los niños y del hogar. Eso sostuvo además que el momento y el alcance de las medidas tomadas para rectificar la desigualdad en cuestión, no había sido manifiestamente irrazonable y que, en consecuencia, no había habido violación del artículo 14 de la Convención en conjunción con el artículo 1 del Protocolo No. 1.

En la Comisión Decisión en *Lindsay c. el Reino Unido*, 1986, disposiciones fiscales que dan lugar a ventajas fiscales adicionales que se acumulaban cuando una esposa era el sostén de una familia se consideraba que estaban dentro del margen de reconocimiento otorgado a las autoridades nacionales, ya que tal diferencia de trato tenía un objetivo y una justificación razonable con el fin de proporcionar una discriminación positiva a favor de los casados mujeres que trabajan.”.

El artículo 14 puede activarse cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no traten de manera diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente diferentes (*Abdu contra Bulgaria*, 2014; *Eweida y otros contra el Reino Unido*, 2013, § 87; *Pretty contra el Reino Unido*, 2002, párrafo 88; *Thlimmenos contra Grecia*, 2000, párrafo 44). Así, junto con la obligación negativa que incumbe a los Estados miembros de no discriminar, la Corte también ha determinado que, en determinadas circunstancias, el artículo 14 puede implicar “obligaciones positivas” de los Estados para prevenir, detener o sancionar la discriminación (*Pla y Puncernau c. Andorra*, 2004). Tales obligaciones positivas que incumben a los Estados miembros pueden incluir las llamadas “medidas positivas” (*Horváth y Kiss c. Hungría*, 2013), o “discriminación revertida”, “acción positiva” o “acción afirmativa” que un Estado podría o debería adoptar para corregir las “desigualdades fácticas”.

Agrega que, por ejemplo, en el precedente *Thlimmenos c. Grecia*, 2000, la legislación nacional prohibió a las personas con una con-

dena penal incorporarse a la profesión de contadores públicos. Por lo tanto, al demandante se le había negado el nombramiento como contador público porque había sido condenado penalmente por negarse a usar uniforme militar durante su servicio nacional, como resultado de sus creencias religiosas. El Tribunal determinó que el Estado había violado el derecho del demandante en virtud del artículo 14 leído en conjunto con el artículo 9, ya que debería haber distinguido entre personas condenadas por delitos cometidos exclusivamente por sus creencias religiosas y personas condenadas por otros delitos. En el antecedente *Abdu c. Bulgaria*, 2014, la Corte reiteró que, al investigar incidentes violentos provocados por presuntas actitudes racistas, tratar la violencia y la brutalidad por motivos raciales en pie de igualdad con los casos que carecen de matices racistas equivaldría a hacer la vista gorda ante la situación específica y la naturaleza de los actos que son particularmente destructivos de los derechos humanos fundamentales. La falta de distinción en la forma en que se manejan situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un trato injustificado inconciliable con el artículo 14 del Convenio. En el caso *Horváth y Kiss c. Hungría*, 2013, una causa relativa a la colocación sistemática de niños romaníes en escuelas especiales en Hungría, la Corte concluyó que, en el contexto del derecho a la educación de los miembros de grupos que habían sufrido discriminación en la educación en el pasado efectos, las deficiencias estructurales exigían la aplicación de medidas positivas para, entre otras cosas, ayudar a los solicitantes con las dificultades que encontrarán para seguir el plan de estudios escolar. Por lo tanto, se necesitaban algunos pasos adicionales para abordar estos problemas, como la participación activa y estructurada por parte de los servicios sociales relevantes. En el precedente *Çam v. Turquía*, 2016, una academia de música se negó a inscribir a una estudiante debido a su discapacidad visual. La Corte encontró una violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 2 del Protocolo No. 1, señalando que la discriminación basada en la discapacidad también cubría la negativa a proporcionar ajustes razonables (por ejemplo, la adaptación de los métodos de enseñanza para hacerlos accesibles a los estudiantes ciegos).

V. Recepción de las medidas de acción afirmativas en Argentina

01. La ley 24.012 de cupo femenino (1991)³⁰

La Ley 24.012, de Cupo Femenino fue sancionada en la sesión del 6 de noviembre de 1991 y resultó el acto de gestación de las medidas de acción positiva y su constitucionalización tres años después en la Convención Constituyente que sesionó en Santa Fe y Paraná³¹.

Esta norma de avanzada, a partir de la modificación del artículo 60 del código electoral nacional, dispuso un piso de un 30 por ciento de mujeres en las listas a legisladoras nacionales, en lugares con posibilidades de ser electas.³² La ley fue reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante la emisión del Decreto 379/93.

A tres décadas de aquel acontecimiento que marcó un antes y un después en la política Argentina, el diario *Página 12* entrevistó a varias de las protagonistas que contaron entretelones de su aprobación y el maleficio que cayó sobre las diputadas y senadoras que la

30 Ampliar en Tula, María Inés, *La Ley de Cupos en la Argentina: reforma electoral y representación política*; Davoli, Pablo Javier, "Breve reseña del 'cupo femenino' en el Estado Nacional Argentino", 12 de Abril de 2006 litoral-elderecho.com.ar (rosario digital) Id SAIJ: DASF080073;

31 Tula, María Inés, *La Ley de Cupos en la Argentina: reforma electoral y representación política*. Dijo: "La ley 24.012 aprobada en la Argentina en 1991, llamada comúnmente 'ley de cupos', fue la primera norma en el mundo establecida para aumentar la representación de las mujeres en el ámbito parlamentario nacional. Esta iniciativa fue posteriormente imitada por otros países latinoamericanos, aunque para distintos niveles de gobierno. Por ejemplo, Brasil fijó por ley una cuota del 20% para las elecciones municipales de 1996, después una del 25% para las legislativas de 1998 y, finalmente, un cupo del 30% para las municipales de 2000. En 1997, siguieron el mismo camino Costa Rica (cuota del 30%), Ecuador (20%), República Dominicana (25%), Venezuela (30%), Bolivia (30%), Panamá (30%) y Perú (25%), aunque este último, sólo para el ámbito municipal."

32 Sustituyese el artículo 60 del Decreto N° 2135/83 del 18 de agosto de 1983, con las modificaciones introducidas por las leyes Nros. 23.247 y 23.476, por el siguiente: 'Artículo 60... Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos...'

promovieron. Se puede sostener que fue una ley pionera en el mundo y estuvo vigente hasta 2017, cuando se aprobó la 27.412 de Paridad de Género en ámbitos de Representación Política, por la cual las listas electorales pasaron a tener intercalados en partes iguales candidatos hombres y mujeres.³³

Según la dirigente peronista y feminista Virginia Franganillo sostuvo –en la mencionada entrevista– que esta ley que impactó revolucionariamente en nuestra sociedad: "Abrió el debate sobre la condición social de las mujeres" ya que la masa crítica de diputadas y senadoras que ingresaron a partir del cupo cambiaron la agenda legislativa y permitieron la sanción de leyes fundamentales para la vida de las mujeres, las niñeces y las disidencias. Continúa afirmando que: "La articulación entre peronistas y radicales –las primeras sororas– fue clave para lograr la aprobación pero lo que gravitó para que el Gobierno del entonces presidente Carlos Menem decidiera a último momento apoyarla –y dar vuelta una votación adversa– fue la marea de mujeres –activistas de partidos políticos y organizaciones de distintos puntos del país– que rodearon el Congreso y colmaron las galerías de la Cámara de Diputados".³⁴

Por su parte, una de las senadoras mujeres que había en la respectiva Cámara ese año recordó al diario que: "Como no las dejaban entrar, las hacíamos pasar por el Senado, pasaban a la terraza, de ahí a la Biblioteca, hasta que llenamos todas las galerías" y contó que: "Se siente, se siente, Evita está presente", coreaban las manifestantes". En ese momento el porcentaje de participación femenina en el Congreso era del 5 por ciento. Casi nada. Hoy representan el 38 por ciento en la Cámara de Diputados y el 40 por ciento del Senado.³⁵

33 Diario *Página 12*, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; "A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso".

34 Diario *Página 12*, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; "A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso".

35 Diario *Página 12*, 6 de noviembre de 2021, Mariana Carbajal; "A treinta años de la ley de cupo femenino en el Congreso".

02. Reforma constitucional de 1994

En la reforma constitucional de 1994 se realizaron las siguientes incorporaciones normativas supra legales, en las que se receptaron las medidas de acción afirmativas;

Directa y genérica:

– Medidas de Acción Positiva para promover la igualdad real de oportunidades y trato y el goce de derechos humanos constitucionalizados, en particular respecto de niños, las mujeres, ancianos y personas con discapacidad (Art. 75, inciso 23, primer párrafo CN).

Directas y específicas para grupos o situaciones determinadas:

– Medidas de Acción Afirmativas en favor de las mujeres en materia electoral (Art. 37 CN).

– Medidas de Acción Afirmativas en favor de los Pueblos Indígenas argentinos (Art. 75, inc. 17 CN).

– Políticas diferenciadas para equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (Art. 75, inc.19 CN).

Indirectas:

Tratados internacionales de protección de Derechos Humanos.

Este proceso histórico de incorporación de normas internacionales de protección de derechos humanos que reconfiguraron el principio de igualdad e incorporaron las acciones afirmativas, disparado por la sanción del nuevo artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, ha sido acompañado por una señera jurisprudencia de nuestro máximo tribunal federal y luego seguida por los órganos judiciales inferiores, tanto nacionales como provinciales.

En general, encontramos que aspectos esenciales que jalonaron la construcción doctrinaria, normativa y jurisdiccional del derecho administrativo argentino, se encuentran profundamente afectados por la incorporación mencionada y la conjunción histórica de estas áreas del conocimiento jurídico (derecho administrativo interno/

derechos humanos internacionales) requiere un abordaje minucioso que permita percibir y exponer las particularidades de un nuevo derecho administrativo impregnado por normas y principios de otra especialidad.

La reforma constitucional de 1994 introdujo diferentes disposiciones para garantizar la igualdad estructural estableciendo acciones afirmativas. Así, establece la Constitución nacional que la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas (Art. 37); dispone como obligación del Congreso el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (Art. 75, inc. 17); establece que corresponde al Congreso la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a igualar el desigual desarrollo entre las provincias y las diferentes regiones de nuestro país (Art. 75, inc. 19).

En especial en su art. 75 inc. 23 establece que corresponde “legislar y promover **medidas de acción positiva** que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

2.1. Síntesis de las discusiones en la Convención Constituyente de 1994

Propongo aquí realizar una síntesis de los argumentos e información que de ella se desprenden y que nos resultarán muy útiles a la hora de realizar la necesaria conceptualización de las medidas de acción positivas, que como adelanté, dan marco a las tutelas procesales diferenciadas. Resulta claro que la incorporación de las medidas de acción positiva a la Constitución Argentina tuvo su génesis en la lucha de las mujeres en contra de la discriminación histórica que vivieron en diversos ámbitos –político, institucional, laboral, familiar, etc.– a lo largo de la historia del país.

El antecedente ineludible, tanto por su impacto simbólico como

por su carácter de condicionante fáctico y concreto de la composición de la Convención Constituyente, es el de la sanción de la ley 24.012 sobre cupo femenino, tres años antes de la reforma del año 1994. La posibilidad concreta que la Convención estuviese integrada por mujeres de distintos sectores políticos, ideologías, miradas, etc., fue posible gracias al cumplimiento del cupo del 30 % establecido en la reforma del Código Electoral de la Nación, que –justamente– es un ejemplo de esas medidas de acción positiva que se incorporaron al texto constitucional.

Fueron varias convencionales las que dieron cuenta de estos antecedentes, de la importancia de la ley de cupo femenino, de las historias de encuentros entre mujeres de distintos partidos políticos, sin dejar de mencionar las luchas anteriores por el derecho al voto femenino con referencias a grandes hitos y personalidades.

No es exagerado afirmar que en el año 1994 se produjo una reforma constitucional femenina destacando como sus logros más importantes los artículos 37 y 75, inciso 23 de la CN. Y esto se puede corroborar de la lectura de las actas de la convención reformadora, ya que las intervenciones y discursos en defensa de la incorporación de las medidas de acción positiva fueron encarnadas por mujeres de los distintos bloques partidarios. Basta a modo de ejemplo referirme a las sólidas intervenciones de las convencionales constituyentes como Marta Marino de Rubeo y Cecilia Norma Lipszyc, del Partido Justicialista, Dora Sachs de Repetto y Bibiana Babbini, del Partido Radical y María V. Sánchez García, del Frente Grande. Ellas fueron la locomotora que llevó al tren de la lucha contra la discriminación e igualdad a destino.

Otra cuestión relevante para el presente comentario que surge de las actas de la convención son los antecedentes de reconocimiento e implementación de acciones positivas, tanto dentro de nuestro país como en el exterior que fueron puestos como ejemplos en los argumentos a favor de su incorporación a nuestro texto constitucional.

Veamos qué países fueron citados como antecedentes de constitucionalización de medidas de acción positiva;

La **Constitución de Paraguay** –del año 1992– fue citada por las

convencionales Cecilia Lipszyc³⁶ y Bibiana Babbini³⁷. En efecto en su artículo 46 el texto constitucional inicia el capítulo del principio de igualdad con el siguiente contenido:

“ Artículo 46 - DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Artículo 47 - DE LAS GARANTÍAS DE LA IGUALDAD

El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. la igualdad ante las leyes; 3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

Artículo 48 - DE LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LA MUJER

El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.”

36 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc.

37 Acta de Sesiones (23), intervención de la Convencional Bibiana Babbini, p.2997. Dijo: “Similares temperamentos siguieron diferentes constituciones latinoamericanas, sobre todo en los últimos tiempos. Para no hacer un mayor abundamiento sólo mencionaré la Constitución del Paraguay, que en su artículo 46 indica expresamente que “las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

Si bien la Constitución del Paraguay no refiere a las medidas de acción positiva, en efecto en el último párrafo de su artículo 46 hace referencia a la discriminación positiva. También se desprende que el tipo de igualdad pregonada en dicho texto se acerca a la idea de igualdad de oportunidades o a la igualdad estructural.

El doctrinario Maximiliano Mendieta Miranda al respecto sostuvo: “Así las cosas, este principio está contenido en el derecho internacional de los derechos humanos y se denomina principio de igualdad y no discriminación. La Igualdad se refiere a su aspecto positivo y la no discriminación, a su aspecto negativo. La primera, se refiere a perseguir la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales y la segunda se refiere a la prohibición de la discriminación cuando la misma limita el acceso a aquellas prerrogativas. Coloquialmente si se quiere, se puede concluir que tanto la igualdad y la no-discriminación son caras de una misma moneda.”³⁸

A los efectos de entender mejor el aspecto positivo, es decir, el de igualdad, la última parte del artículo constitucional en cuestión explica lo que se denomina también, en el derecho internacional de los derechos humanos, discriminación positiva, que consiste en las acciones que deben tomar los Estados, a través de políticas públicas, leyes, entre otros, que estén dirigidas a derrumbar y vencer desigualdades en el acceso a los derechos humanos y libertades fundamentales que sufren, principalmente, las personas o grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad a consecuencia de exclusiones que se dan por distintos motivos que pueden consistir, entre otras, a través del sexismo, fundamentalismo religioso, homofobia, xenofobia y/o racismo.

Así también, esta discriminación estructural se arraiga a través de una sociedad, en gran medida, con clara ausencia de cultura que convive con la diversidad y conciencia en relación con los derechos humanos y la multiculturalidad paraguaya, que se extiende, desde las autoridades gubernamentales hasta las escuelas y universida-

38 Mendieta Miranda, Maximiliano: “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia vol.4 no.10 Guadalajara nov. 2018 Epub 14-Oct-2020.

des, pasando por los medios comerciales de comunicación y llegando a la gran mayoría de los operadores de justicia.

Volviendo a la discriminación positiva, el capítulo V de la Constitución establece una regulación diferente en cuanto a las tierras de los pueblos indígenas considerando varios factores como el despojo histórico, la cosmovisión y la usurpación de su territorio: “El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo” (Constitución, Art. 64).³⁹

Otro de los precedentes citados por Cecilia Lipszyc es la **Constitución de Suecia**⁴⁰ en tanto:

Art. 167: “Ningún acto legal en otro instrumento estatutario debe manifestar discriminación hacia ningún ciudadano en función de sexo, salvo la relevante provisión de formas que demuestren el esfuerzo a llevar adelante la igualdad entre varones y mujeres”.

Finalmente, la convencional Lipszyc hizo una breve referencia a la **Constitución de Nicaragua**, entiendo que en referencia al texto

39 Mendieta Miranda, Maximiliano, “El principio de igualdad y no discriminación. Aproximaciones a la discriminación estructural del estado paraguayo hacia los pueblos indígenas”, Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia vol.4 no.10 Guadalajara nov. 2018 Epub 14-Oct-2020. Recientemente el Estado del Paraguay emitió un “Plan Nacional de Igualdad. Allandar obstáculos para la igualdad efectiva”, donde se desarrolla la evolución del principio de igualdad desde su reconocimiento constitucional en 1992 hasta el año 2018. Ver también, Mendieta Miranda, Maximiliano, “Informe sobre casos paradigmáticos de violencia y muerte de personas trans en Paraguay 2016-2020” Panambi, Asociación de travestis transexuales y transgéneros, Ygatimi 880, Asunción, Paraguay.

40 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3157. Allí dijo: “La Const. de Suecia plantea: “ningún acto legal en otro instrumento estatutario debe manifestar discriminación hacia ningún ciudadano en función de sexo, salvo la relevante provisión de formas que demuestren el esfuerzo a llevar adelante la igualdad entre varones y mujeres” - Cap. 2 Art. 167”

aprobado en 1987⁴¹ y reformado por primera vez en 1990⁴². Allí se reconoce el principio de igualdad, en su versión clásica⁴³, contiene una previsión especial para reconocer la igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a los derechos políticos⁴⁴, y al regular los derechos sociales identifica a grupos determinados a proteger como personas con discapacidad⁴⁵, mujer embarazada⁴⁶, niños⁴⁷, an-

41 Dicho texto constitucional del año 1987 fue modificado en los años 1990, 1995, 2000, 2004 y 2005.

42 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158.

43 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 27.- Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derechos a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país. El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción".

44 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 48.- Se establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos, en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer. Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país." (el subrayado me pertenece).

45 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 62.- El Estado procurará establecer programas en beneficio de los discapacitados para su rehabilitación física, sicosocial y profesional y para su ubicación laboral."

46 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 74.- El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana. La mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social. Nadie podrá negar empleo a las mujeres aduciendo razones de embarazo ni despedirlas durante éste o en el período postnatal; todo de conformidad con la ley."

47 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 76.- El Estado creará programas y desarrollará centros especiales para velar por los menores; éstos tienen derecho a las medidas de prevención, protección y educación que su

cianos⁴⁸ y personas integrantes de la comunidad Costa Atlántica⁴⁹.

La Constitución de Italia y la de España fueron mencionada por Iván José María Cullen⁵⁰.

Empecemos por la **Constitución de la península itálica** del año 1947, que en sus primeros artículos expresa:

"Artículo 3: Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personas y sociales. Constituye obligación de la Republica suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país."

Artículo 37: La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma retribución que el trabajador. Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada. La República establecerá el límite

condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y el Estado."

48 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 77.- Los ancianos tienen derecho a medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado."

49 Constitución de Nicaragua (1987): "Art. 90.- Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos. ARTICULO 91.- El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen."

50 Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p.3081. Dijo: "sin duda, esta norma refleja un avance considerable en la dogmática constitucional. Se trata de las llamadas acciones afirmativas o, dicho con mayor claridad, de discriminar o desigualar para igualar. Esto proviene de la Constitución de Italia de 1947. ha sido recogido por la Constitución de Santa Fe de 1962; y también se estableció en la Constitución de España de 1978."

máximo de edad para el trabajo asalariado. La República protegerá el trabajo de los menores con normas especiales y les garantizará para trabajos iguales, el derecho a la igualdad de retribución.”

Luigi Ferrajoli, en su obra *Principia Iuris*, menciona esta norma de la Constitución italiana como ejemplo de las garantías de la igualdad; “la garantía de la igualdad sólo puede venir a través de la garantía de la diferencia y viceversa. Es lo que establece el artículo 3 de la Constitución italiana, cuyo primer apartado impone que la diferencia no tenga relevancia como factor de discriminación, mientras que el segundo impone que, allí donde de hecho la discriminación se produzca en violación del primer apartado, sea eliminada como un obstáculo de orden social mediante las garantías primarias o normas de actuación que son, por ejemplo, las acciones positivas”⁵¹

Continuemos con la **regulación constitucional española** reformada en 1978:

“**Artículo 9:**... 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

Entre las constituciones provinciales de la República Argentina, los convencionales destacaron los siguientes antecedentes: Constituciones de: Jujuy, Neuquén, Salta, La Rioja, Río Negro ⁵²

51 Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*...Ob. Cit., tomo 1, p.754.

52 Acta de Sesiones (23), inserción de la Convencional Cecilia Norma Lipszyc, p. 3158 y 3159. Dijo: “Por ejemplo, la Constitución de Neuquén sostiene: Todos los habitantes tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo. Debieran removerse los obstáculos de orden económico y social que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes impiden el desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, social y económi-

y Santa Fe⁵³.

La Constitución de Santa Fe de 1962 establece sobre el principio de igualdad y la protección de algunos grupos desaventajados:

“**Artículo 8.** Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley. Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad.”

“**Artículo 23.-** La Provincia contribuye a la formación y defensa integral de la familia y al cumplimiento de las funciones que le son propias con medidas económicas o de cualquier otra índole encuadradas en la esfera de sus poderes. Procura que el niño crezca bajo la responsabilidad y amparo del núcleo familiar. Protege en lo material y moral la maternidad, la infancia, la juventud y la ancianidad, directamente o fomentando las instituciones privadas orientadas a tal fin.”

La Constitución de Jujuy (1986) hizo las siguientes regulaciones:

“**Artículo 25.-** Igualdad ante la ley. 1. Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y gozan de igual protección de la ley en iguales condiciones y circunstancias. No se admite discriminación alguna por motivos de raza, color, nacionalidad, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición económica, condición social o de cualquier otra índole. 2. La Provincia no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes, sin otras condiciones que las acreditadas por su idoneidad y méritos, son admisibles por igual en los cargos y empleos públicos, conforme a esta Constitución y la ley. 3. Nadie podrá invocar ni ser colocado en una situación de privilegio ni de inferioridad jurídica sin que medie expresa disposición de la ley. 4. La Provincia propenderá al libre desarrollo

ca de la provincia. Estos conceptos están repetidos en las Constituciones de: Jujuy, Salta, La Rioja y Río Negro”.

53 Acta de Sesiones (23), intervención del Convencional Iván José María Cullen, p.3081.

de la persona removiendo todo obstáculo que limite de hecho la igualdad y la libertad de los individuos o que impida la efectiva participación de todos en la vida política, económica, social y cultural de la comunidad."

También, al establecer una serie de derechos sociales, el texto constitucional establece protecciones especiales de los siguientes grupos; mujer embarazada⁵⁴, niños⁵⁵, jóvenes⁵⁶, ancianos⁵⁷, personas

54 Constitución de Jujuy: "Artículo 45.- PROTECCION A LA MATER-
NIDAD Y PATERNIDAD: 1. La maternidad y la paternidad constituyen
valores sociales eminentes. 2. El Gobierno y la comunidad protegerán a los
padres y a las madres, garantizándoles su plena participación laboral, in-
tellectual, profesional y en la vida cívica del país y de la Provincia. 3. La
madre y el niño gozarán de especial y privilegiada protección y asistencia.
A tales fines el Estado arbitrará los recursos necesarios."

55 Constitución de Jujuy: "Artículo 46.- PROTECCION A LA NIÑEZ: 1.
El Estado propenderá a que el niño pueda disfrutar de una vida sana, miti-
gando los efectos de la miseria, la orfandad o su desamparo material o mor-
al. 2. Los funcionarios del Ministerio Público de Menores, cuando los niños
carecieren de padres o representantes legales o cuando éstos no cumplieren
con sus obligaciones, deberán solicitar la designación de tutores especia-
les para que gestionen lo que fuere necesario para su adecuada protección
material y espiritual, bajo su supervisión. 3. El Estado deberá tomar las me-
didas apropiadas para brindar eficaz protección a los niños privados de un
medio familiar normal."

56 Constitución de Jujuy: "Artículo 47.- GARANTIAS PARA LA JUVEN-
TUD: 1. Los jóvenes gozarán de garantías especiales para la realización efec-
tiva de sus derechos económicos, sociales y culturales, en igualdad de opor-
tunidades. 2. El Estado deberá desarrollar políticas para la juventud que
tengan como objetivo prioritario fomentar su creatividad, responsabilidad y
sentido de servicio a la comunidad."

57 Constitución de Jujuy: "Artículo 49.- PROTECCION A LAS PERSO-
NAS DE EDAD AVANZADA Las personas de edad avanzada tienen dere-
cho a la seguridad económica y social, al goce de la cultura, del tiempo libre,
a una vivienda digna y a condiciones de convivencia que tiendan a propor-
cionarles oportunidades de realización plena a través de una participación
activa en la vida de la comunidad."

con discapacidad⁵⁸, aborígenes⁵⁹ y trabajadores⁶⁰.

La Constitución de La Rioja (1986) dice:

"Artículo 21°. Igualdad. Todos los habitantes tienen idéntica
dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinciones ni privile-
gios por razones de sexo, raza, religión o cualquier otra condición
socioeconómica o política. El Estado propenderá al pleno desarro-
llo de la persona humana y a la efectiva participación de todos los
habitantes en la organización política, económica y social de la pro-
vincia, removiendo los obstáculos de orden jurídico, económico y
social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los mis-
mos, impidan tal realización."

Por su parte, realiza una especial protección de los siguientes

58 Constitución de Jujuy: "Artículo 48.- PROTECCION A LOS DISCA-
PACITADOS El Estado garantiza el derecho de asistencia educativa e inte-
gral a los discapacitados, procurando los medios que les fueren necesarios
para su integración plena en la sociedad."

59 Constitución de Jujuy: "Artículo 50.- PROTECCION A LOS ABORI-
GENES La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una
legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económi-
co y social."

60 Constitución de Jujuy: "Artículo 52.- DERECHOS DE LOS TRABA-
JADORES La Provincia, en ejercicio del poder de policía que le compete,
garantiza a los trabajadores el pleno goce y ejercicio de sus derechos recon-
ocidos en la Constitución Nacional y la ley, y en especial..."

grupos vulnerables; trabajadores⁶¹, madres⁶², niños y adolescentes⁶³, ancianos⁶⁴ y personas con discapacidad⁶⁵.

La Constitución de Salta (1986) señala:

“Artículo 13: Principio de igualdad. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia perso-

61 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 33º.- DERECHOS DEL TRABAJADOR. El trabajo, como digna actividad humana, goza de la protección del Estado provincial, quien reconoce y declara los siguientes derechos a objeto de que todas las autoridades ajusten sus acciones a los principios informadores de los mismos: derecho a trabajar; a una retribución justa; a la capacitación; a condiciones dignas de trabajo; a la participación en las ganancias de la empresa con control de su producción, cogestión o autogestión en la dirección; a la preservación de la salud; al bienestar; a la seguridad social; a la protección de su familia; al mejoramiento económico; a la defensa de sus intereses profesionales y de aprender y enseñar...”

62 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 34º.- PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. La familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad será objeto de preferente atención por parte del Estado provincial, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines. La Provincia promoverá la unidad económico familiar y el bien de familia, conforma lo que una ley especial determine. La atención y asistencia de la madre y el niño gozarán de la especial consideración del Estado”

63 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 36º.- PROTECCIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE. Todo niño o adolescente tiene derecho a la protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo total o parcial, moral o material, permanente o transitorio, corresponde a la Provincia como inexcusable deber social, proveer a dicha protección ya sea en forma directa o por medio de institutos.”

64 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 37º.- PROTECCIÓN DE LA ANCIANIDAD. Todo anciano tiene derecho a la protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer a dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos o fundaciones creados para ese fin.”

65 Constitución de La Rioja: “ARTÍCULO 38º.- PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO. La Provincia promoverá políticas de prevención, protección, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos y psíquicos, como asimismo aquellas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto a los deberes de solidaridad para con ellos.”

nal o social. No se admiten fueros personales. Quedan suprimidos todos los títulos y tratamientos honoríficos o de excepción para los cuerpos, magistrados y funcionarios de la Provincia, cualquiera sea su investidura. Los poderes públicos aseguran las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, procurando remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Garantizase la igualdad del hombre y la mujer y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos.”

A lo largo del texto constitucional se identifican y protegen los integrantes de los siguientes grupos; pueblos indígenas⁶⁶, consumi-

66 Constitución de Salta: “Artículo 15: PUEBLOS INDÍGENAS. I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.”

dores y usuarios⁶⁷, madres⁶⁸, niños⁶⁹, jóvenes⁷⁰, ancianos⁷¹, personas

67 Constitución de Salta: “Artículo 31: DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades aseguran la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación regula la publicidad para evitar inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación y establece sanciones contra los mensajes que distorsionen la voluntad de compra del consumidor mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. La legislación establece procedimientos eficaces y expeditos para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo la necesaria participación de los consumidores, usuarios, asociaciones que los representen y municipios, en los órganos de control.”

68 Constitución de Salta: “Artículo 32: RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines. La madre goza de especial protección y las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar.”

69 Constitución de Salta: “Artículo 33: DE LA INFANCIA. El Estado asegura la protección de la infancia, cubriendo sus necesidades afectivas, ambientales, de educación, salud, alimentación y recreación.”

70 Constitución de Salta: “Artículo 34: DE LA JUVENTUD. El Estado promueve el desarrollo integral de los jóvenes, posibilita su perfeccionamiento y su aporte creativo. Propende a lograr una plena formación cultural, cívica y laboral, que desarrolle la conciencia nacional, que lo arraigue a su medio y que asegure su participación efectiva en las actividades comunitarias y políticas.”

71 Constitución de Salta: “Artículo 35: DE LA ANCIANIDAD. Se reconoce a la ancianidad el derecho a una existencia digna, considerándola como una etapa fecunda de la vida, susceptible de una integración activa sin marginación, y es deber del Estado proteger, asistir y asegurar sus derechos. La Provincia procura a los habitantes de la tercera edad: La asistencia. La vivienda. La alimentación. El vestido. La salud física. La salud moral. El esparcimiento. El trabajo acorde con sus condiciones físicas. La tranquilidad. El respeto.”

con discapacidad⁷² y trabajadores⁷³.

La Constitución de Río Negro (1988) establece:

“Artículo 14. Los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en esta Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. El Estado asegura la efectividad de los mismos, primordialmente los vinculados con las necesidades vitales del hombre. Tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades”.

“Artículo 32. El Estado afianza la igualdad de derechos entre la mujer y el varón en los aspectos culturales, políticos, económicos y sociales, para lograr juntos una participación real en la organización y conducción de la comunidad.”

La constitución rionegrina efectúa, además, una especial protección de los siguientes grupos vulnerables; trabajadores, madres, ni-

72 Constitución de Salta: Artículo 36: “DE LOS DISCAPACITADOS. Los poderes públicos brindan a los discapacitados físicos, sensoriales o psíquicos la asistencia apropiada, con especial énfasis en la terapia rehabilitadora y en la educación especializada. Se los ampara para el disfrute de los derechos que les corresponden como miembros plenos de la comunidad.”

73 Constitución de Salta: “Artículo 43: PROTECCIÓN DEL TRABAJO. El trabajo, en sus diversas formas, es un derecho y un deber en la realización de la persona y en su activa participación en la construcción del bien común. Por su alta finalidad social goza de la especial protección de las leyes, que deberán procurar al trabajador las condiciones de una existencia digna y libre. La Provincia reconoce al trabajo como la fuente genuina del progreso y bienestar de todos sus habitantes. A través de él las personas manifiestan su capacidad creadora.”

ños⁷⁴, ancianos⁷⁵ y personas con discapacidad⁷⁶.

De las Constituciones que fueron individualizadas en las sesiones de la Convención Constituyente de 1994 entiendo que el antecedente más relevante de las medidas de acción positivas es el último párrafo del artículo 46 de la Constitución del Paraguay que dice: “Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.”

En el resto de las cartas magnas, tanto de otras naciones como las de las provincias argentinas mencionadas, si bien manifiestan que el Estado debe remover los obstáculos para el efectivo goce de los derechos, sostienen un modelo de igualdad tradicional, en algunos casos con cláusulas antidiscriminatorias. Esta regulación no alcanza a constituir un reconocimiento de la herramienta de medidas de acción positiva, ya que la actividad que se le exige al Estado tiene

74 Constitución de Río Negro: “Artículo 33. Los niños tienen derecho a la protección y formación integral por cuenta y cargo de su familia; merecen trato especial y respeto a su identidad, previniendo y penando el Estado cualquier forma de mortificación o explotación. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, en hogares con personal especializado, sin perjuicio de la obligación de subrogarse en el ejercicio de las acciones para demandar a los familiares obligados los aportes correspondientes. Reciben por los medios de comunicación mensajes pacíficos y orientados a su formación en base a los valores de la argentinidad, solidaridad y amistad.”

75 Constitución de Río Negro: “Artículo 35. Las personas de la tercera edad, por su experiencia y sabiduría continúan aportando al progreso de la comunidad. Se les garantiza el derecho a trabajar y a gozar del esparcimiento, tranquilidad y respeto de sus semejantes. Tienen derecho a su protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, sin perjuicio de la obligación de subrogarse en el ejercicio de las acciones para demandar de los familiares obligados los aportes correspondientes.”

76 Constitución de Río Negro: “Artículo 36. El Estado protege integralmente a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad tome conciencia y adopte actitudes solidarias. Las construcciones públicas prevén el desplazamiento normal de los discapacitados. El Estado promueve a las personas excepcionales y facilita su educación especial.”

como destinatarios a las personas en general, sin hacer referencia a un trato diferente –que afecte la igualdad tradicional– en favor de algún grupo vulnerable. Es cierto que, en muchos casos, por separado, dichas constituciones establecen la protección de algunos grupos como mujeres, niños, ancianos, trabajadores, etc., pero sin referir a una discriminación positiva respecto de sus integrantes. Es decir, están presentes algunos elementos de las acciones afirmativas, aunque falta un eslabón que permita el funcionamiento de dicha herramienta constitucional.

Contextualizando el momento histórico en el que se produjo la reforma constitucional y relevando los ordenamientos jurídicos que fueron analizados por los constituyentes, intuyo que la regulación del artículo 75, inciso 23, primer párrafo, es una norma original que avanza en las garantías de la igualdad jurídica sustancial en una forma inédita en el derecho comparado. Esta particularidad de no contar con un régimen del cual tomar nota para seguir, implica un desafío político institucional para resolver cuestiones que indefectiblemente se plantearan frente a la aplicación de las medidas de acción positiva en nuestro país.

Entre las características centrales de las medidas de acción positiva se puede relevar que se trata de medidas legislativas –obligación indelegable del Estado–, que pueden y deben ser acompañadas –dentro de sus competencias por los otros dos poderes constituidos, el judicial y el ejecutivo–, que su existencia se justifica por una situación de desigualdad real o estructural respecto de personas que integran grupos vulnerables o en relación a derechos fundamentales, que pueden ser instrumentalizadas a través de normas que utilicen el sistema de metas u objetivos o el mecanismo de cupos (en estos casos se impone a los ciudadanos el deber de aceptar ser eliminados de una competencia en aplicación de dicho régimen promocional), que tienen carácter temporal y que duran mientras se mantengan las causas que justificaron su creación.

En cuanto a los grupos afectados, fue explicado por quienes redactaron la Constitución que, por la redacción del nuevo inciso, el listado que individualiza a las personas allí identificadas, como beneficiarias de las medidas de acción positiva, podía ser ampliado a partir del cambio de las circunstancias sociales –básicamente des-

igualdades estructurales– que en el futuro implicaran la necesidad de garantizar la igualdad jurídica con estas medidas.

Los variados argumentos en contra fueron, desde una defensa del derecho a la vida y oposición a la despenalización del aborto (como vimos no estaba en discusión) hasta posturas ideológicas liberales–conservadoras de oposición al concepto de igualdad que propone la incorporación de las medidas de acción positivas (ejemplo de ellos es la frase de Alsogaray: “Por más que sea una aspiración, la igualdad de oportunidades es algo irrealizable”), pasando por argumentos referidos a la innecesidad de agregar derechos a la Constitución, por estar ya implícitamente reconocidos en su artículo 33 o por encontrarse enumerados en los Tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad.

Varios de los convencionales constituyentes reconocieron expresamente que la incorporación de las medidas de acción positiva implicaba implantar un nuevo principio de igualdad complementario del art. 16 de la CN. Recupero aquí por su claridad, la intervención de Alasino: “En realidad, lo que estamos tratando de hacer en este inciso es agregarle un contenido distinto al viejo derecho de igualdad de la Constitución Nacional”.

VI. Medidas de acción positiva en la legislación argentina

En este punto final del presente comentario al artículo 75, inc. 23 de la CN realizaré un relevamiento de las principales normas adoptadas en el ámbito federal que pueden ser consideradas como ejemplos de medidas de acción positiva, con la finalidad de evaluar las diversas modalidades que puede adquirir esta herramienta y comprender su estructura y funcionamiento, sabiendo por otra parte que existe también en los ámbitos provinciales abundante normativa similar. Este repaso –a vuelo de pájaro– es una primera inducción a las medidas de acción positiva en la práctica que merecerá un mejor y mayor tratamiento por la academia jurídica argentina.

01. Leyes

01. 01. La Ley 22.43177 de cupo acceso al trabajo a personas con discapacidad (1981)

Se trata posiblemente de uno de los antecedentes más antiguos de las medidas de acción positiva, que establece un sistema de cupos obligatorios en materia laboral para personas con discapacidad, aprobado por un régimen dictatorial en el que la democracia y los derechos humanos no eran practicados ni respetados en absoluto⁷⁸.

En su segundo capítulo, dedicado al trabajo y la educación, establece para el Estado nacional y el Municipio de Buenos Aires un cupo laboral de personas con discapacidad del 4% de la totalidad de su personal⁷⁹ y una prioridad para dicho grupo vulnerable para el otorgamiento de modalidades de otorgamiento del uso de bienes del dominio público o privado de dichos Estados⁸⁰.

77 Sancionada el 16 de marzo de 1981. Es una norma dictada durante la última dictadura militar de la Argentina, donde el Congreso se encontraba cerrado y la facultad legislativa estaba en cabeza del presidente por disposición del artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional.

78 Dice: “Artículo 1° - Institúyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales.”

79 Art. 8° - El Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4 %) de la totalidad de su personal.”

80 Art. 11. - En todos los casos en que se conceda u otorgue el uso de bienes del dominio público o privado del Estado nacional o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para la explotación de pequeños comercios, se dará prioridad a las personas discapacitadas que estén en condiciones de desempeñarse en tales actividades, siempre que las atiendan personalmente, aún cuando para ello necesiten del ocasional auxilio de

01.02. Ley 24.012 cupo femenino en listas electorales (1991)

Por la importancia política e histórica esta norma –que fue el motor de la incorporación de las medidas de acción positiva en la reforma de 1994– fue abordada al inicio del presente capítulo, remitiéndome a dicho tratamiento.

01.03. Ley 24.901⁸¹ de personas con discapacidad (1997)⁸²

Esta norma estableció un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

Se trata de una ley integral de protección de los derechos –básicamente a la salud y previsión social– que implicó el acceso obras sociales con prestaciones básicas, específicas y complementarias en materia de rehabilitación e integración educativa y asistencial. No incorpora ningún sistema de cupo laboral ni educativo.

terceros. Idéntico criterio adoptarán las empresas del Estado nacional y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires con relación a los inmuebles que les pertenezcan o utilicen. Será nulo de nulidad absoluta la concesión o permiso otorgado sin observar la prioridad establecida en el presente artículo. El Ministerio de Trabajo, de oficio o a petición de parte, requerirá la revocación por ilegitimidad de tal concesión o permiso. Revocado por las razones antedichas la concesión o permiso, el organismo público otorgará éstos en forma prioritaria y en las mismas condiciones, a persona o personas discapacitadas.

81 Sancionada el 05 de noviembre de 1997. Publicada en el Boletín Oficial del 05-dic-1997.

82 López Viñals, J (2020) “Derechos de las Personas con Discapacidad en contextos de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” en Nuevas propuestas, año XL vol. 55. Pp. 26-33. Ediciones UCSE. Santiago del Estero.

01.04. Ley 25.674⁸³ de cupo femenino en representación sindical (2002)⁸⁴

Esta ley dispone que cada unidad de negociación colectiva de las condiciones laborales, deba contar con la participación proporcional de mujeres delegadas en función de la cantidad de trabajadoras de dicha rama o actividad. Es decir, la integración obligatoria con mujeres en cargos electivos y representativos de las organizaciones sindicales, determinando que el porcentaje femenino será de un mínimo de un 30% cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores y trabajadoras. Además, en los casos en que dicha cantidad no llegase al 30% del total del colectivo de trabajadores representados, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical, será proporcional a esa cantidad.⁸⁵

83 Sancionada el 06 de noviembre de 2002. Publicada en el Boletín Oficial del [29-nov-2002](#).

84 El decreto 514/03, a través del cual requiere previo a la constitución de las comisiones de negociación a que se refieren el art. 4to. de la ley N° 23.546 y su modificatoria, la ley N° 25.250, y el art. 6to. del decreto 447/93, dice que “la o las organizaciones sindicales de cualquier grado deberán, juntamente con la designación de sus representantes, denunciar con carácter de declaración jurada, la cantidad porcentual de mujeres sobre el total de los trabajadores que se desempeñan en el ámbito de la negociación correspondiente, a fin de que la autoridad de aplicación verifique que se ha cumplido con la participación proporcional de las mujeres que establece el artículo 1 de la ley 25.674, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el art. 2do. de esta ley en caso que se incumpla la obligación establecida en el párrafo precedente o en caso de que la cantidad porcentual de mujeres denunciada fuera inferior a la cantidad porcentual de mujeres que se desempeñan realmente en el ámbito de negociación correspondiente”. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social emitió la Resolución 434/2021 de creación del Programa de Fortalecimiento del Liderazgo de las Mujeres y Diversidades Sexuales en las Organizaciones Sindicales, en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral, dependiente de la Secretaría de Trabajo.

85 La ley 23.551 quedó redactada de la siguiente forma: “Artículo 18. - Para integrar los órganos directivos, se requerirá:.. La representación femenina en los cargos electivos y representativos de las asociaciones sindicales será de un mínimo del 30% (treinta por ciento), cuando el número de mujeres alcance o supere ese porcentual sobre el total de los trabajadores.

01.05. Ley 26.485⁸⁶ de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (2009)

Esta ley tiene por objeto principal promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida y proteger el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia.

Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores la eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres y la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres, entre otros.

Cuando la cantidad de trabajadoras no alcanzare el 30% del total de trabajadores, el cupo para cubrir la participación femenina en las listas de candidatos y su representación en los cargos electivos y representativos de la asociación sindical, será proporcional a esa cantidad. Asimismo, las listas que se presenten deberán incluir mujeres en esos porcentuales mínimos y en lugares que posibiliten su elección. No podrá oficializarse ninguna lista que no cumpla con los requisitos estipulados en este artículo.”

86 Sancionada el 11 de marzo de 2009. Publicada en el Boletín Oficial el 14/04/09.

01.06. Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario (2010)⁸⁷

Esta norma es producto de una larga lucha de la sociedad movilizadora para, a través de la reforma del Código Civil, establecer que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Entre las varias modificaciones se destaca que con la nueva legislación todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.

01.07. Ley 26.743 de Identidad de Género (2012)

La Opinión Consultiva N° 24 del 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aseguró: “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención” y que “en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vi-

87 Ampliar en: Solari, Néstor y Von Opiela, Carolina (directores), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011; Bimbi, Bruno, *Matrimonio Igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2010; Robichaux, David (compilador), *Familia y diversidad en América Latina. Estudio de casos*. Clacso Libros, Buenos Aires, 2007; Ferrer, Francisco A. M. y Otros, *Nuevo Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia. Ley 26.618*, Ediar, Buenos Aires, 2010; Massenzio, Flavia y Rachid, María, “La conquista del matrimonio igualitario en la Argentina”, Dossier, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica.

tal importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación”.

01.08. Ley 27.412 de paridad de género en ámbitos de representación política (2017)

Esta norma profundiza la política de paridad iniciada en la materia, nuevamente modificando el Código Electoral Nacional, disponiendo su nuevo artículo 60 que; “Las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente...”.

También regula las sustituciones en los cargos para casos de muerte renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado⁸⁸ o senador nacionales⁸⁹ y parlamentarios del

88 El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 164:** En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a Diputado/a Nacional lo/a sustituirán los/as candidatos/as de su mismo sexo que figuren en la lista como candidatos/as titulares según el orden establecido. Una vez que ésta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los/as suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva y el criterio establecido en el párrafo anterior. Si no quedaran mujeres o varones en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 51 de la Constitución Nacional. En todos los casos los/as reemplazantes se desempeñarán hasta que finalice el mandato que le hubiere correspondido al titular.”

89 El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 157:** El escrutinio de cada elección se practicará por lista sin tomar en cuenta las tachas o sustituciones que hubiere efectuado el votante...En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a senador/a nacional de la lista que hubiere obtenido la mayoría de votos emitidos lo/la sustituirá el/la senador/a suplente de igual sexo. Si no quedaran mujeres en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 62 de la Constitución Nacional. En caso de

Mercosur⁹⁰, estableciendo que será reemplazado por el suplente de igual sexo, y si no quedaran mujeres en la lista, se considerará la banca como vacante.

También modifica la ley 23.298, orgánica de los partidos políticos, obligando a sus autoridades y afiliados a ajustar su actuación, respetando la paridad de género en el acceso a cargos partidarios y en su funcionamiento institucional⁹¹.

01.09. Ley 27.53992 de cupo femenino en espectáculos musicales públicos o privados (2019)

Esta ley tiene por objeto regular el cupo femenino y el acceso de las artistas mujeres a los eventos de en vivo que hacen al desarrollo

muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a senador/a nacional de la lista que hubiere resultado siguiente en cantidad de votos emitidos, será sustituido/a por el/la suplente por su orden.”

90 El Código Electoral Nacional quedó redactado de la siguiente forma: “**Artículo 164 octies:** Sustitución. En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a parlamentario/a del Mercosur lo/a sustituirá el/la primer/a suplente del mismo sexo de su lista de acuerdo al artículo 164 septies.”

91 La ley 23.298 fue modificada de la siguiente forma: “**Artículo 3°:** La existencia de los partidos requiere las siguientes condiciones sustanciales: ...b) Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades y organismos partidarios, en la forma que establezca cada partido, **respetando la paridad de género**, sin necesidad del cumplimiento estricto del principio de alternancia...”; “**Artículo 21:** La carta orgánica constituye la ley fundamental del partido en cuyo carácter rigen los poderes, los derechos y obligaciones partidarias y a la cual sus autoridades y afiliados deberán ajustar obligatoriamente su actuación, **respetando la paridad de género** en el acceso a cargos partidarios”, “**Artículo 50:** Son causas de caducidad de la personalidad política de los partidos: h) La **violación de la paridad de género** en las elecciones de autoridades y de los organismos partidarios, previa intimación a las autoridades partidarias a ajustarse a dicho principio.”

92 Sancionada el 20 de noviembre de 2019. Publicada en el Boletín Oficial del 20-dic-2019.

de la industria musical, disponiendo en su segundo artículo que “los eventos de música en vivo así como cualquier actividad organizada de forma pública o privada que implique lucro comercial o no y que para su desarrollo convoquen a un mínimo de tres (3) artistas y/o agrupaciones musicales en una o más jornadas y/o ciclos, y/o programaciones anuales, deben contar en su grilla con la presencia de artistas femeninas conforme” una tabla en que se detalla en la norma.

A los efectos de dicha ley, se consideran sujetos obligados al cumplimiento del cupo referido a aquellos que cumplan la función de productor/a y/o curador/a y/o organizador/a y/o responsable comercial del evento, entendiendo que si estas condiciones están repartidas entre diferentes personas humanas o jurídicas la obligación impuesta por la presente norma los alcanza de manera solidaria a todos ellos. Sus deberes son acreditar fehacientemente ante la Autoridad de Aplicación dentro de los noventa (90) días previos a la realización del espectáculo o dentro de los cinco (5) días posteriores de la puesta a la venta de las entradas al mismo y/o publicidad del evento el cumplimiento del cupo establecido mediante la presentación de la grilla del espectáculo programado.

01.10. Ley 27.61193 de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia (2020)

Se trata de una de las últimas de las normas vinculadas con el cumplimiento de las obligaciones constitucionales del Poder Legislativo derivadas directamente del artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional⁹⁴.

93 Sancionada el 30 de diciembre de 2020. Publicada en el Boletín Oficial del 15 de enero de 2021. Reglamentada por Decreto Reglamentario 515/2021.

94 “Art. 2º- Marco normativo. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cul-

Esta ley tiene por objeto fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia.

01.11. Ley 27.636⁹⁵ de Promoción del Acceso al Empleo Formal “Diana Sacayán- Lohana Berkins” (2021).⁹⁶

Esta ley tiene por objeto establecer “medidas de acción positiva” orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina.

Se destaca que en su artículo segundo se identifica el “marco normativo” de la ley indicando: “En cumplimiento de las obligaciones

turales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en virtud de la protección que les otorgan al derecho a la identidad, la salud integral, la alimentación saludable, a una vida digna y libre de violencias, a la seguridad social y al cuidado en los primeros años de la niñez.”

95 Sancionada el 24 junio de 2021. Publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2021. Reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional por el Decreto Reglamentario 659/2021.

96 Reglamentada por Decreto N° 659/2021 (Boletín Oficial, 28 de Septiembre de 2021).- DCTO-2021-659- APN-PTE - Apruébase la Reglamentación de la Ley N° 27.636.

del Estado argentino en materia de igualdad y no discriminación, la presente ley adopta medidas positivas para asegurar a las personas travestis, transexuales y transgénero el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales; las recomendaciones específicas establecidas en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género; la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas de mismo sexo y la ley 26.743, de identidad de género”.

Su capítulo dos se titula “Medidas de acción positiva” y regula con detalle las medidas de metas y objetivos en las políticas públicas.

02. Decisiones Administrativas

2.1. RES 266/19 del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación de acceso a cargos judiciales para mujeres⁹⁷

Esta norma modificó los artículos 40, 44 y 47 del Reglamento de Concursos con la finalidad de dar cumplimiento efectivo de la participación de la mujer en la integración de ternas para magistrados. Entre sus fundamentos se destaca que; “En el último estudio del año 2018 del *Mapa de Género de la Justicia Argentina*, relevamiento periódico que realiza la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 2010, se confirma, un problema ya reconocido en diferentes ámbitos y contextos pero de difícil estudio en función de la falta de datos específicos: pese a que la composición del Poder Judicial es mayoritariamente femenina, esta representación no se ve reflejada en la distribución jerárquica de los cargos que ocupan, existien-

do un marcado descenso de la presencia de mujeres en los estamentos superiores. Este fenómeno de segregación vertical es conocido como *techo de cristal*”.

Con base en la Constitución Nacional (art. 37 y 75, inc.23 y cc) afirma el Consejo al fundamentar la reforma del reglamento; “La manda constitucional es clara y consagra expresamente que el derecho a la igualdad real de oportunidades debe garantizarse. Para ello, los poderes del Estado deben utilizar estas medidas de acción positiva... Es por estos motivos que el Consejo de la Magistratura, debe intervenir con acciones positivas para revertir la desigualdad real de acceso de las mujeres a los altos cargos del Poder Judicial”.

El artículo 40 quedó redactado de la siguiente forma; “Una vez que la Comisión se haya expedido sobre las impugnaciones, deberá convocar para la realización de la entrevista personal, como mínimo, a los postulantes que hubieren obtenido los primeros seis (6) puntajes en el orden de mérito. Para el supuesto que entre los primeros seis (6) lugares no hubiera una mujer, se convocará además a la entrevista a la postulante mujer que siga en orden de mérito, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que la postulante haya obtenido los puntajes reglamentarios mínimos, y que la diferencia de puntaje con quien integre el sexto lugar de la convocatoria a entrevista no exceda los 10 puntos.”

En su artículo 44, al regular la conformación de las ternas, se incorporó el siguiente contenido; “Deberá incorporarse una mujer en la terna siempre que la entrevista realizada haya sido satisfactoria y la diferencia de puntaje con el postulante que se haya ubicado en tercer lugar no supere los 10 puntos”.

Finalmente, al modificar el artículo 47 complementa la incorporación de mujeres a la conformación de ternas con el texto: “Para el supuesto que entre los tres (3) candidatos referidos no hubiera una postulante mujer, se convocará además a la entrevista a la postulante mujer que siga en orden de mérito, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que la postulante haya obtenido los puntajes reglamentarios mínimos, y que la diferencia de puntaje con quien integre el sexto lugar de la convocatoria a entrevista no exceda los 10 puntos.”

97 En similar sentido Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación emitió la Resolución 269/2019, mediante la cual exige como requisito de inscripción a los concursos la constancia de capacitación en materia de perspectiva de género.

2.2. Resolución General N° 797/2019 de la Comisión Nacional de Valores -CNV-

La Comisión Nacional de Valores emitió la Resolución General 797/2019, que establecieron obligaciones en la confección de la Memoria anual y la inclusión de un reporte del Código de Gobierno Societario disponiendo que se deberá propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional.

Dice la norma: “El directorio deberá activamente propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional... En cuanto a la diversidad de género, resulta de especial relevancia que la compañía no solo considere la composición del Directorio sino la equidad en la remuneración de sus miembros y también la posibilidad de que mujeres tengan acceso a puestos de liderazgo en el Directorio, tales como la Presidencia del órgano o algunos de sus comités. La transparencia y divulgación en materia de diversidad en el directorio es un elemento importante para los inversores y muestra la profesionalización del órgano...”

2.3. RES 34/2020 de la Inspección General de Justicia -IGJ-⁹⁸

A partir de la entrada en vigencia de dicha resolución, las asociaciones civiles en proceso de constitución, las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario, las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren comprendidas en el artículo 299 de la ley 19.550, las Fundaciones con un Consejo de Administración de Integración temporaria y electiva y las Socie-

⁹⁸ Fecha de sanción 03-08-2020. Publicada en el Boletín Nacional del 05-Ago-202. Dicha norma fue complementada por la Resolución General IGJ N° 35/2020, difirió su entrada en vigencia al 4 de octubre de 2020, en virtud de la emergencia sanitaria y aclaró que la exigencia para las sociedades anónimas, fundaciones y sociedades del Estado **incluían no solo las que se constituyeran a partir de la regulación sino todas aquellas que ya estuvieren inscriptas al momento de entrada en vigencia** de la normativa.

dades del Estado deberán incluir en su órgano de administración -y en su caso en el órgano de fiscalización- una composición que respete la diversidad de género, estableciendo su integración por la misma cantidad de miembros femeninos y masculinos⁹⁹.

Agrega la resolución que cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de mujeres.

Dicha norma fue recurrida ante la Justicia Nacional en lo Comercial, resolviendo su suspensión judicial en un fallo en el que la Cámara interviniente efectuó un reconocimiento de la versión estructural complementaria del principio de igualdad ante la ley, argumentó en contra de las resoluciones que establecían cupos para la integración de diversos órganos societarios con mujeres por entender que la decisión violaba la ley de sociedades y afectaba derechos subjetivos de los hombres que pudieran resultar excluidos por la medida.¹⁰⁰Dijo la

⁹⁹ Ampliar en; Vaiser, Lidia; Camerini, Marcelo A., “¿Igualdad de género o equidad de género? Una mirada femenina y masculina sobre las resoluciones generales (IGJ) 34 y 35”, Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), noviembre de 2020; Benítez, Facundo I., “La Resolución General de IGJ Nro. 34/2020: ¿Un exceso reglamentario?”, Microjuris, MJ-DOC-15476-AR | MJD15476, publicación del 11 de agosto de 2020; Patricia A. Fernández de Andreani: “La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de género” - LL - 14/8/2020; Fortunato, Cristina B. y Prono, Javier R., “La resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia y los derechos de la mujer”, La Ley, 14/12/2020; Ciolli, María Laura, “Hacia la igualdad real de las personas en clave constitucional y convencional. Comentario a la res. Gral. 34/2020 y la res. Gral. 35/2020, ambas de Inspección General de Justicia de la Nación.”, La Ley, Cita online: AR/DOC/3803/2020; Mata, Juan Ignacio, “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, La Ley, 06/10/2020, Cita online: AR/DOC/3218/2020; Vítolo, Daniel Roque, “Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. De las recomendaciones y acciones impositivas a la imperatividad”, La Ley, 12/07/2021.

¹⁰⁰ La Sala C de la Cámara Nacional Comercial, en autos “IGJ c/ Línea Expreso Liniers SAIC s/Organismos Externos”, resolución del 09 de agosto de 2021, dispuso **dejar sin efecto las resoluciones generales 34/2020 y 35/2020** dictadas por la **Inspección General de Justicia (IGJ)** que exige la conformación de los órganos de administración y fiscalización con paridad de

alzada que: “Ese cupo automático no solo importó imponer una obligación a quienes antes no la tenían, sino también descartar a otros postulantes por el solo hecho de no pertenecer al grupo tutelado, postergando –en su caso– a otros colectivos que pudieran encontrarse en similar grado de vulnerabilidad, todo lo cual evidencia que estamos ante materias que no encuadran dentro de la noción de “reglamentación” que el señor Inspector a cargo de la IGJ invocó.”¹⁰¹

2.4. Decreto Presidencial N°476/21 del 21/07/2021 que reconoce identidades por fuera del binomio masculino y femenino al incorporar la nomenclatura “X” en el Documento Nacional de Identidad (DNI)

Esta decisión del presidente Alberto Fernández se enmarca en el reconocimiento de las identidades por fuera de la clásica distinción binaria entre varón y mujer, y se enmarca en una política pública de avanzada a nivel mundial.

En su segundo artículo este decreto presidencial determina que las nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para argen-

tinios en el campo referido al “sexo” podrán ser “F” –Femenino–, “M” – Masculino– o “X”. Especifica en su artículo 4 que: “A los fines del presente decreto, la nomenclatura “X” en el campo “sexo” comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino”.

género. Respecto de la regulación de la igualdad ante la ley dijo: “El criterio tradicional de igualdad debe ser, entonces, un piso mínimo y necesario, pero insuficiente cuando lo que se enfrenten sean desigualdades estructurales que muestren que, por hallarse en situación de postergación, ciertas personas también se encuentran impedidas de acceder a los beneficios de esa igualdad legal, que a su respecto se presenta meramente declamatoria.”

101 Este argumento coincide con lo expuesto por; “Benítez, Facundo I., “La Resolución General de IGJ Nro. 34/2020: ¿Un exceso reglamentario?”, *Microjuris*, MJ-DOC-15476-AR | MJD15476, publicación del 11 de agosto de 2020”, quien sostuvo: “Más allá de la innegable necesidad de tender hacia la paridad de género, atento a la existencia del denominado «techo de cristal», como aquella forma velada que impide el ascenso u ocupación de las mujeres en cargos directivos y gerenciales afincado en cuestiones culturales y no de idoneidad, insistimos en que estamos en presencia de una resolución dictada en exceso de las atribuciones del organismo, al modificar la ley de fondo, esto es agregando requisitos que la Ley General de Sociedades no requiere siquiera en una forzada interpretación amplia del plexo normativo.”

Derecho Constitucional, control del poder y garantía de los derechos

Diego A. Dolabjian

...el constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél.

Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar. No hay en esto nada completo ni definitivo, pero es un gran triunfo (Friedrich, 1946, p. 10)

Introducción

En estas líneas se ofrece un breviarío sobre la Constitución dirigido a resaltar su relevancia como marco básico de la organización estatal, la Administración pública, el Derecho Administrativo y la abogacía del Estado. En tal sentido, se presentan apuntes sobre conceptos esenciales de Derecho Constitucional (§I) y se exploran esquemas capitales relativos al control del poder (§II) y la garantía de los derechos (§III) en la Constitución federal de la Argentina¹. Con tales coordenadas se trata de brindar un panorama sobre una

¹ En adelante, también “Constitución Nacional” o “CN”.

serie de elementos indispensables para la comprensión y realización de nuestro orden jurídico fundamental².

I. DERECHO CONSTITUCIONAL

Para comenzar el recorrido, se exponen sucintamente algunas nociones cardinales acerca del sentido del constitucionalismo, la Constitución, el Estado constitucional, las formas de Estado y de Gobierno, los controles y las garantías.

1. Constitucionalismo

De manera inicial, el constitucionalismo puede presentarse como un movimiento que, a través de varias corrientes y con distintas orientaciones, brega por “racionalizar el poder político” (*cfr.* Sagüés, 2007, pp. 1 y ss.). En esencia, se trata de la “sumisión de la política al Derecho” mediante la regulación del establecimiento y ejercicio del poder político de manera comprensiva (*cfr.* Grimm, 2016, pp. 200 y ss.). De allí que el Derecho Constitucional aparezca como un “cauce” para ordenar el proceso de autodirección política de una comunidad (*cfr.* Pérez Royo y Durán Carrasco, 2021, p. 41)³. Ello, a través de la determinación de ciertas exigencias formales y sustanciales —por regla en una Constitución escrita— re-

2 Al respecto, conviene aclarar que el presente texto se extiende más sobre los controles que sobre las garantías emergentes de la Constitución. Ello así, por dos motivos: i) la primera razón es que los tratados y manuales de la materia ya suelen dar una visión de conjunto sobre las garantías constitucionales en capítulos específicos, pero, en cambio, los controles constitucionales suelen encontrarse detallados de manera dispersa en capítulos diversos; ii) la segunda razón es que, si bien ambos mecanismos son elementales para asegurar la realización de la Constitución, es presumible que difícilmente triunfen las garantías de los derechos donde fracasen los controles del poder, pero, en cambio, la robustez de controles sí podría compensar la fragilidad de las garantías, al menos hasta cierto punto y aunque no siempre sea así.

3 Históricamente, el constitucionalismo se asocia a la idea de la “limitación” del poder público (*cfr.*, por todos, McIlwain, 1947); no obstante, aquí se opta por definiciones que aluden a la “racionalización”, “sumisión” o “cauce” del poder político por considerarlas formulaciones más adecuadas para describir la complejidad del fenómeno.

lativas a la organización de los poderes públicos del Estado y al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas⁴. Ahora bien: ciertamente, hay diversas concepciones acerca de qué implica el “constitucionalismo”.

Así, puede distinguirse entre un sentido “mínimo” y otro “pleno” (*cfr.* Nino, 1992, pp. 2 y ss.; Waluchow, 2017). El primero alcanza a todos los sistemas jurídicos donde el poder público está formalmente organizado por una Constitución, sin más. El segundo, abarca solo a los sistemas jurídicos regidos por una Constitución y que, además, satisfacen sustancialmente determinados contenidos específicos —*v. gr.*, rigidez constitucional, derechos fundamentales, régimen democrático, Estado de derecho, separación de poderes, control de constitucionalidad—⁵. Desde otra perspectiva, cabe diferenciar entre una concepción “negativa” y otra “positiva” del constitucionalismo (*cfr.* Barber, 2018). La primera se concentra solo en las limitaciones que el sistema constitucional impone al uso del poder estatal. La segunda, se preocupa también por la efectividad del ejercicio de las atribuciones que se le confieren⁶.

A su vez, pueden constatarse diversos modelos de constitucionalismo que han ido apareciendo en distintos lugares y mo-

4 Entre nosotros, tales disposiciones suelen agruparse aludiendo a la “parte dogmática” y la “parte orgánica” de la Constitución; o, con diversos matices, al Derecho Constitucional “de la libertad” y “del poder” (*cfr.* Bidart Campos, 2000, p. 291); o a la Constitución “de los derechos” y “de la democracia” (*cfr.* Nino, 1997); o al estatuto constitucional “del poder” y “de los derechos” (*cfr.* Sagüés, 2007); o al sistema constitucional “de los ciudadanos” y de los “servidores públicos” (*cfr.* Ferreyra, 2015, pp. 272, 296 y ss.); o al constitucionalismo de la “autonomía individual” y del “autogobierno colectivo” (*cfr.* Gargarella, 2021, pp. 42 y ss.).

5 Ciertamente, el significado central del constitucionalismo moderno se asocia al sentido “pleno” (*cfr.* Biscaretti di Ruffia, 2006, pp. 124-125; Matteucci, 2010, pp. 136 y ss.).

6 En este sentido, cabría observar que el poder es una “necesidad social”, pero también un “peligro social” (*cfr.* de Jouvenel, 1956, pp. 325 y ss.). De ahí que el constitucionalismo, para satisfacer las expectativas de la comunidad, deba procurar no solo que el poder político sea limitado y controlado, sino también operativo y eficaz (*cfr.* Bidart Campos, 1985, pp. 161 y ss.).

mentos⁷. Así, brevemente, cabría mencionar los siguientes tipos, con sus rasgos esenciales: i) “liberal”, caracterizado por plasmar los derechos de abstención y perseguir la limitación del Estado; ii) “conservador”, caracterizado por acotar los derechos individuales y aumentar la intervención del Estado; iii) “democrático”, caracterizado por extender los derechos de participación y remozar la legitimación del Estado; iv) “social”, caracterizado por consagrar los derechos de prestación y acrecentar la burocratización del Estado; v) “neoliberal”, caracterizado por retraer los derechos sociales y propiciar la contracción del Estado; vi) “cosmopolita”, caracterizado por rubricar los derechos humanos y promover la internacionalización del Estado⁸. En este apartado, cabe mencionar también las trágicas experiencias de anticonstitucionalismo que ensombrecieron a Europa y a América Latina.

En Argentina, puede afirmarse que el constitucionalismo ha ido consolidando los rasgos del concepto pleno, si bien su desarrollo muestra escenarios de vigencia global del sistema, aun con dificultades (1853-1930 y 1983-actualidad), con intermitencias recurrentes de continuidades y discontinuidades (1930-1976) y un interregno de profunda oscuridad (1976-1983)⁹. En tal devenir,

7 En este punto, es habitual que la historia del constitucionalismo se desarrolle como una evolución bastante lineal de diferentes etapas sucesivas (v. gr., McIlwain, 1947; Jiménez Asensio, 2005; Fioravanti, 2014; Jaramillo Pérez *et al.*, 2018) lo cual, sin embargo, resulta una representación demasiado esquemática que no alcanza a abarcar las diversas manifestaciones del fenómeno, en particular, en cuanto al espacio latinoamericano (cfr. Dippel, 2005). Por ello, resultan valiosos los trabajos que se preocupan en aclarar de dónde parten y hacia dónde van (v. gr., Revenga Sánchez, 2019/2022) y, asimismo, los aportes que procuran ofrecer reconstrucciones acerca del constitucionalismo regional (v. gr., Gargarella, 2014; Marquardt, 2016; Cyrillo da Silva, Fuentes-Contreras y Legale, 2021).

8 En los últimos tiempos también pueden encontrarse alusiones al “neconstitucionalismo”, “constitucionalismo popular” y “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (cfr. Alterio, 2014), aunque parecen construcciones de teoría constitucional más que modelos en la historia constitucional.

9 Para un recorrido por la evolución histórica del constitucionalismo argentino, véase Bidart Campos (1976/1977), López Rosas (1996), Leiva y Abásolo (1998) y Moreno *et al.* (2021).

el constitucionalismo argentino exhibe hoy una fusión de componentes de tipo liberal, social, democrático y cosmopolita, que repelen elementos de molde conservador o neoliberal. Y, sin dudas, procura la racionalización del poder público, de modo que su despliegue sea limitado (no absoluto) y eficaz (no inoperante).

2. Constitución

Expuesto lo anterior, cabe avanzar en la vinculación entre el constitucionalismo y la Constitución. En tal sentido, si bien podría pensarse que ambos fenómenos se dan siempre juntos, lo cierto es que hay al menos un ejemplo notable de constitucionalismo sin una Constitución escrita —*i. e.*, el Reino Unido¹⁰— y muchos más de Constituciones escritas sin constitucionalismo (cfr. Pegoraro y Rinella, 2018, pp. 165 y ss.). Ahora bien: aquí también hay una pluralidad de comprensiones acerca de cómo entender la “Constitución” (cfr. Palomino Manchego, 2009).

Al respecto, puede distinguirse entre una acepción “fáctica” y otra “jurídica” (cfr. Ferreyra, 2015, pp. 183 y ss.; Grimm, 2016, pp. 4 y ss.; Volkman, 2019, pp. 33 y ss.). La primera se dirige a la manera en que una comunidad política se encuentra organizada según el plano de la realidad. La segunda, se focaliza en el modo en que debería estar ordenada según el plano de la normatividad. A su vez, dentro de este enfoque jurídico, puede contrastarse un significado “formal” y otro “material” (cfr. de Otto, 1998, pp. 17 y ss.; Volkman, 2019, pp. 35 y ss.). El primero alude al texto normativo que, independientemente de su contenido, sobresale en el sistema jurídico por su especial jerarquía —*i. e.*, supremacía y rigidez—. El segundo comprende los textos normativos que, independientemente de su jerarquía, se distinguen por versar sobre contenidos peculiares —*i. e.*, organización del Estado, derechos de las personas—.

Asimismo, puede señalarse la contraposición entre una concep-

10 Así, si bien se alude a la “Constitución escrita” como uno de los “puntos esenciales” del constitucionalismo moderno, inmediatamente se hace excepción del caso inglés con su “Constitución consuetudinaria” (cfr. Matteucci, 2010, pp. 135 y ss.).

ción “programática” y otra “normativa” de la Constitución que ha ido evolucionando en distintos lugares y momentos (*cf.* García de Enterría, 1983; de Otto 1998, pp. 13 y ss.; Jiménez Asensio, 2005; Dolabjian, 2017, pp. 120 y ss.). La primera entendería los contenidos constitucionales como principios con valor declarativo, cuya operatividad depende del legislador, sin la garantía de un control de constitucionalidad. La segunda, los asumiría como normas con valor jurídico, que resultan vinculantes para el legislador, bajo un sistema de control de constitucionalidad.

Ahondando en este aspecto, se ha afirmado que la Constitución en sentido moderno presenta las siguientes cualidades: i) es una norma jurídica vinculante, no una enunciación de principios filosóficos o una descripción de relaciones de poder; ii) su objeto es regular el establecimiento y ejercicio del poder político de manera comprensiva, por lo que no admite la existencia de poderes o el uso de vías extraconstitucionales; iii) tiene preeminencia y condiciona la validez de todos los actos del poder político, incluso respecto del legislador; iv) su origen reside en el pueblo que se encuentra sujeto a ella y tal es la base de legitimación de todo el poder político; v) sus disposiciones deben actuar en beneficio de todas las personas sujetas a ella y no solo en favor de ciertos grupos privilegiados (*cf.* Grimm, 2016, pp. 22, 334, 363 y ss.).

La Constitución argentina responde al paradigma normativo: i) se trata de la norma fundamental de todo el sistema jurídico; ii) sus disposiciones delimitan la organización de los poderes públicos del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas; iii) vincula a todas las autoridades públicas y a las personas privadas; iv) solo el Poder Constituyente puede modificar válidamente el texto constitucional; v) el Poder Legislativo debe concretar las disposiciones constitucionales mediante leyes; vi) el Poder Ejecutivo debe implementar esas leyes mediante actos¹¹; vii) el Poder Judicial debe aplicar tales leyes y actos —y, en

11 Dentro de la expresión genérica de “actos” aquí se incluyen tanto los actos unilaterales de alcance individual (“actos administrativos”) y de alcance general (“reglamentos administrativos”), como los actos bilaterales (“contratos administrativos”). Por lo demás, cabe aclarar que solo de manera excepcional se confiere al Poder Ejecutivo la atribución de cambiar las leyes, ya sea con o sin habilitación previa del Poder Legislativo, pero siempre

su caso, controlar su constitucionalidad — mediante sentencias¹².

3. Estado Constitucional

En este punto, corresponde aludir también a la noción de “Estado constitucional”. El Estado constitucional es un modelo estatal contemporáneo¹³, de cuño americano y europeo, que se define

bajo su control posterior (arts. 76 y 99: 3, CN).

12 En tal sentido, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ofrece afirmaciones del siguiente tenor: i) la Constitución asume el carácter de norma jurídica, es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo; ii) la voluntad mayoritaria debe respetar los principios fundamentales que hacen al Estado de Derecho, a la organización republicana y a la protección de los ciudadanos; iii) la actuación de los poderes del Estado encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución; iv) los mandatos establecidos por el poder constituyente condicionan la actividad de los poderes constituidos, de modo que el obrar del Estado debe estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en la Constitución; v) los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza el texto constitucional; vi) la Constitución, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios; vii) las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas, sino que poseen fuerza obligatoria, de manera que corresponde al legislador y a las demás autoridades públicas darles efectividad y a los jueces aplicarlas en la plenitud de su sentido; viii) es atribución y deber del legislador fijar el contenido concreto de los derechos fundamentales, pero ellos tienen un contenido proporcionado por la propia Constitución, cuya amplitud no puede ser desconocido por la legislación reglamentaria; ix) la protección de los derechos fundamentales actúa no solo frente a ataques que provengan de autoridades públicas, sino también respecto de agravios de otras personas particulares; x) el desarrollo y la implementación de los derechos fundamentales corresponde al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, bajo control del Poder Judicial (*cf.* Corte Suprema, *Fallos*: 326:417; 327:3677; 328:1602; 329:3089; 330:1989; 330:4866; 331:2691; 332:111; 332:2043; 333:2306; 335:452; 336:1756; 337:1564; 337:388; 337:611; 338:249; 339:1077; 342:2236; 342:2389; 342:287; 344:1102; 344:3011; entre otros).

13 De manera general, en la evolución de los modelos estatales puede distinguirse entre el “Estado absoluto”, el “Estado liberal”, el “Estado de bienestar”, el “Estado constitucional” y el “Estado neoliberal” (*cf.* Cárdenas Gracia, 2017).

por una serie de características que se sintetizan a continuación: i) reconocimiento de la dignidad humana como premisa básica, ii) afirmación de la soberanía popular, iii) instauración de una democracia pluralista, iv) articulación de un Estado social de Derecho, v) garantía de los derechos fundamentales, vi) división de poderes en sentido estricto y amplio, vii) independencia de la jurisdicción, viii) control de constitucionalidad (*cfr.* Häberle, 2004). En el Estado constitucional todo el poder estatal se subordina a la Constitución en el intento de que las relaciones entre el Estado y las personas, y de estas entre sí, se desarrollen dentro de un orden de convivencia pacífica (*cfr.* Ferreyra, 2015, pp. 343 y ss.).

Profundizando tal caracterización elemental, puede decirse que el Estado constitucional es un tipo de Estado que se asienta en las ideas de Estado de Derecho, democracia y pluralismo, y supone los siguientes elementos: i) soberanía popular; ii) creación del Derecho por intervención o representación de los gobernados; iii) predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales; iv) separación y distribución de poderes; v) limitación y control del poder; vi) independencia del controlante respecto del controlado; vii) libertades individuales y derechos sociales; viii) pluralismo de partidos y otros grupos de ideas e intereses; ix) posibilidad permanente de alternancia en el acceso al poder; x) responsabilidad de los gobernantes; xi) régimen de garantías; xii) relativización de los dogmas oficiales (*cfr.* Vanossi, 2000, pp. 44-45).

Asimismo, se ha afirmado que la base del Estado Constitucional de Derecho está compuesta por las siguientes notas: i) supremacía y normatividad de la Constitución con un lugar central en el ordenamiento jurídico, al igual que los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos; ii) sistema democrático, pluralismo y participación ciudadana; iii) legitimidad de origen y ejercicio de los gobernantes; iv) separación de poderes — equilibrada, limitada y controlada — para racionalizar el poder sometiéndolo al Derecho; v) concreción y protección del goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos, vi) jurisdicción ordinaria o constitucional independiente que asegure la supremacía y normatividad de la Constitución y los derechos humanos; vii) realización de las exigencias básicas de libertad e igualdad — no solo formal,

sino sustancial—; viii) otras exigencias: libertad de expresión y de información; seguridad jurídica; prohibición de arbitrariedad; desarrollo humano; progreso económico con justicia social (*cfr.* Bazán, 2010).

En la misma senda, se señala que el Estado constitucional sintetiza el tipo ideal que inspira la configuración del Estado en las democracias constitucionales de hoy, bajo los estándares que se detallan seguidamente: i) respeto al orden constitucional y continuidad democrática; ii) cumplimiento efectivo de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico; iii) designación de las autoridades mediante elecciones libres y transparentes; iv) limitación a las reelecciones indefinidas; v) división de poderes; vi) garantía de la independencia judicial; vii) exigencia de ética, transparencia y control del sector público; viii) derecho a la buena Administración Pública; ix) reconocimiento amplio y tutela efectiva de los derechos humanos; x) garantía de la libertad de expresión y de la prensa independiente (*cfr.* Santiago, 2017, pp. 59 y ss.).

Establecido lo anterior, puede avanzarse sobre la vinculación entre el constitucionalismo, la Constitución y el Estado. Si bien podría pensarse que el constitucionalismo y la Constitución son cuestiones que se ciñen a la esfera del Estado, hay planteos que extienden esa base a otras dimensiones —*i. e.*, hacia “dentro” y “fuera” del marco estatal—. En efecto, por un lado, se sostiene que la Constitución también se proyecta sobre el ámbito de la sociedad civil, en la inteligencia de que se trata del “orden jurídico fundamental de la comunidad”, que abarca la ordenación de la vida “estatal” y “no estatal”, o sea, “del Estado y de la sociedad” (*cfr.* Hesse, 2011, pp. 43-44; Häberle, 2004, p. 3)¹⁴. Por otro lado, se propicia también que el constitucionalismo sea receptado e irradie sus principios y técnicas a la órbita de la ordenación de la comunidad internacional (*cfr.* Peters, 2015; Wiener *et al.*, 2012)¹⁵.

14 Sobre la proyección del Derecho Constitucional, más allá el Estado, hacia la sociedad civil, véase Pérez Royo y Carrasco Durán (2021, pp. 159 y ss.), Gutiérrez (2007), Esteve Pardo (2013) y, entre nosotros, Sánchez Viamonte (1957, pp. 16 y ss.).

15 Acerca de la proyección del Derecho Constitucional, más allá del Estado, hacia la comunidad internacional, véase Schwöbel (2010), Gutiérrez

Así, pues, de manera muy sugestiva se ha sostenido que el paradigma constitucionalista puede y debe ser expandido en cuatro direcciones: i) en garantía de todos los derechos fundamentales, no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; ii) frente a todos los poderes, no solo de las autoridades públicas sino asimismo de los grupos privados; iii) en garantía no solo de los derechos fundamentales, sino también de los bienes vitales que son igualmente fundamentales; iv) a todos los niveles, no solo al de los ordenamientos estatales, sino también en el plano del orden internacional (*cf.* Ferrajoli, 2008).

En Argentina, puede convenirse que la idea del Estado constitucional comenzó a recrearse con la recuperación democrática de 1983 y, especialmente, con la reforma constitucional de 1994 que fortaleció las notas características del modelo¹⁶. En tal devenir, los compromisos constitucionales se reforzaron respecto de la organización estatal, pero también hacia la sociedad civil y la comunidad internacional, aun con sus limitaciones.

4. Formas de Estado y de Gobierno

A colación de lo expuesto, conviene examinar ahora la clásica distinción entre la forma de Estado y la forma de Gobierno. La primera caracteriza al diseño constitucional en cuanto ordena el ejercicio del poder en relación con el territorio y la población que conforman la entidad estatal. La segunda caracteriza al diseño constitucional en cuanto ordena al ejercicio del poder en relación

(2010), Jiménez Alemán (2019) y, entre nosotros, Drnas de Clément (2020, pp. 23 y ss.).

16 En este punto, dado que la expresión “Estado constitucional” aparece muchas veces asociada a las perspectivas del neoconstitucionalismo que exacerban un enfoque iusmoralista, principialista, interpretativista y judicialista de la Constitución y del Derecho en general (*v. gr.*, Gil Domínguez, 2009; Vigo, 2010), conviene aclarar aquí que el Estado constitucional no es un Estado neoconstitucional. En efecto, la construcción jurídica del Estado constitucional no ha requerido ni requiere asumir los compromisos teóricos del neoconstitucionalismo (para profundizar en tal discusión, véase Carbonell *et al.*, 2007; Pozzolo, 2011; Ferrajoli *et al.*, 2012; Rodríguez, 2021, pp. 519 y ss.).

con los órganos que componen el aparato gubernamental. Más allá de ello, no existe una idea universal acerca de las definiciones y tipologías de una y otra categoría (*cf.* Pegoraro y Rinella, 2018, pp. 85, 481, 568 y ss.), por lo que aquí se sigue un sendero propio¹⁷.

De manera general, la forma de Estado respecto del territorio puede ser “unitaria” o “compuesta” —sea federal, regional, autónoma, plurinacional—, según que el poder se incline hacia la centralización o descentralización de la autoridad política. A su vez, la forma de Estado respecto de la población puede ser “totalitaria”, “autoritaria” o “democrática” —en sentido sustancial—, según que el poder se anteponga o subordine al respeto de las personas y sus derechos fundamentales. Complementariamente, la ordenación estatal puede ser “soberana” o “integrada”, según que el poder se cierre o abra al reconocimiento de instancias supranacionales globales o regionales.

Por su parte, la forma de Gobierno puede ser “monárquica” —sea absolutista o constitucional— o “republicana”, según que el poder se desenvuelva en ausencia o con observancia de ciertos límites a la acción de las autoridades instituidas. A su vez, puede ser “autocrática” o “democrática” —en sentido procedimental—, según que el poder se motorice con prescindencia o con basamento en la participación ciudadana —sea directa o representativa—. Adicionalmente, la configuración gubernamental puede ser “parlamentaria” o “presidencialista”, según que el poder se instituya con o sin distinción entre el jefe de Estado y de Gobierno, elección popular del jefe de Gobierno y conexión entre el Gobierno y el Parlamento/Congreso. Por fin, puede ser con o sin “jurisdicción constitucional” —sea concentrada, difusa o mixta—, según que el poder se organice con o sin posibilidad de cuestionar ante los jueces la constitucionalidad de las leyes y los actos de los demás órganos.

17 Para constatar el panorama de coincidencias y discordancias en la caracterización de las formas de Estado y de Gobierno véanse, entre nosotros, Linares Quintana (1985, pp. 13 y ss.), Bidart Campos (2000, pp. 634 y ss. y 2003, pp. 429 y ss.), Ekmekdjian (2000, pp. 121 y ss.), Bidegain *et al.* (2003a, pp. 71 y ss.), Rosatti (2010b, pp. 183 y ss.), Ferreyra (2015, pp. 466 y ss.), Gargarella (2019, pp. 31 y ss.), Barrera Buteler (2019, pp. 525 y ss.).

La Constitución argentina adopta una tipología de Estado y de Gobierno que se define por las siguientes notas, con sus facetas esenciales: i) “federal”, porque el poder se distribuye entre una autoridad central –el Estado nacional– y veinticuatro autoridades locales –las veintitrés Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–; ii) “democrática, en sentido sustancial”, porque el poder se orienta hacia el respeto de las personas y la satisfacción de sus derechos; iii) “integrada”, porque el poder se abre al campo del orden internacional –en especial, en materia de derechos humanos– y a los pliegues del derecho de integración –en particular, respecto del Mercosur–; iv) “republicana”, porque el poder se sujeta a un esquema de separación de funciones y a los principios de juridicidad, igualdad, publicidad, periodicidad, responsabilidad; v) “democrática, en sentido procedimental”, porque el poder se apoya en la voluntad de la ciudadanía por vía representativa o semidirecta; vi) “presidencialista”, porque el poder se instaura con un Presidente elegido popularmente, que reúne la condición de jefe de Estado y de Gobierno, sin dependencia del Congreso; vii) con “jurisdicción constitucional”, porque el poder se ordena reconociendo a los jueces la atribución de examinar la constitucionalidad de las leyes y actos de los otros órganos¹⁸.

5. Controles y garantías

Bajo las coordenadas señaladas, las nociones de “control” y “garantía” emergen como dos nociones claves para el Derecho Constitucional¹⁹. A veces, tales términos se usan indistintamente –*v. gr.*, cuando se alude a la garantía jurisdiccional de la Consti-

tución o del control judicial de constitucionalidad (*v. gr.*, Kelsen, 1928 y 1942)–; y otras veces se diferencian, sin demasiada precisión. Al respecto, pueden proponerse aquí algunas estipulaciones.

Así, en sentido amplio, cabría pensar que los controles y las garantías serían equivalentes como expresiones que aluden esencialmente a los mecanismos diseñados por la propia Constitución para asegurar la realización de su normatividad (*cf.* Aragón Reyes, 1995; Ferreyra, 2016). A la vez, en sentido estricto, se ha afirmado que los mecanismos de resguardo de las formas o contenidos constitucionales pueden distinguirse como “controles” o como “garantías” según que el impulso para su activación provenga del lado de los detentadores del poder o del lado de los titulares de los derechos (*cf.* Vanossi, 2000, pp. 50 y 102). Al respecto, aquí se propone la siguiente caracterización básica: i) los controles se orientan más a resguardar la organización de los poderes públicos del Estado y suelen obrar por la acción de los respectivos órganos; y ii) las garantías se dirigen más a salvaguardar el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas y suelen operar por la acción de los respectivos interesados²⁰. Con tales bases, a

20 Por supuesto, tal estipulación expresa una regla que exhibe ciertas excepciones. Así, entre nosotros, es habitual usar la fórmula “control de constitucionalidad” para aludir al tipo de garantía que sirve para tutelar el reconocimiento de los derechos fundamentales frente a normas u actos inconstitucionales; y a la vez, es frecuente usar la expresión “garantía federal” para remitir al tipo de control que sirve para asegurar la organización de los poderes públicos respecto de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (*cf.*, por todos, Bidart Campos, 2000, pp. 401, 702 y ss.). Pero más allá de las denominaciones, resulta que habría controles que actúan en razón del reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas (*v. gr.*, los “controles extraorgánicos”) y habría garantías que actúan en función de la organización de los poderes públicos del Estado (*v. gr.*, las “garantías no jurisdiccionales”). Y, por cierto, es claro que todos los controles sobre el poder sirven a la garantía de los derechos, así como todas las garantías de los derechos conducen al control del poder. Sin perjuicio de lo expuesto, y aun sosteniendo como valiosa la sistematización presentada que se basa en los binomios “poderes-controles” y “derechos-garantías”, también cabría pensar en la viabilidad de una propuesta alternativa según la cual los controles obrarían en “sentido horizontal”, en cuanto se orientan a resguardar el diseño constitucional referido a la forma de Gobierno, mientras que las garantías operarían en “sentido vertical”, en cuanto se dirigen a salvaguardar el diseño constitucional relativo a la forma de Estado (en esta línea, véa-

18 Tales definiciones se desprenden de todo el texto constitucional, pudiendo destacarse especialmente los artículos 1, 14, 16, 19, 22, 29, 31, 36, 37-40, 43, 44, 75: 22 y 24, 87, 109, 116-117, 121, 129, entre otros. Al respecto, véase Vanossi (2000), Ferreyra (2006, pp. 33 y ss.), Sagüés (2009, pp. 47 y ss.), Hernández (2014, pp. 257 y ss.), Cámpora (2014), Vanossi y Dalla Vía (2019), Serrafiero (2019).

19 En este sentido, se ha afirmado que la Constitución fija las grandes reglas del juego político y social de una comunidad organizada, ocupándose de la normación de los poderes estatales y sus controles, y de los derechos personales y sus garantías (*cf.* Vanossi, 2000, p. 102).

continuación se desarrolla una exploración sobre los controles del poder y las garantías de los derechos que programa nuestra Constitución.

II. CONTROL DEL PODER

A fin de avanzar en la definición y sistematización de los distintos controles consagrados en nuestro Derecho Constitucional conviene formular algunas precisiones²¹, a saber: i) en estas líneas se entiende que hay control cuando un ente o agente depende de otro en el sentido de que éste puede incidir sobre aquél en cuanto a la estructura o la actividad que le corresponde o sobre los cargos o conductas de las personas que lo integran; ii) en función de nuestro sistema federal, se distinguen los controles que se refieren al Estado nacional y los que se dan entre aquél y los Estados locales —las veintitrés Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—; iii) a nivel del Estado nacional, el diagrama de los controles puede esbozarse mediante la delineación de tres ámbitos elementales —“intraorgánico”, “interorgánico” y “extraorgánico”—, la reagrupación de los poderes y los órganos públicos en tres grandes ramas —“ejecutiva”, “legislativa” y “judicial”²²— y

se Loewenstein, 1964, pp. 232, 353 y ss.).

21 Respecto de los controles, para una teoría general, véase Aragón Reyes (1995), Valadés (1998) y Huerta Ochoa (2010). Asimismo, para puntualizar en el sistema argentino, pueden indicarse lecturas panorámicas (cfr. Salvadores de Arzuaga, 1999; Ekmekdjian, 2000, pp. 8 y ss.; Bidart Campos, 2003, pp. 433 y ss.; Bidegain *et al.*, 2003b, pp. 26 y ss.; Alice, 2003; Ivanega, 2016) y las siguientes obras para profundizar: i) “rama legislativa” (cfr. Luna, 2007; Gentile *et al.* 2008; Midón, 2018; Santiago *et al.*, 2019; Menem, 2020; Maiorano, 2022); ii) “rama ejecutiva” (cfr. Barraza y Schafrik, 1999; Rosatti, 2001; Balbín, 2015; Castells, 2016; Canosa, 2017); iii) “rama judicial” (cfr. Bielsa y Graña, 1999; Bianchi, 2002; García Pullés, 2004; Corcuera y Rascioni, 2005; Santiago *et al.*, 2006; Tribiño, 2010; Sammartino, 2012; Laplacette, 2016; Mairal, 2021); iv) textos varios (cfr. Comadira *et al.*, 2009; Albertsen *et al.*, 2010; Atchabahián, 2013; Galli Basualdo, 2014; Alonso Regueira *et al.*, 2016; Donna, 2018; Tawil *et al.*, 2019).

22 Ciertamente, la reagrupación que se presenta implica simplificar y transgredir varios puntos de la organización del poder público que programa nuestra Constitución. Sin embargo, aquí se considera que ello es excusable en cuanto tal esquema permitiría una mejor exhibición de los controles que vinculan a los poderes y

su exposición según se proyecten en dos campos principales —“institucional” y “personal”—²³; iv) la focalización sobre los

órganos del Estado. Con tal prevención, y al solo efecto de estas líneas, se asume el siguiente diagrama: i) “rama legislativa” que incluye Cámara de Senadores, Cámara de Diputados, Auditoría General, Defensor del Pueblo y Comisión Bicameral Permanente; ii) “rama ejecutiva” que incluye Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete, Ministros y Administración Pública Dependiente; iii) “rama judicial” que incluye Corte Suprema, tribunales inferiores, Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento y Ministerio Público.

23 De entre las múltiples clasificaciones que pueden ensayarse sobre los controles, aquí se opta por distinguir entre aquéllos de tipo “institucional” que impactan sobre la estructura orgánica y dinámica funcional del ente controlado (v. gr., conformación y organización del ente; o autorización, aprobación, revisión, información u otro tipo de fiscalización respecto de sus actos) y aquellos de tipo “personal” que impactan sobre las personas que lo integran (v. gr., designación, evaluación, remoción u otro tipo de sanción respecto de sus agentes). Al margen, pueden recogerse otras clasificaciones valiosas: i) “formales” o “materiales”, según que se apunte a su mera consagración normativa o a su efectiva realización; ii) “internos” o “externos”, según que se inscriban dentro del propio sujeto controlado o se desplieguen desde fuera de él; iii) “unidireccionales” o “bidireccionales”, según que se tracen con una trayectoria únicamente unilateral o bilateralmente recíproca; iv) “constructivos” o “limitativos”, según que se diseñen como complementos para que el sujeto controlado pueda actuar, o como restricciones para que él no pueda hacerlo; v) “previos”, “progresivos” o “posteriores”, según que se impongan antes, durante o después de la actuación del sujeto controlado; vi) “sistemáticos” o “esporádicos”, según que se realicen con una regularidad predeterminada o ante circunstancias ocasionales; vii) “obligatorios” o “potestativos”, según que se operativicen de manera imperativa y forzosa o de modo facultativo y discrecional; viii) “de oficio” o “a instancia de parte”, según que se impulsen por decisión del propio sujeto controlante o a petición de otro sujeto legitimado; ix) “globales” o “parciales”, según que se extiendan a toda la actividad del sujeto controlado o solo a determinados sectores; x) “genéricos” o “especializados”, según que se asigne a un sujeto controlante con competencia general o específica; xi) “vinculantes” o “no vinculantes”, según que se resuelvan con efectos preceptivos o meramente indicativos; xii) “preventivos”, “correctivos” o “sancionatorios”, según que se diseñen a modo de condiciones para influir en el sujeto controlado o en forma de respuestas para subsanar o reprender su actuación; xiii) de “validez jurídica”, “valoración política”, “adecuación económico-financiera”, “evaluación de gestión” o “consideración técnica”, según que se centren en el análisis de la constitucionalidad, convencionalidad, legalidad y razonabilidad, o de la legitimidad, oportunidad, mérito y conveniencia, de la conformidad patrimonial y contable, de la eficacia o eficiencia, o de otros saberes especializados respecto de la actuación del sujeto controlante; xiv) “constitucionales” o “extraconstitucionales”, según que se prevean por la Constitución o por otras normas y prácticas institucionales; xv) “formalizados” o “informales”, según que se apunte a los mecanismos institucionales explícitamente previstos o a otras vías de influencia no regladas.

controles constitucionales no implica desconocer la existencia de controles de diversa naturaleza, pero que —en todo caso— deben encuadrarse dentro del marco de la Constitución²⁴.

1. Controles referidos al Estado nacional

A. Controles *intraorgánicos*

De conformidad con el itinerario planteado, aquí se exhiben las distintas disposiciones constitucionales que encarnan controles dentro de las ramas “legislativa”, “ejecutiva” y “judicial”.

a.- Control dentro de la “rama legislativa”

A nivel institucional, el mismo diseño orgánico-funcional del Congreso como cuerpo colegiado, representativo, bicameral y deliberativo supone un control dentro de cada una de las Cámaras de Senadores y Diputados y de ellas entre sí (arts. 44, 45, 54, 63, 65, 77 y cctes., CN). A su turno, cada Cámara dicta su propio reglamento (art. 66, CN). Por lo demás, el Congreso define la estructura y funcionamiento de la Auditoría General y del Defensor del Pueblo (arts. 85 y 86, CN). A la inversa, la Auditoría General extiende su fiscalización sobre el Congreso, pero no así el Defensor del Pueblo (leyes 24.156 y 24.284)²⁵. En cuanto a la Comisión Bicameral Permanente, ella debe elevar sus despachos a consideración del Congreso y este debe regular el trámite y alcance de aquella (art. 99: 3, CN y ley 26.122). Finalmente, durante el procedimiento legislativo, cada una de las Cámaras puede aprobar un proyecto de ley en particular y

24 Adicionalmente, cabe aclarar que —a falta de otra solución más satisfactoria— en este trabajo se mantiene el uso genérico del masculino como neutro para hacer mención a las diversas autoridades que instituye la Constitución, dejando expresa constancia de que tal formulación abarca a todas las personas, con independencia de su género.

25 Ello no excluye que el Defensor del Pueblo pueda tener legitimación procesal para presentarse ante los tribunales en defensa de los derechos fundamentales que pudieran encontrarse afectados por las leyes del Congreso (al respecto véase Corte Suprema, *Fallos*: 328:1652).

encomendar a sus Comisiones la aprobación en particular, pero siempre el pleno conserva la posibilidad de dejar sin efecto tal delegación y retomar el trámite ordinario (art. 79, CN).

A nivel personal, corresponde a las respectivas Cámaras decidir acerca de la validez de los títulos de los legisladores electos que se incorporen, las sanciones a las que pueda dar lugar su conducta, su suspensión y desafuero ante causas penales que se iniciaren en su contra y las renunciaciones que presenten a sus mandatos (arts. 64, 66, 70, CN y ley 25.320)²⁶. Asimismo, ningún legislador puede recibir empleos o comisiones de carácter político por parte del Presidente, sin consentimiento de la Cámara respectiva (art. 72, CN). Por lo demás, ellas deben fijar los términos y sanciones para compeler a los legisladores a fin de que asistan a constituir las sesiones (art. 64, CN). Y cada una debe decidir acerca de sus autoridades y personal según los reglamentos que dicten, fuera de la presidencia del Senado encomendada al vicepresidente (arts. 57, 58, 66, CN). La remuneración de los legisladores debe ser fijada por ley del Congreso (art. 74, CN). Además, incumbe al Congreso designar y remover a las autoridades de la Auditoría General y al Defensor del Pueblo (arts. 85 y 86, CN), como así también a los integrantes de la Comisión Bicameral Permanente (art. 99: 3, CN). Finalmente, fuera de la responsabilidad política que alcanza a ciertas autoridades de la rama legislativa, la responsabilidad disciplinaria del personal del Congreso debe ser establecida a través del correspondiente sumario (art. 14 bis, CN y ley 24.600).

b.- Control dentro de la “rama ejecutiva”

A nivel institucional, el Presidente se encuentra en el vértice como jefe de Estado y de Gobierno, responsable político de la administración general y comandante en jefe de las fuerzas armadas (art. 99: 1 y 12, CN). No obstante, el ejercicio de la administración general corresponde al Jefe de Gabinete, como también la recau-

26 En este punto, cabe señalar que la Corte Suprema ha considerado que las Cámaras, al juzgar acerca de los títulos de los legisladores elegidos, no pueden negarse a su incorporación basándose en valoraciones materiales como la falta de idoneidad o inhabilidad moral, pues tal examen corresponde al pueblo (*cf*: *Fallos*: 330:3160; 331:549).

dación de rentas, la ejecución del presupuesto y otras atribuciones que pueda delegarle el Presidente, para que las ejerza por sí solo o en acuerdo de gabinete (art. 100: 1, 2 y 4, CN). A su vez, el Presidente debe aprobar el diseño orgánico-funcional referido al Jefe de Gabinete y a los Ministros, el cual debe proyectarse en acuerdo de gabinete para su posterior envío al Congreso a efectos de que lo sancione como ley (art. 100: 6, CN y ley 22.520 con sus reformas). Con idénticas condiciones debe aprobar el proyecto de ley de presupuesto general (art. 100: 6, CN y ley 24.152). También organiza y dispone de las fuerzas armadas (art. 99: 14, CN y ley 23.554 y cctes.). Asimismo, el Presidente encabeza las reuniones de Ministros, las cuales deben ser coordinadas por el Jefe de Gabinete y presididas por este en ausencia de aquel (art. 100: 5, CN). Por lo demás, el Presidente supervisa al Jefe de Gabinete en cuanto a la recaudación e inversión de las rentas y puede pedirle informes, al igual que a los Ministros y demás organismos dependientes (art. 99: 10 y 17, CN). En sentido inverso, determinados actos del Presidente requieren el refrendo por parte del Jefe de Gabinete y, en su caso, de los Ministros (art. 100: 8, 12, 13 y art. 102, CN y ley 22.520 con sus reformas). Paralelamente, ciertos actos del Jefe de Gabinete requieren el refrendo por parte de los Ministros competentes (art. 100: 2, CN y ley 22.520 con sus reformas)²⁷.

A nivel personal, el Presidente designa y remueve —por sí solo— al Jefe de Gabinete, a los Ministros, a los cónsules y a otros agentes de la Administración pública dependiente (art. 99: 7, CN). De igual modo a los militares, aunque tratándose de oficiales superiores exige el acuerdo del Senado fuera del campo de batalla (art. 99: 13, CN). El mismo acuerdo requiere respecto de los diplomáticos (art. 99: 7, CN). Al margen de lo expuesto, el nombramiento de los demás agentes administrativos corresponde al Jefe de Gabinete (art. 100: 3, CN). Finalmente, fuera de la responsabilidad política que alcanza al Jefe de Gabinete, a los Ministros y a otras autoridades, la responsabilidad disciplinaria del personal de la Administración Pública dependiente debe ser establecida por las autoridades competentes a través del correspondiente sumario

²⁷ Complementariamente, corresponde indicar que el control interno de la rama ejecutiva se encuentra a cargo de la Sindicatura General de la Nación y de diversas unidades de auditoría interna (*cfi*: ley 24.152).

(art. 14 bis, CN y ley 25.164)²⁸.

c.- Control dentro de la “rama judicial”

A nivel institucional, la Corte Suprema es la cabeza del Poder Judicial y máxima instancia dentro de la estructura jurisdiccional de la Nación (arts. 108, 116 y 117, CN). En tal sentido, fuera de las leyes del Congreso, a ella misma corresponde dictar su propio reglamento (art. 113, CN). A su vez, incumbe al Consejo de la Magistratura la administración del Poder Judicial, la ejecución de su presupuesto y el dictado de reglamentos relativos a la organización judicial, la independencia de los jueces y la eficacia de la justicia (art. 114: 3 y 6, CN y ley 24.937 con sus reformas)²⁹. Por lo demás, aquí vale mencionar varios supuestos que operan más como garantías que como controles. Así, las decisiones de los tribunales de grado pueden ser recurridas ante las Cámaras y las sentencias de estas, a su turno, ante la Corte Suprema (arts. 116 y 117, CN)³⁰. Asimismo, si bien es atribución del Ministerio Público —en determinados casos penales y en otros supuestos— promover la actuación de los jueces; son estos quienes deben admitir o rechazar los planteos que formule aquel (art. 120 CN y 24.946 con sus reformas)³¹. Y, en cuanto al Jurado de Enjuiciamiento, si

²⁸ Otras disposiciones que refuerzan el control son las que aluden a la prohibición del Jefe de Gabinete de desempeñar simultáneamente otro ministerio (art. 100: 12, CN), a la responsabilidad de los Ministros por los actos que legalizan y acuerdan (art. 102, CN) y la prohibición de que éstos tomen resoluciones por sí solos, salvo en lo concerniente al régimen administrativo y económico de sus departamentos (art. 103, CN).

²⁹ No obstante, tales atribuciones se encuentran divididas entre el Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura (*v. gr.*, ley 23.853 y numerosas decisiones de ambos entes).

³⁰ En este punto, cabe advertir que compete a la propia Corte Suprema revisar sus pronunciamientos y, excepcionalmente, declarar su nulidad (*cfi*: Legarre, 2014, pp. 499 y ss.).

³¹ En tal sentido, cabe observar que la Corte Suprema ha considerado que no es válido que se asigne a los jueces la posibilidad de controlar la actividad de los fiscales a fin de impulsar un juicio cuando ellos requirieron el sobreseimiento (*cfi*: *Fallos*: 327:5863).

bien la decisión de destituir a un juez resulta irrevisable por regla, excepcionalmente puede ser recurrida ante la Corte Suprema (art. 115, CN)³². Al margen, cabe agregar que —de manera general— las decisiones de los jueces y del Consejo de la Magistratura pueden dar lugar a diversas demandas contra la Nación (arts. 116 y 117, CN). Más allá de ello, corresponde a los jueces el examen de la constitucionalidad de los actos y omisiones de la rama judicial en el marco de los pleitos que se presenten (arts. 43 y 116, CN y leyes 27 y 48, entre otras)³³.

A nivel personal, la Corte Suprema nombra a sus propios empleados (art. 113, CN). A su vez, tanto el Consejo de la Magistratura como el Jurado de Enjuiciamiento deben integrarse con representación de los jueces, entre otros miembros (arts. 114 y 115, CN y ley 24.937 con sus reformas). Por lo demás, el Consejo de la Magistratura celebra los concursos y elabora las ternas vinculantes para el nombramiento de jueces en los tribunales inferiores, en tanto que ejerce atribuciones disciplinarias a su respecto (art. 114: 1, 2 y 4, CN). A su vez, fuera de las limitantes relativas a la edad, los jueces de los tribunales inferiores conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y, ante supuestos de mal desempeño, delitos funcionales o delitos comunes, cabe al Consejo de la Magistratura promover su remoción y suspenderlos, y al Jurado de Enjuiciamiento decidir acerca de la destitución (art. 114: 5 y art. 115, CN y ley 24.937 con sus reformas). El juez destituido queda sometido a la justicia ordinaria (art. 115, CN). De igual modo, los jueces de la Corte Suprema que resultaren destituidos por juicio político, quedan sometidos a la justicia ordinaria (art. 60, CN). Expuesto ello, los jueces deben conocer y decidir —en su caso, por impulso del Ministerio Público— acerca de la responsabilidad civil y penal que pudiera haber a los agentes que integran la rama

32 En este punto, cabe señalar que la Corte Suprema que resulta posible la revisión judicial de las destituciones de jueces decididas por el Jurado de Enjuiciamiento cuando se hubiera violado el debido proceso (*cf.* *Fallos*: 326:4816; 333:181).

33 Al respecto, por ejemplo, la Corte Suprema ha declarado la invalidez de resoluciones del Consejo de la Magistratura en diversos casos (*cf.* *Fallos*: 343:1457; 338:1216) e, incluso, por vía de Acordadas (*cf.* 4/2000 y 11/2011). Más aún, también ha declarado la invalidez de Acordadas y resoluciones adoptadas por ella misma (*cf.* *Fallos*: 331:1715).

judicial (arts. 17, 18, 19, 29 y 36, art. 75: 12 y arts. 116, 117 y 120, CN). Finalmente, fuera de la responsabilidad política que alcanza a ciertas autoridades de la rama judicial, la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios y empleados debe ser establecida por las autoridades competentes a través del correspondiente sumario (art. 14 bis, CN y decreto-ley 1285/1958, Reglamento para la Justicia Nacional, ley 24.946, Resolución CM 225/2004).

B. Controles interorgánicos

Seguidamente, se procede a la exposición de las disposiciones constitucionales que muestran controles entre las tres ramas señaladas.

a.- Control de la “rama legislativa” sobre la “rama ejecutiva”

A nivel institucional, corresponde al Congreso aprobar el proyecto de ley de presupuesto elaborado por la rama ejecutiva y, a la vez, aprobar la cuenta de inversión (art. 75: 8 y art. 100: 6, CN y ley 24.152). También le incumbe aprobar el proyecto de ley de ministerios (art. 100: 6, CN y ley 22.520 con sus reformas), crear y suprimir empleos de la Administración pública dependiente (art. 75: 20, CN) y fijar las fuerzas armadas y dictar las leyes para su organización y gobierno (art. 75: 27, CN y ley 23.554 y cctes.). A su vez, el Presidente debe dar cuenta del estado de la Nación y anunciar las medidas que considere necesarias y convenientes en la apertura de sesiones del Congreso (art. 99: 8, CN). Luego, el Jefe de Gabinete y los Ministros deben presentar una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a sus respectivos departamentos (art. 100: 10 y art. 104, CN). Fuera de ello, el Congreso puede requerir informes y explicaciones a la rama ejecutiva, que deben ser respondidos por el Jefe de Gabinete (art. 100: 11, CN). A su vez, el Jefe de Gabinete debe concurrir, una vez por mes y de manera alternada, a la Cámara de Senadores y de Diputados para informar sobre la marcha del gobierno (art. 101, CN). Sin perjuicio de ello, cada Cámara puede hacer concurrir a su sala al Jefe de Gabinete y a los Ministros, en cualquier momento, para recibir explicaciones e informes que se estimen pertinentes (art. 71, CN) y también

conformar comisiones investigadoras sobre cuestiones que involucren a la rama ejecutiva (art. 75: 32, CN). Asimismo, en cuanto al Presidente, el Congreso debe aprobar o rechazar los instrumentos internacionales que sean celebrados por él (art. 75: 22 y 24 y art. 99: 11, CN). También el ejercicio de sus atribuciones relativas a los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados y la promulgación parcial de las leyes se encuentra sujeta al control preliminar de la Comisión Bicameral Permanente y posterior de las Cámaras (arts. 76, 82, 99: 3; 100: 12 y 13, CN)³⁴. Por lo demás, el veto total del Presidente respecto de una ley sancionada puede ser rebatido por el Congreso mediante su insistencia con mayorías calificadas (art. 83, CN). A su vez, el Congreso debe autorizar al Presidente a declarar la guerra o hacer la paz y ordenar represalias (art. 75: 25 y 26; y art. 99: 15, CN) y darle permiso para ausentarse del territorio nacional (art. 99: 18, CN). Asimismo, compete al Congreso aprobar o rechazar el estado de sitio y la intervención federal que hubiera decidido el Presidente durante su receso (art. 75: 29 y 31 y art. 99: 20, CN). En cambio, solo se requiere el acuerdo de la Cámara de Senadores para que el Presidente pueda designar diplomáticos y militares de rango superior (art. 99: 7 y 13, CN), nombrar jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores (art. 99: 4, CN), y declarar el estado de sitio cuando mediare ataque exterior (arts. 61 y 99: 16, CN)³⁵. Finalmente, la actividad de la rama ejecutiva se encuentra alcanzada —según el caso— por el control externo de la Auditoría General y del Congreso en cuanto a los aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos (art. 85, CN y ley 24.152)³⁶.

34 En particular, la delegación legislativa preexistente, que no tenga plazo para su ejercicio, requiere la ratificación expresa del Congreso para evitar su caducidad (cláusula transitoria 8ª, CN).

35 No obstante, el Presidente puede llenar las vacantes de los empleos que requieran acuerdo de la Cámara de Senadores mediante nombramientos en comisión que expirarán al fin del siguiente período legislativo (art. 99: 19, CN).

36 Aquí vale advertir que, aunque el art. 85 de la CN proyecta la competencia de la Auditoría General sobre todo el “sector público nacional”, la ley 24.152 prescribe que el control respecto de los funcionarios pasibles de juicio político —en lo que aquí interesa: Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete y Ministros (art. 53, CN)— será ejercido exclusivamente por el Congreso (art. 117).

A nivel personal, corresponde al Congreso admitir o desechar los motivos de dimisión del Presidente o Vicepresidente y declarar la precedencia de su nueva elección (art. 75: 21, CN). También, en caso de acefalía que afecte a ambos, le cabe determinar qué funcionario público desempeñará la Presidencia hasta que cese la causa de inhabilidad o se elija un nuevo Presidente (art. 88, CN y ley 20.972 con sus reformas). A su vez, ante supuestos de mal desempeño, delitos funcionales o delitos comunes, el Congreso puede destituir al Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete y a los Ministros por juicio político (arts. 53 y 59, CN). Además, en razón de la responsabilidad política que pesa sobre el Jefe de Gabinete frente al Congreso, éste puede interpelar y remover a aquél con una moción de censura (art. 100 y 101, CN). Adicionalmente, cabe señalar que la remuneración del Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete y Ministros debe ser determinada por ley del Congreso, pero ella no puede ser alterada durante su mandato (arts. 92 y 107, CN)³⁷.

b.- Control de la “rama legislativa” sobre la “rama judicial”

A nivel institucional, corresponde al Congreso aprobar el proyecto de ley de presupuesto de la rama judicial (art. 75: 8, CN y leyes 23.853 y 24.946 con sus reformas). Asimismo, le incumbe definir la estructura y dinámica de la Corte Suprema³⁸, de los tribunales inferiores, del Consejo de la Magistratura, del Jurado de Enjuiciamientos y del Ministerio Público (art. 75: 20 y arts. 108, 114, 115, 116, 117 y 120, CN y leyes 27, 48, 1144, 1893, 4055, decreto-ley

37 Otras disposiciones que refrenan el control son las que aluden a la prohibición de que el Presidente y el Vicepresidente ejerzan otro empleo o reciban otro emolumento de parte del Estado nacional ni de los Estados locales (art. 92, CN) y a la prohibición de los Ministros de desempeñarse simultáneamente como legisladores (art. 105, CN).

38 Ello así, con salvedad de la competencia originaria de la Corte Suprema que —por regla— se considera determinada por la propia CN y, por lo tanto, no puede ser ampliada, restringirse o modificarse legislativamente (*cf.* Fallos: 32:120, 180:176, 270:78, 280:176; 302:63, 308:2356, 310:1074, 314:94 y 240, 315:1892, 316:965, 330:173); aunque pueden encontrarse algunas excepciones (*cf.* Dolabjian, 2019).

1285/1958, 24.937, 24.946, entre otras)³⁹. Al margen de ello, el Congreso puede conceder amnistías generales que impidan el juzgamiento de ciertas conductas por los tribunales (art. 75: 20, CN). A su vez, la Auditoría General extiende su fiscalización sobre la gestión patrimonial del Ministerio Público, pero su implementación respecto de los tribunales depende de la Corte Suprema (art. 85, CN y leyes 24.156 y 24.946 con sus reformas)⁴⁰.

A nivel personal, el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores requiere el acuerdo del Senado y tal exigencia, luego de que cumplan 75 años, debe renovarse cada 5 años para que mantengan su cargo (art. 99: 4, CN). Bajo tales condiciones, los jueces de la Corte Suprema conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y, ante supuestos de mal desempeño, delitos funcionales o delitos comunes, cabe al Congreso la potestad de destituirlos por juicio político (arts. 53, 59, 99: 4 y 110, CN). Por lo demás, tanto el Consejo de la Magistratura como el Jurado de Enjuiciamiento deben integrarse con representación de los legisladores, entre otros miembros (arts. 114 y 115, CN y ley 24.937 con sus reformas). Adicionalmente, cabe señalar que la remuneración de los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores, como también la del Ministerio Público, debe ser determinada por ley del Congreso, pero ella no puede ser disminuida mientras permanezcan en funciones (arts. 110 y 120, CN).

c.- Control de la “rama ejecutiva” sobre la “rama legislativa”

A nivel institucional, el Presidente hace la apertura anual de las sesiones del Congreso y puede convocarlo a sesiones extraordinarias o de prórroga (arts. 63 y art. 99: 8 y 9, CN). Asimismo, respecto de las leyes del Congreso, el Presidente tiene la potestad de

³⁹ En este punto, cabe advertir que existe una Comisión Bicameral dentro del Congreso referida al Ministerio Público (leyes 24.946 y 27.148).

⁴⁰ Aquí vale recordar que la ley 24.152 excluye la fiscalización de la Auditoría General respecto de los funcionarios pasibles de juicio político —en lo que aquí interesa: jueces de la Corte Suprema (art. 53, CN)—, por lo que su control corresponde exclusivamente al Congreso.

iniciativa legislativa (art. 77, CN), la atribución de promulgarlas o vetarlas —total o parcialmente— y el deber de publicarlas (art. 77, 78, 80, 83 y 99: 3, CN). Por lo demás, el Vicepresidente ejerce la presidencia de la Cámara de Senadores, aunque sin voto salvo en caso de empate (art. 57, CN). Y el Jefe de Gabinete y los Ministros pueden concurrir al Congreso y participar en sus debates, pero no votar (art. 100: 9 y art. 106, CN).

A nivel personal, el texto constitucional no explicita controles en esta dirección, sino más bien lo contrario, a la luz de las inmunidades conferidas a los legisladores (art. 68, CN) y la prohibición de que ellos puedan recibir empleos o comisiones de carácter político por parte del Presidente, sin consentimiento de la Cámara respectiva (art. 72, CN). Sin embargo, es innegable que el Presidente puede influir sobre los legisladores a través de diversos mecanismos que se abren dentro de la Constitución (*v. gr.*, respaldo de sus candidaturas, apoyo a sus proyectos, etc.).

d.- Control de la “rama ejecutiva” sobre la “rama judicial”

A nivel institucional, el Presidente no puede arrogarse funciones judiciales —ni aun durante estado de sitio— (arts. 23 y 109, CN), pero sí puede indultar o conmutar las penas que se impongan por delitos federales (art. 99: 5, CN)⁴¹. Por lo demás, el Consejo de la Magistratura —a diferencia del Jurado de Enjuiciamiento— debe integrarse con representación del Presidente, entre otros miembros (arts. 114 y 115, CN y ley 24.937 con sus reformas).

A nivel personal, corresponde al Presidente —con acuerdo del Senado— el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores; en este caso, en base a la terna vinculante que le eleve el Consejo de la Magistratura (art. 99: 4; y art. 114: 1 y 2, CN y ley 24.937 con sus reformas). Asimismo, luego de que los jueces cumplan 75 años, incumbe al Presidente renovar su

⁴¹ Complementariamente, la Corte Suprema ha validado la posibilidad de que se establezcan “tribunales administrativos” en cuanto sean creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente (*cf.* Fallos: 247:646, 328:651).

nombramiento cada 5 años — con acuerdo del Senado — para que mantengan su cargo (art. 99: 4, CN). También respecto del Ministerio Público se instituye un mecanismo parecido (art. 120 CN y 24.946 con sus reformas)⁴².

e.- Control de la “rama judicial” sobre la “rama legislativa”

A nivel institucional, corresponde a los jueces el examen de la constitucionalidad de los actos y omisiones de la rama legislativa en el marco de los pleitos que se presenten (arts. 43 y 116, CN y leyes 27 y 48, entre otras). Fuera de ello, cabe agregar que — de manera general — las decisiones del Congreso, de la Auditoría General y del Defensor del Pueblo pueden dar lugar a diversas demandas contra la Nación (arts. 116 y 117, CN). Además, las decisiones de las respectivas Cámaras acerca de la validez de los títulos de los legisladores o las sanciones que les impongan, como así también las decisiones de la Cámara de Senadores respecto del juicio político a los funcionarios de las ramas ejecutiva y judicial, excepcionalmente pueden ser controladas por los jueces⁴³. También las decisiones del Congreso, de la Auditoría General o del Defensor del Pueblo que afecten a su personal pueden ser cuestionadas ante los jueces (art. 14 bis, CN). Finalmente, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo en los casos que promueva debe ser examinada por los tribunales (art. 85, CN y ley 24.284).

A nivel personal, los legisladores poseen inmunidades judiciales, pero si resultan desaforados por la respectiva Cámara o fueran encontrados cometiendo un delito grave, quedan sometidos a la justicia ordinaria (arts. 68, 69 y 70, CN y ley 25.320). Expuesto ello, los jue-

42 En este punto, cabe hacer mención al procedimiento establecido por el propio Presidente para ejercer sus atribuciones para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema, de los tribunales inferiores y del Ministerio Público (*cf.*: Decretos 222/03, 588/03 y cctes.).

43 En tal sentido, las decisiones de las Cámaras que objetan la incorporación de legisladores a su seno pueden ser impugnadas ante los tribunales inferiores (*cf.*: *Fallos*: 330:3160; 331:549); en tanto que las decisiones del Senado que destituyen funcionarios por juicio político pueden ser recurridas ante la Corte Suprema cuando se hubiere violado el debido proceso (*cf.*: *Fallos*: 321:2339; 327:1914 y 2205; 329:3235).

ces deben conocer y decidir — en su caso, por impulso del Ministerio Público — acerca de la responsabilidad civil y penal que pudiera caer a los agentes que integran la rama legislativa (arts. 17, 18, 19, 29 y 36, art. 75: 12 y arts. 116, 117 y 120, CN).

f.- Control de la “rama judicial” sobre la “rama ejecutiva”

A nivel institucional, corresponde a los jueces el examen de la constitucionalidad de los actos y omisiones de la rama ejecutiva en el marco de los pleitos que se presenten (arts. 43 y 116, CN y leyes 27 y 48, entre otras). Fuera de ello, cabe agregar que — de manera general — las decisiones del Presidente, Jefe de Gabinete, Ministros y la Administración Pública dependiente pueden dar lugar a diversas demandas contra la Nación (arts. 116 y 117, CN). Por lo demás, incumbe al Consejo de la Magistratura elevar al Presidente una terna vinculante para el nombramiento de los jueces de los tribunales inferiores (art. 99: 4 y art. 114, CN y ley 24.937 con sus reformas).

A nivel personal, el Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete y Ministros que resultaren destituidos por juicio político, quedan sometidos a la justicia ordinaria (art. 60, CN). Expuesto ello, los jueces deben conocer y decidir — en su caso, por impulso del Ministerio Público⁴⁴ — acerca de la responsabilidad civil y penal que pudiera caer a los agentes que integran la rama ejecutiva (arts. 17, 18, 19, 29 y 36, art. 75: 12 y arts. 116, 117 y 120, CN).

C. Controles extraorgánicos

A continuación, se reseñan una serie de disposiciones constitucionales que dan pie a controles que impactan sobre el Estado desde la sociedad civil⁴⁵. En tal sentido, varios de estos mecanis-

44 En este sentido más allá de las competencias generales de los fiscales, se encuentra la Procuraduría de Investigaciones Administrativas como órgano especializado en materia de hechos de corrupción y otras irregularidades que resulten cometidas por agentes de la rama ejecutiva (leyes 24.946 y 27.148).

45 En el marco de este análisis, solamente interesa dar cuenta de las disposiciones constitucionales que erigen controles de la sociedad civil sobre

mos de control actúan en razón del reconocimiento de distintos derechos fundamentales a las personas. Así, respecto de las tres ramas, pueden ofrecerse las siguientes muestras: la libertad de opinión y expresión (art. 14, CN), el derecho de petición (art. 14, CN), el periodismo independiente (arts. 14, 32, 43, CN), la libertad de reunión y asociación política (arts. 14 y 38, CN), el derecho de resistencia (art. 36, CN), el acceso a la información pública (arts. 38 y 43, CN y ley 27.275). A su vez, en cuanto al Presidente, Vicepresidente, Diputados y Senadores, cabe señalar el derecho de sufragio para su elección (art. 37, 45, 50, 54, 56, 90, 94, CN). Por lo demás, el Presidente y el Congreso pueden convocar a una consulta popular (art. 40, CN y ley 25.432), así como este puede recibir una iniciativa popular (arts. 39 y 77, CN y ley 24.747) y los tribunales deberían ajustarse al juicio por jurados (arts. 24, 75: 12, 118, CN). Fuera de ello, cabe agregar que los organismos de control en materia de derechos de usuarios y consumidores deben contemplar la participación de las asociaciones dedicadas a ellos (art. 42, CN y ley 24.240 con sus reformas), que los pueblos originarios deben participar en la gestión de los asuntos que los afecten (art. 75: 19, CN), que las familias y la sociedad en general también deben participar en las políticas educativas (art. 75: 19, CN y ley 26.206) y que tanto el Consejo de la Magistratura como el Jurado de Enjuiciamiento tienen que integrarse con representación de los abogados de la matrícula federal y del ámbito académico y científico, entre otros miembros (arts. 114 y 115, CN y ley 24.937 con sus reformas). Finalmente, vale computar aquí los juramentos que la Constitución exige para la asunción de los cargos de Presidente, Vicepresidente, Senador, Diputado y juez de la Corte Suprema (art. 67, 93, 112, CN)⁴⁶.

el Estado, por lo que ahora no cabe explorar la senda inversa, referida a los controles del Estado sobre la sociedad civil, que por supuesto también existe (*v. gr.*, el art. 42 de la CN expresamente alude al control estatal sobre las actividades monopólicas). Por cierto, este tampoco sería el lugar para abrir una discusión más amplia acerca del Derecho en general, y del Derecho Constitucional en particular, como “instrumento de dominación” (*cfr.* Sagiés, 2007, pp. 27 y ss.; Rosatti, 2010a, pp. 29 y ss.).

46 En este sentido, la Corte Suprema ha afirmado que el juramento es un acto de naturaleza constitutiva con el cual concluye el procedimiento de designación del agente y así entra en funciones, pero que la autoridad

2. Controles entre el Estado nacional y los Estados locales

Para concluir este apartado, se pasa revista a las disposiciones constitucionales que reflejan controles entre el Estado nacional y los Estados locales (las veintitrés Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Por un lado, los Estados locales se dan su propia Constitución y definen sus instituciones y autoridades sin intervención del Estado nacional, pero bajo ciertas condiciones relativas al reconocimiento de derechos y a la organización del poder (arts. 5, 122, 123 y 129, CN). Sin embargo, el Estado nacional puede intervenir en las jurisdicciones locales: por sí mismo, para resguardar tales exigencias o repeler invasiones exteriores; o a requerimiento de las autoridades locales, para sostenerlas o restablecerlas ante sediciones internas o invasiones de otros Estados locales (art. 6, art. 75: 31 y art. 99: 20, CN). Por otro lado, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires poseen representantes en la integración de la Cámara de Senadores del Estado nacional (arts. 54 y ss., CN), con la prevención de que los Gobernadores no pueden ser legisladores nacionales por sus respectivos Estados locales (art. 73, CN). A la vez, el Presidente y el Vicepresidente no pueden recibir emolumentos de parte de los Estados locales (art. 92, CN).

Por lo demás, dentro del principio de que los Estados locales conservan todo el poder no delegado al Estado nacional —y que, a la inversa, aquellos no pueden ejercer el poder delegado a este— (arts. 121, 126 y ctes., CN)⁴⁷, se encuentran las disposiciones que

encargada de tomarlo debe limitarse a recibirlo sin que tal actuación le confiera atribuciones para opinar o juzgar respecto de la validez del trámite o título concretado, el cual —eventualmente— debe ser discutido por las vías pertinentes (*cfr.* Acordadas 46/2015 y 11/2022). Desde tal perspectiva, se justificaría la consideración del juramento como un control extraorgánico, pues hacen a los compromisos que asumen los funcionarios designados respecto de su conciencia y sus creencias, pero de cara a toda la sociedad.

47 En este punto, resulta oportuno recordar que —de manera general— los poderes de los Estados locales son “originarios e indefinidos” y los delegados al Estado nacional son “definidos y expresos”, lo cual exige que estos sean interpretados estrictamente, pero sin que el alcance de aquellos pueda enervar el ejercicio razonable de las competencias federales o negar

indican que los Estados locales pueden crear regiones y celebrar convenios internacionales parciales, con conocimiento del Congreso (arts. 124 y 125, CN), pero no pueden armar ejércitos, salvo en caso de invasión exterior o peligro inminente y dando luego cuenta al Congreso, y que tampoco pueden establecer bancos con facultad de emitir billetes sin autorización del Congreso (art. 126, CN). En materia de recursos, se prevé un régimen de coparticipación para distribuir ciertos tributos que percibe el Estado nacional entre los Estados locales, el cual deberá erigirse sobre la base de acuerdos entre todos ellos y contemplar un organismo fiscal de control compuesto con su representación (art. 75: 2 y cláusula transitoria 6^a, CN). Asimismo, si bien los Estados locales tienen sus propios tribunales para resolver los pleitos que se susciten en su jurisdicción o en relación con ellos, ciertos casos pueden llegar a la Corte Suprema para la revisión de sus decisiones a través de su competencia apelada, y otros casos deben ser sustanciados directamente ante los estrados de esta a través de su competencia originaria (art. 5, 31, art. 75: 12 y arts. 116, 117 y 127, CN; ley 48, decreto-ley 1285/58, Acordada 4/2007, entre otras normas). En particular, respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se prevé que una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras ella sea Capital Federal y que el Congreso legislará respecto de las materias cuya competencia se conserven (art. 129 y cláusula transitoria 7^a, CN y ley 24.588 con sus normas complementarias)⁴⁸.

los medios instrumentales indispensables para su concreción real y efectiva (cfr. *Fallos*: 312:1437; 326:3899; 329:2975; 332:66; 344:1557).

48 La cuestión de los controles dentro de cada una de las veintitrés Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires excede el marco del presente trabajo. Sin embargo, cabe señalar que, de acuerdo a nuestro régimen federal, los Estados locales deben dictar su propia Constitución local “bajo el sistema representativo republicano” y “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías” (art. 5, CN), por también en ellos existen y deben existir controles del poder público y garantías de los derechos fundamentales que desplieguen el molde que impone la Constitución federal (para un panorama sobre el Derecho Público local, véase Bidart Campos, 1994; Ferreyra, 1997; Ábalos *et al.*, 2003; Abrigo, 2006; Cabral, 2006; Zuccherino y Moreno Rithner, 2007; Hernández *et al.*, 2008; Basterra *et al.*, 2016).

III. Garantía de los Derechos

Reseñado lo anterior, resta abocarse a la definición y sistematización de las distintas garantías previstas en nuestro Derecho Constitucional, para lo cual también conviene hacer algunas aclaraciones⁴⁹, a saber: i) en estas líneas se entiende que hay garantías cuando existen mecanismos que respalden y aseguren la realización de los derechos fundamentales imponiendo el respeto y la promoción de su vigencia o la prevención y el remedio de sus violaciones⁵⁰; ii) en razón de nuestro sistema constitucional, concurren garantías de fuente interna, resultantes de las disposi-

49 Respecto de las garantías, para una teoría general, véase Ferrajoli (1999), Peña Freire (1997) y Bastida Freijedo *et al.* (2004). Asimismo, para puntualizar en el sistema argentino, pueden indicarse lecturas panorámicas (cfr. Ekmekdjian, 1994, pp. 271 y ss.; Bidegain *et al.*, 2001, pp. 59, 335 y ss.; Bidart Campos, 2003, pp. 11 y ss.; Ferreyra, 2016, pp. 155 y ss.; Dolabjian, 2017, pp. 317 y ss.) y las siguientes obras para profundizar: i) garantías en los procesos civiles (cfr. Arazi *et al.* 2003; Morello, 2005; Morello *et al.* 2015, pp. 85 y ss.; Gozáini, 2017; Palacio, 2021, pp. 47 y ss.); ii) garantías en los procesos penales (cfr. Clariá Olmedo, 2001, pp. 60 y ss.; Maier, 2004, pp. 46 y ss.; Cafferata Nores, 2011; Carrió, 2014; Ledesma, 2017/2011); iii) garantías en los procedimientos administrativos (cfr. García Pulles, 2007; Thea, 2009; Sammartino, 2012, pp. 609 y ss.; González Moras, 2015, pp. 87 y ss.; Comadira, 2022); iv) textos varios (cfr. Sagüés, 2009; Falcón *et al.*, 2010; Toledo, 2017; Steiner y Fuchs *et al.*, 2019).

50 En el campo de la teoría jurídica se debate si hay auténticos derechos solo cuando existen garantías para reclamar su efectivización, o si hay verdaderos derechos aun cuando no existan tales garantías. Al margen de tal disputa, una mirada sobre nuestro Derecho Constitucional permitiría afirmar que positivamente no existen derechos sin garantías. Ello así pues: i) si las garantías se definen en sentido “amplio”, siempre podría verificarse la presencia de dispositivos garantistas no jurisdiccionales para la tutela de los derechos, aun cuando éstos no sean exigibles jurisdiccionalmente; y ii) si las garantías se definen en sentido “restringido”, siempre podría abrirse el acceso a la jurisdicción en cuanto es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos (art. 18, CN) y toda persona puede interponer acciones judiciales para defender sus derechos contra actos u omisiones que exhiban arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (art. 43, CN), lo cual se refuerza desde los instrumentos de Derechos Humanos (arts. 8 y 25, CADH, entre otros). En esta senda, conviene recordar que la Corte Suprema ha afirmado que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias (cfr. *Fallos*: 239:459, 315:1492, 321:2767; 332:111) y que reconocer un derecho, pero negarle un remedio apropiado, equivale a desconocerlo (cfr. *Fallos*: 325:524; 326:2868; 334:198; 345:50). Acerca de estas cuestiones, véase Dolabjian (2017, pp. 317 y ss.).

ciones del Derecho Constitucional, y garantías de fuente internacional, derivadas de las disposiciones de los Derechos Humanos jerarquizados (art. 75: 22, CN)⁵¹; iii) de manera general, el esquema de las garantías puede bosquejarse mediante la distinción de dos ámbitos elementales —“nacional” y “supranacional”—, su reagrupación de los mecanismos en dos grandes campos —“no jurisdiccionales” y “jurisdiccionales”— y su exposición según se irradian con dos alcances principales —“comunes” o “específicas”—; iv) la focalización sobre los garantías constitucionales no implica desconocer la existencia de garantías de diversa naturaleza, pero que —en todo caso— deben encuadrarse dentro del marco de la Constitución.

1. Garantías en el ámbito nacional

A. Garantías no jurisdiccionales

De conformidad con el trayecto propuesto, aquí se exhiben las distintas disposiciones constitucionales que implican garantías no jurisdiccionales. Ciertamente, varios de estos mecanismos de garantía actúan en función de la organización de los poderes públicos del Estado: en definitiva, la ingeniería estatal debe servir a los derechos fundamentales. Así, pues, en esta sección cabe mencionar los siguientes puntos: i) rigidez constitucional y, eventualmente, irreformabilidad de ciertos contenidos (art. 30, CN); ii) supremacía de la Constitución federal y de los Derechos Humanos jerarquizados (arts. 31 y 75: 22, CN); iii) jerarquía de las demás normas y actos (arts. 27, 28, 31, art. 75: 22 y 24, art. 76, art. 99: 1, 2 y 3 y art. 100: 2, CN); iv) privacidad como límite infranqueable (art. 19, CN); v) separación de funciones estatales (art. 1, 29, 109 y cctes., CN); vi) nulidad de actos contrarios al orden constitucional (arts. 29 y 36, CN); vii) publicidad de los actos públicos (art. 1 y cctes., CN); viii) interdicción de la arbitrariedad (art. 1, 18, 28 y cctes., CN); ix) seguridad jurídica (arts. 1 y 19, CN); x) responsa-

51 Complementariamente, en razón de nuestro sistema federal, también se encuentran garantías desarrolladas a nivel del constitucionalismo local que pueden recoger y ampliar las garantías previstas a nivel federal, lo cual no siempre es de sencilla concreción (sobre este aspecto, véase Arballo, 2014).

bilidad del Estado y sus agentes (arts. 17, 18, 19, 29 y 36, art. 75: 12, arts. 116 y 117, CN); xi) reserva de ley formal (arts. 18, 19, 76 y 99: 3, CN); xii) proporcionalidad y contenido esencial (arts. 1 y 28, CN); xiii) legalidad, razonabilidad y debido proceso en la actividad administrativa (arts. 1, 18, 28 y 75: 22, CN y art. 8 de la CADH); xiv) cauces y límites para la emergencias constitucionales (arts. 23, 76 y 99: 3, CN); xv) intervención del Defensor del Pueblo (art. 86, CN); xvi) control de convencionalidad⁵²; y, en general, todos los controles relativos al ejercicio del poder político.

B. Garantías jurisdiccionales comunes

Seguidamente, se procede a la exposición de las disposiciones constitucionales que muestran garantías jurisdiccionales comunes a todos los procesos dirigidos a la sustanciación de acusaciones penales —y disciplinarias, en general— o a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En tal sentido, se incluyen mínimamente las siguientes garantías, *v. gr.*: acceso a la jurisdicción; juicio previo; tutela judicial efectiva; juez natural; imparcialidad e independencia del juez; prohibición de ejercicio de funciones judiciales por la rama ejecutiva; debido proceso; defensa en juicio; bilateralidad; igualdad procesal; derecho a ser oído; prohibición de confesión coercitiva; derecho a ofrecer, producir y controlar las pruebas; inviolabilidad del domicilio, correspondencia y papeles privados; legalidad, razonabilidad y fundamentación en la actividad juris-

52 El control de convencionalidad se computa dentro de este apartado porque, en los términos acuñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su realización no se ciñe a la actuación judicial, sino que también involucra a todas las demás autoridades estatales e, incluso, a las instancias democráticas (*cf.* casos “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, 2006; “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 2006; “Fernández Ortega y otros. vs. México”, 2010; “Gelman vs. Uruguay”, 2011 y 2013; “Mendoza vs. Argentina”, 2013; “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, 2020; entre otros). Ahora bien: nuestra Corte Suprema ha receptado la noción para la interpretación y decisión de las causas judiciales (*cf.* *Fallos*: 330:3248; 333:1657; 335:2333; 342:584), aunque también ha esgrimido una suerte de margen de apreciación para sus pronunciamientos (*cf.* *Fallos*: 326:2968; 340:47). Al respecto, véase Dolabjian (2020). Por lo demás, la realización del control de convencionalidad por parte de la rama ejecutiva presenta evidentes peculiaridades que aquí no pueden desarrollarse (para profundizar, véase Sagüés, 2015; Alonso Regueira, 2017, Gutiérrez Colantuono, 2022).

diccional; plazo razonable (arts. 16, 18, art. 75: 22, art. 109, CN y art. 8, CADH). Asimismo, se computan diferentes acciones y recursos constitucionales que pueden actuar en diversos tipos de controversias, *v. gr.*: amparo individual; acciones colectivas; *habeas data*; recurso extraordinario federal; planteo de inconstitucionalidad, como acción y como excepción (arts. 43, 116 y 117, CN)⁵³.

C. Garantías jurisdiccionales específicas

A continuación, se reseñan una serie de disposiciones constitucionales que consagran garantías jurisdiccionales específicas de los procesos dirigidos a la sustanciación de acusaciones penales – y disciplinarios, en general –. En este sentido, pueden señalarse los siguientes resguardos: i) garantías en favor de todas las partes: sistema acusatorio; principio de publicidad; respeto de las formas sustanciales del proceso; *habeas corpus* (arts. 18, 43 y 75: 22, CN); ii) garantías en favor del acusado: principio de legalidad; interpretación estricta; presunción de inocencia; *in dubio pro reo*; condiciones para la admisibilidad de la confesión; principio de culpabilidad; principio de lesividad; irretroactividad de la ley; retroactividad de la ley más benigna; asistencia de intérprete o traductor; defensa técnica particular u oficial; juicio por jurados; exclusión de la prueba ilícitamente obtenida; *non bis in ídem*; doble conforme; limitaciones a la prisión preventiva; personalidad, proporcionalidad y progresividad de la pena; condiciones dignas de detención; prohibición de tratos crueles o inhumanos y sanciones prohibidas; etcétera (arts. 18, 24, art. 75: 12 y 22, art. 118, CN); iii) garantías en

favor de la víctima: derecho a impulsar la acción; seriedad de la investigación; imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad (arts. 18 y 75: 22, CN)

2. Garantías en el ámbito supranacional

Para finalizar, cabe aludir a los sistemas internacionales de promoción y protección de Derechos Humanos que instituyen garantías no jurisdiccionales y jurisdiccionales que complementan los derechos y garantías constitucionales (art. 75: 22, CN), a saber: la CADH con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el PIDCyP, el PIDESC y sus Protocolos Facultativos con el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, asimismo, las demás Convenciones que establecen sus respectivos organismos de interpretación y aplicación⁵⁴.

Conclusión

Según se ha expresado, el constitucionalismo procura racionalizar el poder político, mediante la fijación de exigencias formales y sustanciales – por regla en una Constitución escrita – relativas a la organización de los poderes públicos del Estado y al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. Desde tal perspectiva, surge evidente la relevancia de la Constitución como marco básico de la organización estatal, la Administración pública, el Derecho Administrativo y la abogacía del Estado. Ahora bien: tal apuesta tiene valor si la Constitución no es un “libro de arena”, cuyas páginas pueden cambiar de sentido ilimitadamente con cada lectura, sino un “libro de todos los libros”, cuyas páginas contienen enteramente todos los tomos del Derecho⁵⁵. Que esto sea

53 En relación con la actuación administrativa, los actos y procedimientos deben respetar las siguientes garantías elementales: principio de legalidad; principio de razonabilidad o proporcionalidad; motivación de los actos estatales, especialmente cuando involucren facultades discrecionales o categorías sospechosas; debido proceso administrativo; tutela administrativa y judicial efectiva, especialmente en ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales; entre otras (*cf.* Corte Suprema, *Fallos*: 315:2771; 327:4185; 327:4943; 327:5118; 328:651; 329:2986; 331:1715; 331:2178; 333:311; 333:935; 335:1126; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos “Baena vs. Panamá”, 2001; “Tribunal Constitucional vs. Perú”, 2001; “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, 2006; “Chocrón vs. Venezuela”, 2011; “Furlán vs. Argentina”, 2011; “Fomerón e hija vs. Argentina”, 2012; “Rico vs. Argentina”, 2019; “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat [Nuestra Tierra] vs. Argentina”, 2020; etc.).

54 Para un recorrido por los diversos sistemas de Derechos Humanos que han sido asumidos por la Argentina, véanse Pinto (1997), Nowak (2009), González Napolitano (2011) y Salvioli (2020).

55 Respecto de ambos tipos de libros, véase Borges (1944 y 1975), quien concluía que un “libro de arena” resultaría monstruoso y, en cambio, un “libro de todos los libros” sería majestuoso.

así, depende —sin dudas— del vigor de los controles del poder y las garantías de los derechos que prevea la propia Constitución.

REFERENCIAS

Ábalos, M^a Gabriela *et al.* (2003), *Derecho público provincial y municipal*, 2 ts., Buenos Aires, La Ley.

Abrigo, Marcela C. (2006), “Las garantías constitucionales bonaerenses: hacia su máximo aprovechamiento”, en Ziulu, Adolfo G. (dir.), *El sistema constitucional bonaerense*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, pp. 267-294.

Albertsen, Jorge *et al.* (2010), *Cuestiones de control de la Administración pública*, Buenos Aires, RAP.

Alice, Beatriz L. (2003), “Control sobre el desempeño en el ejercicio de la función pública de los órganos de poder previstos en la Constitución Nacional: las normas de la Constitución de 1853 y las reformas constitucionales posteriores”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2003-II, pp. 827-835.

Alonso Regueira, Enrique M. *et al.* (2016), *El control de la actividad estatal*, 2 ts., Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Alonso Regueira, Enrique (2017), *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Lajouane.

Alterio, Ana M. (2014), “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n° 8, pp. 227-306.

Aragón Reyes, Manuel (1995), *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.

Arazi, Roland, *et al.* (2003), *Debido proceso*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Arballo, Gustavo (2014), “Alcance, tutela y efectividad de los derechos locales en el sistema federal”, en Rivera, Julio C. (h) *et al.* (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. III,

Buenos Aires, La Ley, pp. 1127-1162.

Atchabahián, Adolfo (2013), *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, La Ley.

Balbín, Carlos F. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo*, 5 ts., Buenos Aires, La Ley.

Barber, Nick W. (2018), *The principles of constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press.

Barraza, Javier I. y Schafrik, Fabiana H. (1999), *El Jefe de Gabinete de Ministros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Barrera Buteler, Guillermo E. *et al.* (2019), *Derecho Constitucional*, Córdoba, Advocatus.

Basterra, Marcela I. *et al.* (2016), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*, Buenos Aires, Jusbaire.

Bastida Freijedo, Francisco *et al.* (2004), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.

Bazán, Víctor (2010), “Estado Constitucional de Derecho, democracia y protección de los derechos humanos”, *El Derecho Constitucional*, t. 2010, pp. 250-284.

Bianchi, Alberto B. (2002), *Control de constitucionalidad*, 2 ts., Buenos Aires, Ábaco.

Bidart Campos, Germán J. (1976/1977), *Historia política y constitucional argentina*, 3 ts., Buenos Aires, Ediar.

Bidart Campos, Germán J. (1985), *El poder*, Buenos Aires, Ediar.

Bidart Campos, Germán J. (1994), *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. V, Buenos Aires, Ediar.

Bidart Campos, Germán J. (2000), *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. I-A, Buenos Aires, Ediar.

Bidart Campos, Germán J. (2003), *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. II-A, Buenos Aires, Ediar.

Bidegain, Carlos M. *et al.* (2001), *Curso de Derecho Constitucional*, t. V, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Bidegain, Carlos M. *et al.* (2003a), *Curso de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Bidegain, Carlos M. *et al.* (2003b), *Curso de Derecho Constitucional*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Bielsa, Rafael y Graña, Eduardo (1999), *Manual de la Justicia Nacional*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.

Biscaretti di Ruffia, Paolo (2006), *Introducción al Derecho Constitucional comparado*, México D. F., Fondo de Cultura Económica.

Borges, Jorge L. (2012), “La biblioteca de Babel” [1944] y “El libro de arena” [1975], en *Cuentos completos*, Buenos Aires, Sudamericana, pp. 115-122 y 417-420.

Cabral, Pablo O. (2006), “El modelo constitucional de control en la Provincia de Buenos Aires”, en Ziulu, Adolfo G. (dir.), *El sistema constitucional bonaerense*, Buenos Aires, Librería

Editora Platense, pp. 187-238.

Cafferata Nores, José I. (2011), *Proceso penal y derechos humanos*, Martínez, Santiago (act.), Buenos Aires, Ed. del Puerto.

Cámpora, Mario (2014), "República", en Risso, Guido I., *Derecho Político profundizado*, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 59 y ss.

Canosa, Armando N. (2017), *Procedimiento administrativo. Recursos y reclamos*, 2 ts. Buenos Aires, Astrea / RAP.

Carbonell, Miguel *et al.* (2007), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta/UNAM, Madrid.

Cárdenas Gracia, Jaime (2017), *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.

Carrió, Alejandro D. (2014), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.

Castells, Alberto (2016), *Los Ministros en el sistema presidencialista*, Buenos Aires, Astrea.

Clariá Olmedo, Jorge A. (2001), *Derecho Procesal penal*, t. I, Vázquez Rossi, Jorge E. (act.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Comadira, Fernando G. (2022), *Derecho Administrativo disciplinario*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica.

Comadira, Julio R. *et al.* (2009), *Control de la Administración pública. Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, RAP.

Corcuera, Santiago H. y Rascioni, Nora V. (2005), *El Consejo de la Magistratura, órgano del Poder Judicial de la Nación*, Buenos Aires, LexisNexis.

Cyrillo, Carolina, Fuentes-Contreras, Édgar H. y Legale, Siddharta (2021),

"The Inter-American Rule of Law in South American constitutionalism", *Seqüência. Estudos jurídicos e políticos*, vol. 42, n° 88, pp. 1-27.

de Jouvenel, Bertrand (1956), *El poder*, Madrid, Editora Nacional.

de Otto, Ignacio (1998), *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.

Dippel, Horst (2005), "Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita", *Historia Constitucional*, n° 6, pp. 181-199.

Dolabjian, Diego A. (2017), *Derecho Constitucional profundizado*, Buenos Aires, Ediar.

Dolabjian, Diego A. (2019), *La Ciudad ante la Corte*, Buenos Aires, Ediar.

Dolabjian, Diego A. (2020): Sobre el "margen de apreciación nacional", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 18, n° 2, pp. 85-130.

Donna, Edgardo A. (2018), *Delitos contra la Administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Drnas de Clément, Zlata (2020), *Los paradigmas ideológicos y la concepción del Derecho Internacional*, Córdoba, Advocatus.

Ekmekdjian, Miguel Á. (1994), *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, Depalma.

Ekmekdjian, Miguel Á. (2000), *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, Depalma.

Esteve Pardo, José (2013), *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons.

Falcón, Enrique M. *et al.* (2010), *Tratado de Derecho Procesal constitucional*, 2 ts., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Ferrajoli, Luigi (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.

Ferrajoli, Luigi (2008), *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta.

Ferrajoli, Luigi *et al.*, (2012), *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons.

Ferreya, Raúl G. (1997), *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio de la ley fundamental porteña*, Buenos Aires, Depalma.

Ferreya, Raúl G. (2006), "Poder, democracia y configuración constitucional", en Bercholz, Jorge (dir.), *El sistema político e institucional en la Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, pp. 33-72.

Ferreya, Raúl G. (2015), *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar.

Ferreya, Raúl G. (2016), *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar.

Fioravanti, Maurizio (2014), *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta.

Friedrich, Carl J., *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México D. F., Fondo de Cultura Económica.

Galli Basualdo, Martín (2014), *La responsabilidad política de los funcionarios públicos, jueces, fiscales y legisladores*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.

García de Enterría, Eduardo (1983), *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas.

García Pullés, Fernando (2007), "Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la Administración", *El Derecho Administrativo*, vol. 2007, pp. 623-638.

García Pullés, Fernando R. (2004), *Tratado de lo contencioso administrativo*, 2 ts., Buenos Aires, Hammurabi.

Gargarella, Roberto (2014), *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz.

Gargarella, Roberto (2019), "Republicana, representativa y federal", en Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, t. I, Buenos Aires, La Ley, pp. 31-47.

Gargarella, Roberto (2021), *El Derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Gentile, Jorge H. *et al.* (2008), *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Montevideo, Asociación Argentina de Derecho Constitucional/Fundación Konrad-Adenauer.

González Moras, Juan M. (2015), "El pacto de San José de Costa Rica y el procedimiento administrativo", en *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Procedimiento administrativo*, a

20 años de la reforma constitucional, Buenos Aires, Astrea/RAP, pp. 87-114.

González Napolitano, Silvina S. (2011), *et al.*, *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Errepar, Buenos Aires.

Gozaíni, Osvaldo A. (2017), *El debido proceso*, 2 ts., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. (2022), *Control de convencionalidad en la Administración pública*, Buenos Aires, Astrea.

Grimm, Dieter (2016), *Constitutionalism. Past, present and future*, Oxford University Press, Oxford.

Gutiérrez, Ignacio (2007), "Derecho Constitucional para la sociedad multicultural", en Gutiérrez, Ignacio (ed.), *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, pp. 9-25.

Gutiérrez, Ignacio (2010), "De la Constitución del Estado al Derecho Constitucional para la Comunidad internacional", en Peters, Anne *et al.* (eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch., pp. 15-91.

Häberle, Peter (2004), *El Estado constitucional*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.

Hernández, Antonio M. (2014), "El federalismo argentino", en Manili, Pablo L. (coord.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Errepar, pp. 257-331.

Hernández, Antonio M. *et al.* (2008), *Derecho público provincial*, Buenos Aires, LexisNexis.

Hesse, Konrad (2011), "Concepto y cualidad de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Europeo/CEPC, pp. 33-55.

Huerta Ochoa, Carla (2010), *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.

Ivanega, Miriam M. (2016), *Control público. Administración. Gestión. Responsabilidad*, Buenos Aires, Astrea/RAP.

Jaramillo Pérez, Juan F. *et al.* (2018), *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Jiménez Alemán, Ángel A. (2019), "El constitucionalismo global: ¿neologismo necesario o mera cacofonía?", *Revista española de Derecho Constitucional*, vol. 39, núm. 117, pp. 139-166.

Jiménez Asensio, Rafael (2005), *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

Kelsen, Hans (1928), "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)", en *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2017, pp. 39-106.

Kelsen, Hans (1942), "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana", en *Sobre la jurisdicción constitucional*,

Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2017, pp. 107-128.

Laplacette, Carlos J. (2016), *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, B de F, 2016.

Ledesma, Ángela E. *et al.* (2017/2021), *El debido proceso penal*, 11 ts., Buenos Aires, Hammurabi.

Legarre, Santiago (2014), "Nulidad de las sentencias de la Corte Suprema", en *Ensayos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ábaco, pp. 499-506.

Leiva, Alberto D. y Abásolo, Ezequiel (1998), *El constitucionalismo argentino en el siglo XX*, Buenos Aires, Dunken.

Linares Quintana, Segundo V. (1985), *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, t. 7, Buenos Aires, Plus Ultra.

Loewenstein, Karl (1964), *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.

López Rosas, José R. (1996), *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

Luna, Eduardo F. (2007), *Congreso y control*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo.

Maier, Julio B. J. (2004), *Derecho Procesal penal*, t. I. Fundamentos, Buenos Aires, Ed. del Puerto.

Maiorano, Jorge L. (2022), *El ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*, Montevideo, B de F.

Mairal, Héctor A. (2021), *Control judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Marquardt, Bernd (2016), *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bogotá, Ibáñez.

Matteucci, Nicola (2010), "Constitucionalismo", en *El Estado moderno. Léxico y exploraciones*, Madrid, Unión Editorial.

McIlwain, Charles H. (1947), *Constitutionalism. Ancient and modern*, Nueva York, Cornell University Press.

Menem, Eduardo (2020), *Derecho procesal parlamentario*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley.

Midón, Mario A. R. (2018), *Prerrogativas de los legisladores*, Buenos Aires, Astrea.

Morello, Augusto M. (2005), *El proceso justo*, Buenos Aires, LexisNexis.

Morello, Augusto M. *et al.* (2015) *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Moreno, Guillermo R. *et al.* (2021), *Manual de historia constitucional argentina (1492-2011)*, Buenos Aires, Redea/Edulp.

Nino, Carlos S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

Nino, Carlos S. (1997), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.

Nowak, Manfred (2009), *Introducción al régimen internacional de los Derechos Humanos*, ASDI/Raoul Wallenberg Institute/Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Ai-

res, Buenos Aires.

Palacio, Lino E. (2021), *Derecho Procesal civil*, t. I, Camps, Carlos E. (act.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Palomino Manchego, José F. (2009), "Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del Derecho", *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 7, n° 6, pp. 387-404.

Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo (dirs.) (2018), *Derecho Constitucional comparado*, t. 2-A, Buenos Aires, Astrea.

Peña Freire, Antonio M. (1997), *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta.

Pérez Royo, Javier y Carrasco Durán, Manuel (2021), *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

Peters, Anne (2015), "Global Constitutionalism", en Gibbons, Michael T. (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, vol. III, Londres, Wiley-Blackwell, pp. 1484-1487 (disponible en www.encyclopediaofpoliticalthought.com).

Pinto, Mónica (1997), *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto.

Pozzolo, Susanna (2011), *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Palestra.

Reventa Sánchez, Miguel (2019-2020), "Sobre el Derecho Constitucional y sus fundamentos" (en 3 partes), *Revista Derechos en Acción*, año 4, n° 12, pp. 48-104; año 4, n° 13, pp. 29-73 y año 5, n° 14, pp. 27-78.

Rodríguez, Jorge L. (2021), *Teoría analítica del Derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons.

Rosatti, Horacio D. (2001), *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Rosatti, Horacio D. (2010a), *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Rosatti, Horacio D. (2010b), *Tratado de Derecho constitucional*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Sagüés, Néstor P. (2007), *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

Sagüés, Néstor P. (2009), *Compendio de Derecho Procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

Sagüés, Néstor P. (2015), "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, pp. 141-149.

Salvadores de Arzuaga, Carlos (1999), *Los controles institucionales en la Constitución Argentina. 1853-1994*, Buenos Aires, La Ley.

Salvioli, Fabián (2020), *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales.

Sammartino, Patricio M. E. (2012), "El procedimiento administrativo en el Estado constitucional social de Derecho", en Pozo Gowland, Héctor (dir.), *Procedimiento administrativo*,

t. I, Buenos Aires, La Ley, pp. 609-644.

Sammartino, Patricio M. E. (2012), *Amparo y administración en el Estado constitucional social de Derecho*, 2 ts., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Sánchez Viamonte, Carlos (1957), *El constitucionalismo. Sus problemas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.

Santiago, Alfonso (2017), "El Estado Constitucional de Derecho. Una aproximación histórica, constitucional y iusfilosófica", en *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp. 59 y ss.

Santiago, Alfonso et al. (2006), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, 2 ts., Buenos Aires, Ábaco.

Santiago, Alfonso et al. (2019), *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley.

Schwöbel, Christine E. J. (2010), "Situating the debate on global constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n° 3, 2010, pp. 611-635.

Serrafero, Mario D. (2019), *Presidencialismo y parlamentarismo en Argentina*, Buenos Aires, Ediar.

Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine et al. (2019), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Uribe Granados, G. Patricia (coord. acad.), Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung.

Tawil, Guido S. et al., (2019), *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot.

Thea, Federico G. (2009), "Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas", *La Ley*, t. 2009-D, pp. 791-817.

Toledo, Pablo R. (2017), *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Toledo, Pablo R. (2017), *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Tribiño, Carlos R. (2010), *La Corte Suprema. Competencia y vías de acceso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Valadés, Diego (1998), *El control del poder*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México.

Vanossi, Jorge R. A. (2000), *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba.

Vanossi, Jorge R. A. y Dalla Vía, Alberto R. (2019), *Tratados internacionales, integración y derechos humanos. Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Volkman, Uwe (2019), *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*, Madrid, Marcial Pons.

Waluchow, Wilfrid J. (2017), "Constitutionalism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism>).

Wiener, Antje et al. (2012), "Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law", *Global Constitutionalism*, año 1, n° 1, pp. 1-15.

Zuccherino, Ricardo M. y Moreno Rithner, M^a Josefina (2007), *Tratado de Derecho federal, estadual, estatuyente y municipal argentino y comparado*, 2 ts., Buenos Aires, LexisNexis.

El control judicial de las medidas de emergencia

Juan Santiago Ylarri*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las situaciones de emergencia y los institutos de excepción. III. Dos características fundamentales de los estados de emergencia. IV. Formas de regular los institutos de excepción. V. Institutos de excepción en el derecho constitucional argentino. VI. Los institutos de excepción en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. VII. Emergencia, poder de policía y la inexistencia de derechos absolutos. VIII. Principios que rigen en los estados de emergencia. *a. Las pautas enunciadas por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa. b. Las pautas emanadas del Informe del Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y los estados de excepción de 1997. c. Las pautas de la declaración 1/20 de la Corte Interamericana a raíz de la crisis del Covid-19.* IX. ¿Cuál es el instituto de excepción que se debe utilizar? El caso de la emergencia del Covid-19. *a. Estado de sitio o decreto de necesidad y urgencia. b. ¿Decreto autónomo, de necesidad y urgencia, o delegado?.* X. Breve desarrollo de algunas pautas para el control judicial sobre las normas de emergencia. *a. ¿El juez debe ser plenamente deferente a lo que resuelva el Ejecutivo o debe interpretar restrictivamente los decretos? b. El control de la situación de emergencia. c. El mantenimiento en el tiempo de las normas de emergencia y la inconstitucionalidad sobrevenida. d. Razonabilidad de las medidas de emergencia* XI. Conclusiones

I. Introducción

A lo largo de las décadas en nuestro país se han adoptado diversas medidas de emergencia. En muchas ocasiones se dieron auténticas situaciones que justificaban acudir a la declaración de una emergencia. En otros casos, se aprobaron o mantuvieron medidas de emergencia cuando no se reunían los requisitos previstos constitucionalmente. Como lo ha señalado el autor italiano Giorgio Agamben¹, en el siglo XX la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente devino en una de las prácticas esenciales de los estados contemporáneos, aún de aquellos así llamados democráticos, convirtiéndose muchas veces en la regla y no en la excepción. Así las cosas, la definición de los criterios para la procedencia de las medidas de emergencia que admiten la suspensión de los derechos continúa siendo un problema fundamental de la comunidad internacional².

En el presente trabajo, me propongo analizar los institutos de emergencia previstos en la Constitución argentina, así como en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. En particular, estudiaré los principios que deben regir en los estados de emergencia y los alcances del control judicial sobre los mismos a fin de lograr que, aun en situaciones de emergencia, se logre el respeto Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

1 * Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, UBA). Equivalencia de título de Doctor (Universidad Autónoma de Madrid). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, CEPC, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina, UCA). Abogado (UBA). Es docente en Argentina y España, es investigador y ha publicado dos libros y más de 60 artículos y capítulos de libros en Argentina y el exterior. Se desempeña profesionalmente en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2003, págs. 22-25.

2 FITZPATRICK, Joan, *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1994, pág. 203.

II. Las situaciones de emergencia y los institutos de excepción

Cabe distinguir en el derecho constitucional las situaciones de normalidad y situaciones de excepción. En efecto, como lo ha destacado el jurista español Cruz Villalón, la Constitución configura un determinado proyecto en relación con una situación considerada normal y previsible. Sin embargo, aquella norma puede verse súbitamente confrontada con una situación distinta, no prevista, por lo que la Constitución puede encontrarse en una situación de no poder asegurar su propia eficacia. Frente a estas situaciones, las Constituciones incorporan a su ordenamiento un modo alternativo de organización del poder que supone la negación temporal del orden constitucional en principio previsto, pero la cual tiene al menos dos ventajas. Por un lado, mantiene la eficacia formal de la Constitución como Constitución “alternativa” de emergencia, evitando la imposición de la fuerza normativa de lo fáctico. Por otro lado, facilita la vuelta ordenada a la Constitución ordinaria o “legítima”³.

Así las cosas, hay que distinguir los “eventos o situaciones de emergencia” y los “institutos de emergencia”. Los primeros, son acontecimientos reales o fácticos, eventos que perturban el orden constitucional con carácter de emergencia. En cambio, los institutos de emergencia, son creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias⁴.

III. Dos características fundamentales de los estados de emergencia

En lo que respecta a las características que poseen los institutos de emergencia, se distinguen dos características fundamentales: por un lado, conllevan una mayor restricción, y eventual suspen-

3 CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 17-19.

4 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 301.

sión, de las libertades, derechos y garantías fundamentales; por el otro, favorecen la concentración del poder en el Ejecutivo⁵. Al mismo tiempo, se produce una centralización de todo el poder en una autoridad nacional única para hacer frente de la manera más coordinada posible a una emergencia, por lo que se suelen producir conflictos de poder entre el Estado central y las entidades locales, en detrimento de estas últimas⁶.

Así las cosas, en lo que respecta a la mayor concentración del poder en el Ejecutivo durante las emergencias, cabe poner de relieve que las situaciones de excepción alteran los roles institucionales. Como ha señalado la doctrina, “está hecha para el Ejecutivo, porque es el único que llega a tiempo. El Legislativo la refrenda. El Judicial, alguna vez, la corrige en sus efectos”⁷. De igual modo, en el derecho norteamericano se ha descrito el rol de los distintos poderes del Estado de este modo: “cuando una emergencia tiene lugar, el Ejecutivo actúa, el Congreso consiente, y los tribunales son deferentes”⁸. Ello se da también en un contexto donde hay

5 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental...*, cit., t. I, pág. 301; PADILLA, Miguel M., “El control judicial de las declaraciones de emergencia”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, vol. 283, pág. 32. En la doctrina extranjera, ver entre otros GROSS, Oren - NÍ AOLÁIN, Fionnuala, *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, págs. 58-59, y JAKAB, András, “German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency - Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse”, *German Law Journal*, vol. 7, N° 5, 2006, págs. 460-464.

6 ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, 2020, Nros. 86-87, págs. 6-21. Un reflejo de estos conflictos pudieron verse en el caso de la Corte Suprema “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4/5/2021, Fallos: 344:809. Al respecto, me remito a mi comentario al caso titulado “La doctrina de la emergencia en el precedente de la Corte Suprema sobre clases presenciales”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 136, julio-agosto 2021, págs. 232-241.

7 FRIAS, Pedro José, “¿Separación de poderes o qué?”, *La Ley*, diario del 3/11/1992, pág. 1 y ss.

8 POSNER, Eric A. - VERMEULE, Adrian, *Terror in the balance: security, liberty, and the courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pág. 3. Sobre la

hace tiempo una inclinación de los países latinoamericanos hacia el presidencialismo, y el predominio o prevalencia del Presidente de la República en el contexto general del sistema⁹.

IV. Formas de regular los institutos de excepción

Lo adecuado sería que las disposiciones básicas relativas al estado de emergencia y a las facultades de excepción resultantes estuviesen previstas expresamente en la Constitución, toda vez que los poderes de excepción suelen restringir los principios constitucionales básicos, como los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho¹⁰. Sin embargo, no todos los textos constitucionales encajan en este “modelo de regulación del denominado derecho constitucional de excepción”¹¹ como sucede, por ejemplo, con el art. 116 de la Constitución Española de 1978. Puede citarse también el caso colombiano que regula los estados de excepción en los arts. 212 a 215 de la Constitución de 1991. Existen otros ordenamientos que, por el contrario, carecen de cláusulas constitucionales expresas sobre el denominado derecho de excepción; éste sería, por ejemplo, el caso de la Constitución italiana que, con la salvedad del estado de

cuestión, ver el trabajo de mi autoría “La erosión democrática en los tiempos del Coronavirus: discrecionalidad presidencial, asentimiento del Congreso y deferencia judicial”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 130, julio-agosto 2020, págs. 297-296.

9 PINTO FERREYRA, Luiz, “El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina”, en VV.AA., *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, UNAM, México, 1977, pág. 26.

10 Cfr. Consejo de Europa, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), “Interim Report on the measures taken in the EU member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights”, CDL-AD(2020)018, 2020, párrafo 32, y “Emergency Powers”, CDL-STD(1995)012, 1995.

11 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de España 83/2016, de 28 de abril, Fundamento Jurídico 7.

guerra, no regula los estados de emergencia¹².

Asimismo, es conveniente que los alcances de los estados de emergencia estén regulados por el legislador de la forma más detallada posible y que no contenga cláusulas abiertas¹³.

Ahora bien, por ejemplo, en el derecho comparado durante la crisis del Covid-19 se han dado distintos supuestos: algunos Estados declararon el estado de emergencia con arreglo a las disposiciones pertinentes de sus constituciones, como, por ejemplo, España y Portugal. Otros Estados han declarado el estado de emergencia en virtud de sus leyes ordinarias, como Alemania y Francia. En este último, por ejemplo, una ley creó el “estado de emergencia sanitaria”. A su vez, en algunos de estos casos, ciertos países, como el caso alemán, han optado por remitirse a las leyes ordinarias durante esta crisis para declarar el estado de emergencia, aunque sus constituciones contaban con disposiciones detalladas que abarcan diversos tipos de estados de emergencia¹⁴.

V. Institutos de excepción en el derecho constitucional argentino

En lo que respecta a las prescripciones constitucionales con relación a los institutos de emergencia, cabe señalar que si bien la gama de emergencias es muy variada¹⁵, Bidart Campos las agru-

pa en tres categorías: la guerra, equiparable al “ataque exterior”; los desórdenes domésticos o la conmoción interna; y la crisis económica¹⁶. Así las cosas, según el autor citado, entre los institutos de emergencia la Constitución, hasta la reforma de 1994, siempre reguló uno sólo: el estado de sitio, aplicable a las emergencias de la guerra (ataque exterior) y a la conmoción interior, en su art. 23. A su vez, otros autores, sostienen que puede incluirse dentro de los institutos de emergencia a la intervención federal, prevista en el art. 6 de la Constitución, que procede para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia¹⁷. En la misma línea, Gelli sostiene que el estado de sitio, junto con la intervención federal, constituyen las respuestas institucionales, regladas por la Constitución nacional, ante emergencias de carácter político. Afirma, a su vez, que luego de la reforma de 1994 se admitieron dos tipos más de emergencias, las que dan lugar a la delegación legislativa y las que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia¹⁸.

Así podríamos decir que hay cuatro institutos de excepciones. Dos existentes desde la Constitución de 1853/60, el estado de sitio y la intervención federal; y dos incorporados en la reforma constitucional de 1994, la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia, aunque ya habían sido admitidos con anterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

12 En relación con la regulación de los estados de excepción en el derecho comparado, ver el trabajo de mi autoría “Los estados de excepción y las situaciones que habilitan su declaración. Un estudio desde el derecho comparado”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N° 1, 2020, págs. 219-273.

13 Consejo de Europa, Comisión de Venecia, “Interim Report on the measures taken in the EU member States as a result of the Covid-19 crisis...”, párrafo 58.

14 Al respecto, ver Consejo de Europa, Comisión de Venecia, “Interim Report on the measures taken in the EU member States as a result of the Covid-19 crisis...”, párrafos 35 y 38.

15 Sin perjuicio de las institutos de excepción que más adelante se abordarán, SACRISTÁN enumera diversos institutos que integran las “medidas de emergencia”, entre los que menciona el estado de asamblea, la ley mar-

cial, las facultades extraordinarias o suma del poder público, el estado de prevención y de alarma, el estado de guerra interno, y la revolución (SACRISTÁN, Estela B., “Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, jan./abr. 2014, vol. 1, N° 1, págs. 39-66).

16 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental...*, cit., pág. 301.

17 DALLA VÍA, Alberto R., “El problema de la naturaleza jurídica de la emergencia”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, vol. 283, 2002, págs. 40-41.

18 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4° ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 390.

VI. Los institutos de excepción en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional

En la segunda parte del siglo XX, prácticamente todos los países de América Latina y Europa han suscripto instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales se derivan una serie de pautas y directrices respecto de la aplicación de los institutos de excepción. A este respecto, cabe citar especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹.

El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que en caso de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. Adicionalmente, la norma enumera un conjunto de derechos los cuales nunca pueden ser suspendidos. También, se establece la obligación de informar la situación y su cese a los demás Estados parte. Sobre la norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en las opiniones consultivas 8/87 y 9/87.

A su vez, el artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, los Estados Parte pueden adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto. Las pautas para la aplicación del artículo mencionado surgen claras de los Principios de Siracusa y de la Observación General 29 del Comité de Derechos Humanos.

Por su parte, el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos

19 Con respecto a la regulación de los estados de excepción en estos dos tratados internacionales de derechos humanos, ver el trabajo de mi autoría “Las situaciones de excepción que habilitan suspender derechos humanos”, *Gaceta Constitucional*, t. 153, septiembre 2020, págs. 139-154.

Humanos regula el supuesto de derogación en caso de estado de excepción. Puede decirse que las exigencias de fondo requeridas por los artículos 27 y 4 citados son, en conjunto, muy similares a las del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: las circunstancias deben ser actuales, excepcionales y de una gravedad tal que se afecte al Estado o a su población de forma importante.

VII. Emergencia, poder de policía y la inexistencia de derechos absolutos

Ahora bien, cabe señalar que aun en tiempos normales los derechos reconocidos constitucionalmente no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio²⁰, siempre que aquella reglamentación sea razonable²¹. Así, se ha definido al poder de policía como la facultad del Estado de limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades con el consiguiente efecto de limitar los derechos individuales para hacer efectivos esos objetivos concretos. Se distingue un concepto restringido (*narrow*) de poder de policía, de origen europeo, que comprende la seguridad, salubridad o moralidad y un concepto amplio (*broad*) de origen norteamericano, que agrega el bienestar general²².

La Corte Suprema en sus comienzos ya definió el poder de po-

20 Art. 14 CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”. Por su parte, el art. 99, inc. 2 CN establece que el Presidente “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

21 Art. 28 CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

22 HERNÁNDEZ, Antonio María, “Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos” en VV.AA., *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 358.

licia²³. Sobre el poder de policía restringido, en el precedente “Plaza de Toros” el máximo tribunal sostuvo que “es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el art. 14 de la Constitución nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio”²⁴. Otro caso de esta es el precedente “Saladeristas”, por el cual la Corte Suprema convalidó la suspensión dispuesta por la legislatura de la provincia de Buenos Aires de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas, pues eran “una amenaza constante a la salud pública en las condiciones en que se les explotaba”. De este modo, adujo que no podía señalarse que se violaba el derecho de propiedad y el ejercicio de una industria lícita, pues según la Constitución, esos derechos estaban sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y que nadie tenía el derecho de propiedad, para usar de ésta en daño de otro²⁵.

Con posterioridad en el precedente “Russo”, la Corte Suprema admitió el poder de policía de emergencia, el cual supone como presupuesto de hecho, “una situación de emergencia, es decir, la existencia de una crisis o bien de un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos, etc. Ante la imperiosa necesidad de afrontar los daños o riesgos creados por esa situación de emergencia y de borrar o mitigar sus efectos, la potestad reglamentaria del Congreso, a la que se refiere el art. 14, se hace más amplia y

23 CSJN, “Varios Puesteros Próximos al Mercado del Centro c/ El empresario del mismo mercado, el Dr. García Juan Agustín por varios puesteros c/ concesionarios del ‘Mercado’ Independencia”, 8/11/1866, Fallos: 3:468.

24 CSJN, “La Empresa ‘Plaza de Toros’, quejándose por un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires”, 13/4/1869, Fallos: 7:150.

25 CSJN, “Los Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios”, 14/5/1887, Fallos 31:273.

profunda y, por lógica derivación, da origen a una mayor injerencia del Estado en el régimen de los derechos humanos. Operase, pues, una intensificación del poder estatal y resultan constitucionalmente válidos medios o procedimientos que en circunstancias normales no lo serían. No se trata de que la emergencia cree un nuevo poder; simplemente autoriza a ejercer con mayor energía un poder ya existente. Acontecimientos extraordinarios, ha dicho esta Corte, demandan remedios también extraordinarios. Y es indispensable que así sea, por cuanto si estos últimos no se adoptaran no sólo habría interés público insatisfecho, como ocurre cada vez que el poder de policía es usado de modo ineficiente, sino que además existiría una comunidad grave y hondamente perturbada, lo que podría comportar uno de los más graves peligros a que está expuesto el Estado democrático: el de su fracaso como custodio de la paz social y del bienestar colectivo”²⁶.

Así las cosas, como lo ha señalado el máximo tribunal en numerosos pronunciamientos, el poder de policía de emergencia no nace fuera de la Constitución Nacional sino dentro de ella²⁷, por lo que en determinados casos es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad²⁸, ya que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios²⁹.

VIII. Principios que rigen en los estados de emergencia

Por las graves consecuencias que conllevan los estados de emergencia debe establecerse un adecuado marco para que se mantengan dentro del Estado de Derecho y evitar abusos por parte de los Estados.

26 CSJN, “Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne E.”, 15/5/1959, Fallos: 243:467, voto de los doctores Araoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte, considerando 4.

27 CSJN, “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzman Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria”, 15/3/2007, Fallos: 330:855.

28 CSJN, “Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley 12.591”, 27/12/1944, Fallos: 200:450.

29 CSJN, “Juan Domingo Perón”, 21/6/1957, Fallos: 238:76.

La doctrina argentina, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Suprema, ha reseñado las condiciones mínimas de validez constitucional que han de reunir los institutos y medidas de emergencia pueden resumirse en las siguientes: a) la efectiva existencia de una situación de emergencia declarada por órgano competente; b) una finalidad de interés social y público; c) la transitoriedad de la regulación excepcional, es decir, sujeta a un plazo; d) la razonabilidad del medio elegido, o sea proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia³⁰. El cumplimiento de estos requisitos le compete al Poder Judicial, a fin de que pueda asegurar la vigencia de los derechos y el respeto a la supremacía constitucional.

También, creo que resulta ilustrativo hacer referencia las pautas desarrolladas por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, las parámetros indicados en el informe del Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y los estados de excepción de 1997, así como lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la declaración 1/20, efectuada a raíz de la crisis del Covid-19.

a. Las pautas enunciadas por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa

Como lo expone la Comisión de Venecia del Consejo de Europa³¹, hay ciertos principios que deben cumplirse en los estados de emergencia³²:

30 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 352. El autor se expresa en sentido coincidente con las pautas enunciadas en relación con la emergencia económica por la Corte Suprema en el precedente "Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.", 7/12/1934, Fallos: 172:21, reiteradas de forma constante por la Corte Suprema hasta la actualidad.

31 La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (más conocida como la Comisión de Venecia) es el órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional.

32 Cfr. Consejo de Europa, Comisión de Venecia, "Respect for democracy,

i) El primero es el principio general del Estado de Derecho. Si bien el sistema de limitaciones al gobierno constitucional tiene que ceder ante el aumento del poder del Ejecutivo, incluso en un estado de emergencia pública, el principio fundamental del Estado de Derecho debe prevalecer.

ii) En segundo lugar, se encuentra la necesidad, que implica que sólo pueden justificarse aquellas medidas que sean necesarias para ayudar al Estado a superar la situación excepcional.

iii) En tercer lugar, la proporcionalidad implica que los Estados no recurran a medidas que sean manifiestamente desproporcionadas con respecto al objetivo legítimo y, si pueden elegir entre varias medidas, deben elegir las menos radicales.

iv) En cuarto lugar, cabe mencionar la temporalidad, que implica que las medidas de emergencia sólo se apliquen durante el tiempo en que el Estado atraviese la situación excepcional, y cesen una vez que la situación excepcional haya terminado. Existen casos en que los poderes de emergencia se han prorrogado durante mucho tiempo³³. La cuestión es que cuanto más dure el régimen de emergencia, más se alejará el Estado de los criterios objetivos que pueden haber validado el uso de las facultades de emergencia en primer lugar. Así el problema es que los poderes de emergencias se mantienen vivos en democracias poco estables y su uso continúa siendo muy común en democracias frágiles. Ahora bien, creo que el carácter temporal, breve, de una emergencia es un requisito que deberá replantearse, pues la crisis del Covid-19 parece mostrar que puede haber crisis de larga duración, cuya extensión exceden ampliamente algunas prescripciones constitucionales que regulan la duración de estos institutos en días o pocas semanas.

human rights and the Rule of Law...", cit.

33 Por ejemplo, en Argentina, la ley 25.561, publicada en el Boletín Oficial el 7/1/2002, declaró con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución Nacional la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la ley, hasta el 31/12/2004. Aquella ley fue prorrogada en numerosas ocasiones hasta el 31/12/2017, y la declaración de la emergencia social continuó hasta el 31/12/2019.

v) También es importante que en el régimen jurídico aplicable a un estado de emergencia se haga una distinción entre la activación y la aplicación efectiva de las medidas de emergencia. La activación sólo implica la autorización para que se adopten determinadas medidas de emergencia en general si la situación concreta así lo requiere, mientras que la aplicación significa que las medidas han sido adoptadas de hecho. Si bien lo expondré más adelante, cabe destacar que a fin de combatir la crisis del Covid-19 el Poder Ejecutivo ha sido quien a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia, ha declarado la emergencia y, al mismo tiempo, ha adoptado las medidas. Lo mismo ha ocurrido con la delegación legislativa, pues es el propio Ejecutivo quien ha ampliado la emergencia pública en materia sanitaria declarada por el Congreso y, a su vez, prorrogó aquella delegación.

b. Las pautas emanadas del Informe del Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos y los estados de excepción de 1997

A su vez, cabe destacar el Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción³⁴, el cual desarrolla las siguientes normas y principios que regulan los estados de excepción: el principio de legalidad, el principio de proclamación, el principio de notificación, el principio de temporalidad, el principio de amenaza excepcional, el principio de proporcionalidad, el principio de no discriminación, y los principios de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional.

c. Las pautas de la declaración 1/20 de la Corte Interamericana a raíz de la crisis del Covid-19

Asimismo, es importante hacer alusión a la declaración 1/20 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, la cual recor-

34 Informe del Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción, Distr. General, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23/7/1997.

dó las condiciones de validez para la adopción de restricciones establecidas para combatir la pandemia. El tribunal interamericano señaló que las medidas que los Estados adopten, que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos, deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

IX. ¿Cuál es el instituto de excepción que se debe utilizar? El caso de la emergencia del Covid-19

Durante la crisis del Covid-19 se debatió si correspondía declarar el estado de sitio, o bien si el recurso a un decreto de necesidad y urgencia era válido constitucionalmente. A su vez, se planteó si el Poder Ejecutivo podía a través de un decreto de necesidad y urgencia, ampliar y prorrogar una delegación legislativa efectuada por el Congreso. A continuación, abordaré estas cuestiones.

a. Estado de sitio o decreto de necesidad y urgencia

Cabe referirse expresamente al medio escogido para declarar la emergencia sanitaria en Argentina, es decir, un decreto de necesidad y urgencia. Algunos autores se han expresado en el sentido que el Poder Ejecutivo debería haber declarado el estado de sitio³⁵, mientras otros se han expresado en contra de esa posibilidad³⁶. Sin perjuicio de lo expuesto, otros han considerado que nuestro país estaba frente a

35 RAMÍREZ CALVO, Ricardo, "Constitución y emergencia. A propósito del Covid-19", Endisidencia.com [blog], 22/3/2020 (disponible en: <http://endisidencia.com/2020/03/constitucion-y-emergencia-a-proposito-del-covid-19/>. Consulta el 3/2/2023).

36 BOICO, Roberto J., "Constitución, coronavirus y aislamiento obligatorio", *La Ley*, diario del 6/4/2020, págs. 1-2; Cao, Cristian A., "¿Estado de sitio? No por el momento", *Ámbito*, 19/3/2020 (disponible en: <https://www.ambito.com/opiniones/coronavirus/estado-sitio-no-el-momento-n5089770>. Consulta el 3/2/2023).

un “estado de sitio virtual”, en tanto se habían restringido prácticamente todos los derechos constitucionales, desde el derecho a trabajar hasta el derecho de ejercer libremente el culto³⁷.

El art. 23 de la Constitución nacional dispone que “[e]n caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

Cabe preguntarse si la crisis del Covid-19 estaba comprendida dentro del supuesto de “conmoción interior”. Debe tenerse presente que no basta sólo esta circunstancia, sino que esta situación debe, por un lado, poner en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella y, por el otro, debe existir perturbación del orden. Considero que es dudoso que se hayan reunido todos estos requisitos en el caso de la pandemia del Covid-19, más aún cuando, si nos atenemos a la literalidad del texto constitucional, la norma señala que el poder del Presidente respecto de las personas se limita a “arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación...”.

Es cierto que otros países, como España, han acudido a otros institutos de excepción y no sólo al dictado de decretos de necesidad y urgencia, allí llamados decretos-leyes. Sin embargo, cabe señalar que en aquel país no se acudió sólo al dictado de un decreto-ley, sino que se declaró el estado de alarma, previsto en el art. 116.2 de la Constitución Española el cual está previsto, entre otros supuestos, expresamente para “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”, tal como lo prescribe el art. 4, inc b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio,

37 IBARLUCÍA, Emilio, “Pandemia y Constitución”, *Constitución y Emergencia Sanitaria*, Suplemento Especial de la Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 1, abril 2020 (disponible en: <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/>). Consulta el 2/3/2023).

de los estados de alarma, excepción y sitio³⁸.

De este modo, teniendo en cuenta los distintos institutos de excepción contemplados en la Constitución, creo que era admisible que se utilice un decreto de necesidad y urgencia para combatir una emergencia como la suscitada por el Covid-19. En este sentido, esta emergencia podía ser encasillada en ese supuesto, teniendo en cuenta la amplitud con que está redactado el texto constitucional al admitir este tipo de decretos: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (...) podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia”. Por ende, creo que no podía impugnarse aquel tipo de norma por no ser el instrumento apto para combatir la pandemia.

b. ¿Decreto autónomo, de necesidad y urgencia, o delegado?

Corresponde ahora adentrarse a analizar la validez de las normas adoptadas para combatir el Coronavirus, poniendo hincapié en el decreto 260/20³⁹, que fijó las primeras medidas para enfrentar la pandemia, y el decreto 297/20⁴⁰, que estableció el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”⁴¹. En primer lugar, cabe expresarse respecto de las facultades que invocaron los decretos

38 La doctrina española ha señalado que a diferencia de los estados de excepción, de alarma y de sitio, el presupuesto habilitante para los decretos-leyes es una “anormalidad de tono menor” (DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2° ed., Ariel, Barcelona, 1988, pág. 197). Sobre los diversos estados de excepción en España y su relación con el presupuesto habilitante de los decretos-leyes, ver el libro de mi autoría *Los decretos-leyes y el control de la “extraordinaria y urgente necesidad*, Lajouane, Ciudad de Buenos Aires, 2019.

39 B.O. 12/3/2020. Luego modificado parcialmente por el decreto 287/20 (B.O. 18/3/2020).

40 B.O. 18/3/2020.

41 Un análisis más detallado de las normas dictadas puede verse en el artículo de mi autoría “La restricción de los derechos humanos en épocas de emergencia sanitaria, económica y social”, *Revista Derecho y Salud*, Año 4, N° 5, diciembre 2020, págs. 113-131.

de necesidad y urgencia para su dictado. En ambos se expresó que la medida “se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 3 de la Constitución Nacional”, es decir como decretos autónomos, y como decretos de necesidad y urgencia. Si bien resulta evidente que ambos tipos de decretos no se identifican, se podría justificar la mención del art. 99, inc. 1° en que hay ciertas prescripciones del decreto que son propias del Presidente. Sin embargo, cabe destacar que el decreto 260/20, en su art. 1°, amplía “la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541”⁴².

Al respecto, cabe recordar que la reforma constitucional de 1994 introdujo dos institutos de excepción nuevos. Por un lado, la posibilidad que el Congreso declare una “emergencia pública” y delegue determinadas facultades al Poder Ejecutivo por un plazo, o bien que el Poder Ejecutivo, sin intervención previa del Congreso, dicte un decreto con fuerza de ley. Sin embargo, considero que el Presidente no podría ampliar una “emergencia pública”, pues precisamente es al Congreso a quien le corresponde declarar las características de la “emergencia pública” y establecer las bases de la delegación y el plazo de la misma. Al mismo tiempo, tampoco podría el Poder Ejecutivo prorrogar la norma delegante (la “emergencia pública declarada por el Congreso y a su vez ampliada por el Ejecutivo) tal como lo hizo a través del decreto diversos decretos hasta el 31/12/2023⁴³.

Es decir, que se ha dado un caso en que el Presidente se ha “auto-delegado” y “auto-prorrogado” funciones legislativas. Así las cosas, creo que estos decretos, como los demás adoptados son de

42 A modo de ejemplo, cabe mencionar que en los considerandos del decreto 319/20 se indica que la norma “se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio...”. A su vez, en los considerandos del decreto 320/20 se sostiene que “por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, por el plazo de UN (1) año, en virtud de la pandemia declarada”.

43 Cfr. Decretos 167/2021 (B.O. 11/3/2021), 687/2021 (B.O. 24/12/2021) y 863/2022 (B.O. 30/12/2022).

necesidad y urgencia, no decretos delegados. No podría hablarse de que hay una voluntad política del Congreso para que el Poder Ejecutivo dicte normas con fuerza de ley para combatir la pandemia, pues esa habilitación nunca existió. Por lo tanto, estas normas hay que analizarlas a la luz de los criterios jurisprudenciales de la Corte respecto de los decretos de necesidad y urgencia. Por eso, entiendo que es importante dejar en claro que el Poder Ejecutivo no puede ni ampliar una emergencia pública declarada por el Congreso, ni puede prorrogar una ley de delegación.

X. Breve desarrollo de algunas pautas para el control judicial sobre las normas de emergencia

De forma concordante con los principios que rigen en los estados de emergencia, a continuación abordaré algunas pautas del control judicial de las normas de emergencia.

a. *¿El juez debe ser plenamente deferente a lo que resuelve el Ejecutivo o debe interpretar restrictivamente los decretos?*

Adentrándonos en cómo debe ejercer el Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre estas normas, pueden distinguirse dos visiones. Por un lado, se podría pensar que al haberse suscitado una situación sumamente excepcional y que requiere medidas urgentes, el Poder Judicial debería ser sumamente deferente a las normas que se adopten, teniendo en cuenta que es el Poder Ejecutivo a quien corresponde declarar la emergencia y quien tiene mejor información para adoptar medidas que permitan enfrentar el Coronavirus. Otra visión, tiende a considerar que como el ejercicio de facultades legislativas por parte del Presidente es sumamente excepcional, hay que interpretar restrictivamente el ejercicio de dichas facultades. Si bien lo postulado en la primera visión, en cuanto a la competencia para declarar la emergencia y la mejor información que tiene el Presidente para adoptar las medidas, es cierta, ello no implica que el Poder Judicial debe ser plenamente deferente a lo decidido por aquel. Por el contrario, cabe exigir un

control intenso de estas medidas.

En este sentido, respecto de la facultad del Presidente de dictar normas con carácter legislativo, en este caso, decretos de necesidad y urgencia, la Corte Suprema ha señalado que “con un lenguaje firme y explícito la Constitución Nacional prohíbe al Presidente de la República, como regla general, emitir ‘disposiciones de carácter legislativo’, sea a iniciativa propia (artículo 99.3, segundo párrafo), sea por virtud de la delegación que, en su favor, haga el Congreso (artículo 76, primera parte)”. Sin embargo, a continuación afirmó que “ambas cláusulas establecen también, luego de formular el principio, las condiciones o límites bajo los cuales ha de operar el caso excepcional en que el Presidente se encuentra habilitado para dictar decretos legislativos que, según sea, se denominan ‘decretos de necesidad y urgencia’ o ‘decretos que ejercen facultades delegadas’ (artículo 100, incisos 13 y 12, respectivamente)”⁴⁴.

En atención a esta prohibición expresa, considero que corresponde interpretar restrictivamente a estos decretos. La Corte Suprema, respecto de la delegación legislativa, ha esgrimido que corresponde aplicar una “interpretación restrictiva”, aunque sin precisar su alcance⁴⁵. En la misma línea, gran parte de la doctrina entiende que el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo constituye una excepción, que deben estar sujetas a un examen riguroso, o cuidadoso, o que deben ser interpretadas con carácter restrictivo⁴⁶.

44 CSJN, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, 4/11/2008, Fallos: 331:2406, considerando 9.

45 CSJN, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, 4/11/2008, Fallos: 331:2406; “YPF S.E. c/ Esso SAPA s/ proceso de conocimiento” 3/7/2012, Fallos: 335:1227; y “Provincia de Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 24/11/2015, Fallos: 338:1389.

46 Cfr. GELLI, María Angélica, “La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordinadas del control de constitucionalidad”, *Suplemento Constitucional*, La Ley, agosto 2010, pág. 41 y ss.; DALLA VÍA, Alberto R., “Control de la emergencia y la legislación delegada”, *Debates*

b. El control de la situación de emergencia

Por otro lado, debe tenerse presente que le corresponde al Poder Judicial controlar las circunstancias fácticas de emergencia que se invoquen en una norma de emergencia⁴⁷ y, en particular, la emergencia que alegue el Ejecutivo al dictar un decreto de necesidad y urgencia. Sobre la cuestión, la Corte Suprema se ha expedido en numerosos precedentes⁴⁸.

Cabe citar de forma particular el caso “Verrocchi”, en el cual respecto de las “circunstancias excepcionales” a las que se refiere el art. 99, inc. 3, indicó que para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son

de Actualidad, AADC, vol. 187, 2002, págs. 15-20; GARGARELLA, Roberto, “In Search of Democratic Justice – What Courts Should Not Do: Argentina, 1983–2002”, en GLOPPEN, Siri – GARGARELLA, Roberto – SKAAR, Elin (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Frank Cass, Portland, Oregon, 2004, pág. 139; ELIAS, José Sebastián, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, *Yale Law School Dissertations*, 5, 2014, pág. 422; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Aproximación al principio restrictivo en el dictado e interpretación de regulaciones económicas. Aportes sobre sus fundamentos, alcances y aplicaciones”, *Suplemento Administrativo*, El Derecho, diario del 31/3/2017, pág. 3, entre otros.

En contra de esta postura se expresan BARRA, Rodolfo – LICHT, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, diario del 3/3/2016, p. 1 y ss.

47 Desarrollé la cuestión en el libro *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2019.

48 Luego de reconocer la validez del dictado de estos decretos antes de la reforma constitucional en el precedente “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -B.C.R.A)”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513, se expidió sobre ellos en los precedentes “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía”, 6/6/1995, Fallos: 318:1154; “Risolia de Ocampo, María José c/ Rojas, Julio César y otros s/ ejecución de sentencia (incidente)”, 2/8/2000, Fallos: 323: 1934; “Cooperativa del Trabajo Fast Limitada c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 1/9/2003, Fallos: 326:3180; “Leguizamón Romero, Abel y otra c/ I.N.S.S.J. y P. s/ ordinario”, 7/12/2004, Fallos: 327:5559; y “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto. 558/02-SS- ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, 19/5/2010, Fallos: 333:633, entre otros.

ajenas, “es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenas a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”⁴⁹.

Así las cosas, por ejemplo, en el caso de la crisis del Covid-19 y el dictado del decreto 297/20, podría decirse que en función de lo expuesto por la OMS, los eventos ocurridos en otros países, los informes de los organismos especializados, la situación de emergencia sanitaria invocada por el decreto se encontraba acreditada y, por ende, estaba justificada la adopción de medidas excepcionales por parte del Presidente para combatir la emergencia. En este sentido, se ha señalado que si bien el Estado de emergencia es inversamente proporcional al Estado de Derecho, lo cierto es que tales normas resultan constitucionales cuando se dan los presupuestos fácticos que justifiquen esa situación⁵⁰.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que al adoptar distintas medidas más restrictivas de los derechos individuales que en épocas de normalidad, los poderes públicos deben demostrar y argumentar respecto de la situación excepcional, no bastando por parte del Estado una aseveración dogmática al respecto o limitarse a señalar que es un hecho de público y notorio conocimiento que existe una pandemia mundial. En efecto, aun cuando en estas circunstancias excepcionales se requiera una solución urgente, las decisiones que se adopten deben ser razonadas, y deben tener

49 CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, 19/8/1999, Fallos: 322:1726, considerando 9.

50 SABSAY, Daniel A. – FERNÁNDEZ, Cristian H., “El fomento de las industrias y la emergencia económica”, *La Ley*, t. 2016-D, p. 886.

debido sustento en las circunstancias fácticas que se quieren combatir. De este modo, el juez no debería diferir totalmente su juicio empírico al formulado por el Presidente, sino que los órganos públicos deberían aportar los documentos e informes de que se han valido para formular sus conclusiones fácticas, y que mediante ellos se compruebe que se actuó con responsabilidad a la hora de decidir⁵¹. Esto ya ha sido puesto de relieve por la Corte Suprema en un precedente casi centenario, “Compañía Azucarera”, en el cual el máximo tribunal dejó sin efecto una norma de emergencia señalando que “aun tratándose de una ley de emergencia y acaso con mayor razón, por eso mismo estaba obligada [la legislatura] a expresar su pensamiento con mayor claridad”⁵².

En la misma línea, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, refiriéndose a las razones para dictar un decreto-ley, la justificación que dé el Gobierno “posee en sí mismo relevancia constitucional”⁵³. Es así que “la argumentación del Gobierno se convierte en un elemento clave” para evitar el uso arbitrario de un decreto con fuerza de ley⁵⁴.

Otra dimensión del control judicial de la situación de emergencia económica se dirige a comprobar que exista una relación de adecuación o conexión de sentido entre la situación de emergencia sanitaria que la norma invoca, y que otorga fundamento a la declaración de emergencia, y los medios empleados por el Presidente para combatirla. Es decir, que esta cuestión trata de poner acento en la relación entre los medios empleados por los decretos

51 Ver al respecto, FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 263 y ss.

52 CSJN, “Compañía Azucarera Tucumana c/ Pcia. de Tucumán”, 14/12/1927, Fallos: 150:150.

53 Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico 10.

54 GÓMEZ LUGO, Yolanda, “Decreto ley versus ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, 2013, pág. 110.

con la circunstancia fáctica que habilitó el dictado de la norma⁵⁵. Por ejemplo, en el caso de la emergencia del Covid-19, podría decirse que el Poder Ejecutivo no podría disponer un precio máximo a determinado insumo médico (supongamos, destinado a combatir una enfermedad coronaria) en atención a la emergencia sanitaria declarada por la pandemia, si nada tiene que ver dicho material médico para combatir el Covid-19. La medida adoptada no tendría relación directa con la emergencia declarada.

c. El mantenimiento en el tiempo de las normas de emergencia y la inconstitucionalidad sobrevenida

En la medida en que las normas de emergencia sanitaria sean prorrogadas y, por ende, la restricción excepcional de los derechos se mantenga en el tiempo, debe existir una mayor intensidad del control judicial sobre aquellas normas, por lo que la deferencia a lo decidido por los poderes políticos disminuye. En esta línea, se ha sostenido que cabe conceder mayor deferencia al gobierno cuando la emergencia acaba de comenzar que cuando la emergencia ha estado vigente durante un significativo período de tiempo⁵⁶.

Esta cuestión ha sido sostenida por la Corte Suprema en el precedente “Lee”, en el cual indicó que los tribunales “deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance”⁵⁷.

55 Así las cosas, en este punto resulta trasladable la doctrina que el Tribunal Constitucional español desarrolló en relación con los decretos-leyes: la “conexión de sentido”. En este orden de ideas, cabe recordar que el mencionado tribunal indicó que un decreto-ley no puede incluir disposiciones que “por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar”. Al respecto, ver las sentencias del Tribunal Constitucional español 29/1982; 182/1997; 137/2003; 68/2007; 29/2015 y 48/15, entre otras.

56 ROSENKRANTZ, Carlos, “Romans (not the Judges) Have the Solution”, *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pág. 1567.

57 CSJN, “Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de

A su vez, considero que los poderes públicos deben acompañar mayor prueba que acredite la existencia de una situación de emergencia. Por lo tanto, los jueces no deben limitarse a analizar si los argumentos en relación con la existencia de la situación de emergencia son razonables o plausibles. Por el contrario, deben valorar la genuina existencia de la circunstancia fáctica alegada de modo pleno, es decir, que los tribunales, sobre la base de la prueba ofrecida y producida e, incluso, ordenando medidas para mejor proveer, pueden recabar la información que estimen pertinentes y decidir si la evidencia empírica disponible apoya o no suficientemente las premisas fácticas que el Estado aduce para poder justificar la ley. De este modo, los tribunales ingresan a valorar las pruebas obtenidas y a decidir por sí mismos si la premisa fáctica relevante para justificar la norma existe o no⁵⁸.

Además de la mayor justificación por parte de los poderes públicos de las medidas adoptadas, el control judicial debe analizar si la situación de emergencia sanitaria que se invoca en la norma con posterioridad desaparece, por lo que correspondería invalidar la norma por ausencia de la causa constitucional que habilita su vigencia. Ello así, toda vez que aquel ejercicio de poderes excepcionales carecería de circunstancias excepcionales que la justifiquen. Es decir, se admite la declaración de la inconstitucionalidad sobrevenida o sobreviniente.

En relación con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma de emergencia, cabe reconocer que no es una cuestión sencilla determinar la finalización de una crisis, por las dificultades que puede haber para valorar cuestiones fácticas. Sin embargo, considero que la permanencia de la cir-

la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo - amparo colectivo (expediente digital)”, 19/11/2020, Fallos: 343:1704, considerando 7.

58 Cfr. FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional...*, cit., pág. 264 y ss.

Esta cuestión guarda relación con la doctrina de la investigación judicial progresiva referida al control del estado de sitio. En efecto, la teoría plantea que la intensidad del control judicial puede variar en función del tiempo, volviéndose más intensa si la restricción a los derechos continúa. Ver al respecto, SAGÜÉS, Néstor P., “Control judicial de la declaración del estado de sitio y de los arrestos consecuentes”, *La Ley*, t. 1986-A, pág. 69).

cunstancia fáctica de emergencia es una cuestión sujeta a prueba, por lo que un tribunal podría determinar la inconstitucionalidad de una norma de emergencia por la desaparición ulterior de los hechos que la motivaron, en tanto estaría ausente la causa constitucional que habilitó su dictado. La Corte Suprema ha admitido la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida. Al respecto, cabe destacar el precedente “Mango”⁵⁹, en el que el máximo tribunal invalidó una norma de emergencia por no subsistir la situación de emergencia, en aquel caso, habitacional⁶⁰.

d. Razonabilidad de las medidas de emergencia

Dejando de lado la cuestión de la efectiva existencia de una situación de emergencia sanitaria, los tribunales deben analizar la razonabilidad de las medidas adoptadas durante una emergencia. Al respecto, la Corte Suprema ha puesto de relieve que “si bien la emergencia puede autorizar ciertas restricciones de derechos individuales, ello nunca justifica la desnaturalización o supresión de su sustancia; ni la autoridad estatal puede válidamente trasponer el límite que señala el artículo 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común”. En efecto, sostuvo que “el estado de derecho, es necesariamente un estado de poderes limitados, en el que las razones de emergencia mal pueden servir de fundamento para sacrificar los derechos del individuo en pos de la supervivencia

59 CSJN, “Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto”, 26/8/1925, Fallos: 144:219. Sobre la inconstitucionalidad sobrevenida, ver también los precedentes de la Corte Suprema, “Chocobar, Sixto C. c/ Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, 27/12/1996, Fallos: 319:324; “Valdez, Julio H. c/ Cintioni, Alberto D.”, 3/5/1979, Fallos: 301:319, considerando 6; “Vega, Humberto A. c/ Consorcio de Propietarios Edificio Loma Verde y otro”, 16/12/1993, Fallos: 316:3104, considerando 11; “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSES s/ acción de amparo”, 6/5/2014, Fallos: 337:530; y “Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”, 20/8/2015, Fallos: 338:724.

60 Del mismo modo, se expresó la Corte Suprema en relación con la desaparición de las circunstancias que habían habilitado la declaración del estado de sitio en los precedentes “Mallo, Daniel s/ amparo”, 10/5/1972, Fallos: 282:392, y “Spadoni, Horacio Ernesto”, 8/3/1983, Fallos: 305:204.

de las instituciones del gobierno, creadas y enderezadas a garantizar la supervivencia del primero”⁶¹.

El control de razonabilidad de las medidas de emergencia surge del juego armónico de dos normas constitucionales, el art. 14, que permite al Congreso la reglamentación de los derechos constitucionales, y el 28, que pone límites a esa reglamentación, al establecer que los principios, derechos y garantías reconocidos por la Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio⁶². De allí se puede entender que una ley es razonable cuando ha reglamentado un derecho sin alterar su sustancia⁶³. Así, el control de razonabilidad prescribe, básicamente, que los jueces deben declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que regulen de un modo irrazonable los derechos constitucionales. Se trata de un “concepto jurídico indeterminado”, es decir, de un concepto amplio cuyo significado preciso se determina caso por caso, en el momento de su utilización⁶⁴.

De esta manera, se ha dicho que toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable: “lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común. El Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. Todo acto gubernativo debe resistir la prueba de la razonabilidad. La ley que altera, y con mayor razón todavía, suprime el derecho cuyo ejercicio pretende reglamentar,

61 CSJN, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - M° V E Inf. - Sec. Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2°, CPCC)”, 24/6/2014, Fallos: 337:790.

62 En relación con el control de razonabilidad en general, ver LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2º ed., Astrea, Buenos Aires, 2002.

63 MONTI, Laura M., “Emergencia y contratos administrativos”, en GORDILLO, Agustín (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, ps. 65-70.

64 CIANCIARDO, Juan, “Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad”, *La Ley*, t. 2002-B, p. 953.

incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad, en cuanto imponga limitaciones a éste, que no sean proporcionadas a las circunstancias que la motivan y a los fines que se propone alcanzar con ellas”⁶⁵.

Suele definirse el control de razonabilidad como “adecuación del medio empleado al fin propuesto”. Con relación a aquella adecuación entre medio y fin, BIANCHI ha dicho que debe acreditarse de qué manera la medida dispuesta está ordenada al fin citado, señalarse cómo cumple con esa finalidad y acreditarse que ese medio y no otro era el que resultaba adecuado⁶⁶.

En este sentido, también las medidas de emergencia deben ser las menos restrictivas de los derechos en juego. En efecto, cabe recordar que en el precedente “Saladeristas” ya citado la Corte Suprema admitió el cierre del establecimiento contaminante –es decir, la medida más gravosa– teniendo en cuenta que el Estado había “agotado, sin resultado alguno, todas las medidas a su alcance para ponerlos en las condiciones higiénicas requeridas por la conservación de aquella”. Así las cosas, considero que a los efectos de analizar la razonabilidad de las normas, las medidas deben ser las menos restrictivas de los derechos individuales, por supuesto, siempre que ellas sean idóneas para conseguir la finalidad perseguida⁶⁷.

65 HARO, Ricardo, “La razonabilidad y las funciones del control”, *Ius et Praxis*, Año 7, N° 2, 2001, ps. 179-186.

66 BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, *La Ley*, t. 1991-C, p. 141.

67 En efecto, el principio de proporcionalidad se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Aquí me estoy refiriendo al subprincipio de necesidad, es decir, que el medio empleado en la norma sea el menos restrictivo de entre las igualmente eficaces. Como ha dicho la doctrina, si bien la Corte Suprema ha señalado que no debe aplicar este principio, lo ha utilizado en numerosas ocasiones (CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires Ábaco, 2004, p. 82 y ss.). Sobre el principio de proporcionalidad, ver también ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, 2° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006; y CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho consti-*

XI. Conclusiones

Para combatir una situación de emergencia, la Constitución prevé distintos mecanismos normativos. En el presente trabajo he analizado los institutos de emergencia previstos en la Constitución argentina, así como lo regulado en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el art. 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen una serie de pautas y directrices respecto de la aplicación de los institutos de excepción.

En este marco, luego de enunciar algunos principios que rigen en los estados de emergencia, desarrollé brevemente algunas pautas para el control judicial sobre las normas de emergencia. Entre estas, puede encontrarse el grado de deferencia que debe tener el juez con las normas de emergencia, los parámetros para controlar la situación de emergencia, la necesidad de que el Estado justifique adecuadamente la adopción de medidas en tiempos de emergencia, los estándares del control judicial en caso de que la norma de emergencia se prorrogue en el tiempo, y el control de razonabilidad sobre estas normas.

Creo que es necesario que los poderes públicos cumplan debidamente con los principios que deben regir en los estados de emergencia, y los jueces controlen su efectivo cumplimiento, a fin de que, aun en situaciones de emergencia, se logre el respeto Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

tucional, Eudeba, Buenos Aires, 2009. Ver también el trabajo de mi autoría “El principio de proporcionalidad en la emergencia económica”, *MicroJuris*, Doctrina, MJ-DOC-7146-AR, 8/4/2015, y “El control de razonabilidad de la emergencia económica: el análisis costo beneficio”, *La Ley Online*, Thomson Reuters La Ley, AR/DOC/1501/2013, agosto 2013.

Los Decretos de necesidad y urgencia emitidos durante la pandemia. Análisis del período del 12 marzo de 2020 al 1 mayo de 2022

Carlos A. Nielsen Enemark

Este trabajo tiene por objeto hacer un análisis sobre los decretos de necesidad y urgencia, aquellos que son emitidos con fundamento en el Artículo 99, inciso tercero de la Constitución Nacional.

Se hará una revisión de las cuestiones generales del instituto, y luego, un análisis específico del período de la pandemia.

La hipótesis que se intentará responder es si hubo un exceso, abuso o arbitrariedad generalizados en la emisión de este tipo de decretos, o si, por el contrario, el Poder Ejecutivo utilizó este mecanismo constitucional de manera razonable.

Por otra parte, se extraerán algunas pautas subyacentes en sistema establecido por la Constitución Nacional, que se observan aplicables dentro y fuera del período temporal utilizado.

I. Introducción

En la reforma constitucional de 1994, según se puede leer en Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, tal

como se apuntó en el caso Consumidores Argentinos¹, se persiguieron objetivos o “*ideas-fuerza*” que dieron sentido de finalidad y una forma particular, al contenido de la nueva Constitución.

El primero de estos objetivos se definió de esta forma: “la necesidad de obtener una consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático”.

El segundo objetivo era “*generar un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los 3 órganos clásicos del Poder del Estado*”. Para lograr este nuevo equilibrio, surgieron otras búsquedas más prácticas y concretas, consistentes en “*la atenuación del régimen presidencialista*”, “*el fortalecimiento del rol del Congreso*”, “*la mayor independencia del Poder Judicial*”.

La búsqueda de fondo era que el titular del Poder Ejecutivo no concentre tanto poder, que pudiera hacer peligrar la continuidad democrática. En suma, que el presidente o la presidenta designados cumplan los mandatos y que la sucesión democrática a lo largo del tiempo sea una base sobre la que promover mejoras institucionales y jurídicas continuas.

La idea que con el paso del tiempo se mostró más utilizada y con proyecciones prácticas más trascendentes, fue la atenuación del régimen presidencialista, razón que fundó muchas modificaciones e instituciones de la Constitución de 1994, tales como la limitación de las reelecciones, la reducción de la duración de los mandatos presidenciales, la reglamentación de competencias presidenciales, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, la *constitucionalización* del control externo del Estado, y en lo que nos interesa, la formalización de una herramienta muy utilizada en tiempos críticos, y de enorme relevancia en el Derecho Administrativo: los llamados decretos de necesidad y urgencia.

Alguna doctrina² hizo referencia a que los constituyentes de aquel entonces debieron “*resignar cierta ortodoxia*” y receptor en el

1 CSJN, “Consumidores Argentinos”, Fallos: 333:633, Considerando 5º.

2 Bianchi, Alberto, “Del abuso de los decretos de necesidad y urgencia y de su falta de control efectivo”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Año 70, vol. 1, Agosto 2010, pp. 23-34.

texto constitucional, el uso de este tipo de decretos.

II. Características de los decretos de necesidad y urgencia

Como se mencionó, estos decretos de necesidad y urgencia se anotaron en el Artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional, aunque, desde luego, esta técnica no era nueva. Ya existían antes del año 94. Como muestras de ello se dieron los icónicos fallos Ercolano³, Avico⁴, Peralta⁵, Video Club Dreams⁶, y La Bellaca⁷.

Incluso, en dichos textos de esa jurisprudencia nacional, se puede apreciar que se había asumido el uso de jurisprudencia extranjera para delinear este tipo de medidas: La Corte Argentina, en el citado Avico, consideró aplicable los términos del caso “Home Building v. Blaisdell” de la Corte Norteamericana, donde se enumeraron los requisitos que debe cumplir una ley de emergencia, que son:

- 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad;
- 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos;
- 3) que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias;
- 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria

3 CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta”, Fallos: 136:170.

4 CSJN, “Avico, Oscar c/ De La Pesa, Saúl”, Fallos: 172:21.

5 CSJN, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional”, Fallos: 313:1513.

6 CSJN, “Video Club Dreams”, Fallos: 318:1154.

7 CSJN, “La Bellaca SAACIF. y M. v. Dirección General Impositiva s/ repetición Dirección General Impositiva”, Fallos: 319:3400.

la moratoria.

Incluso, con otras perspectivas, este caso norteamericano fue recientemente replicado en el Caso Gobierno de La Ciudad de Buenos Aires del año 2021⁸.

Con estos antecedentes, el Artículo 99 inc. 3, prohibió el dictado de decretos de necesidad y urgencia, aunque admitiéndolos, cuando se den dos requisitos. Primero, que existan circunstancias excepcionales⁹ que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (presupuesto fáctico); segundo, que no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos (limitación material)¹⁰.

Naturalmente, ello debe darse siguiendo el procedimiento aplicable, consistente en el que el decreto de necesidad y urgencia sea decidido en acuerdo general de ministros con el refrendo del Jefe de Gabinete de Ministros (procedimiento aplicable)¹¹.

Este instituto, significa, en suma, *“la apropiación legislativa de competencias constitucionales propias del Poder Legislativo por el Ejecutivo, en tanto y cuanto situaciones excepcionales, de grave riesgo social,*

8 CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 344:809.

9 Vale aclarar que la verificación de *“circunstancias excepcionales”* del Artículo 99, inc. 3, para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia puede coincidir o no con el presupuesto fáctico denominado *“materia de emergencia”*, que es el presupuesto de hecho para el dictado válido de los decretos delegados del Artículo 76 de la Constitución Nacional. De ahí que unos y otros requisitos o presupuestos de hecho son diferentes, por lo que no es aplicable alternativamente uno u otro mecanismo, sin una apreciación en concreto del presupuesto que habilita el dictado de una u otra medida, sobre todo, por las consecuencias que acarrearán sendos mecanismos: La emergencia importa la compresión de derechos; las circunstancias excepcionales, no.

10 Esto, además del texto constitucional, también puede verse en CSJN, “Verrochi, Ezio D. c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 322:1726.

11 Al respecto, ver Constitución Nacional, Art. 99, inc. 3, tercer párrafo, *in fine*.

hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes”.¹²

En resumen, los requisitos constitucionales de los decretos de necesidad y urgencia válidos son: que existan circunstancias excepcionales que impidan los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, que se emitan contemplando ciertas limitaciones materiales y que ello siga un procedimiento específico.

Luego de su emisión, el decreto de necesidad y urgencia deberá seguir el trámite previsto en la Ley N.º 26.122¹³, a los fines de que intervenga la Comisión Bicameral Permanente, con el objeto de que se expida *“acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento”* (Art. 10). Las Cámaras, al tratar estos decretos, se pronuncian por *“resoluciones”*, no por leyes y su objeto sólo puede ser rechazar o aprobar el decreto, inhibiéndose taxativamente la sanción tácita o ficta de algún pronunciamiento, el que debe ser expreso (Art. 22). En estas resoluciones, no se pueden enmendar los decretos de necesidad y urgencia, ni hacerles agregados o supresiones al texto original producido por el Poder Ejecutivo (Art. 23). Finalmente, estas resoluciones deben ser publicadas en el Boletín Oficial (Art. 26).

III. Cuestiones relevantes de los decretos de necesidad y urgencia

Ahora, más allá de ese breve texto constitucional y de la Ley N.º 26.122, se vio, en la jurisprudencia anterior y posterior a la reforma de 1994, que los decretos de necesidad y urgencia acarrearán otras cuestiones relevantes que comprometen el entorno jurídico donde éstos se dan.

Estas cuestiones relevantes se pueden enumerar de la siguiente manera:

12 Sammartino, Patricio, “El alcance del control judicial de los reglamentos de necesidad y urgencia mediante la acción constitucional de amparo. (Reflexiones a propósito del decreto de ‘Necesidad y Urgencia’ 290/95)”, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1996-3, 344. Ver página 352.

13 B.O. 28-07-2006.

1) Sin duda, tensionan el sentido del proceso democrático, al ser normas con carácter legislativo que no tuvieron, en su conformación y al momento de producir efectos, la intervención de los representantes del pueblo, con todas las protecciones políticas que provee el debate parlamentario. Es decir, son normas emitidas sin contar con la representatividad con que cuenta una ley, en las que no intervino el Congreso, en las que se asume que, el Poder Ejecutivo, implícitamente, dio cuenta de la razón representativa que necesita toda norma para ser legítima. Los decretos de necesidad y urgencia aparecen así, como un atajo del sistema republicano para crear pautas obligatorias.¹⁴

2) Se asume un riesgo muy alto de abordar espacios que corresponden al Congreso. Es decir, su existencia pone en compromiso la idea de “reserva legal”, ya que, siempre, el Poder Ejecutivo, debe respetar los límites que otorgan aquellas materias sobre las que está inhibido de intervenir y se corre el riesgo de abordarlas de manera inconstitucional¹⁵.

3) A consecuencia de lo anterior, y como un resultante obligado, es posible que en el dictado de este tipo de decretos se produzca una interferencia al principio de división de poderes, con todas las consecuencias políticas e institucionales que ello conlleva¹⁶.

14 CSJN, “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c. Provincia de Tucumán” publicado en La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/1302/2006. Si bien el caso trata asuntos referidos a un acto administrativo provincial, la doctrina es aplicable a los casos donde no intervenga el Poder Legislativo en la conformación de una norma de carácter general y abstracto con jerarquía de ley.

15 CSJN, “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. c. Provincia de Tucumán” publicado en La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/1302/2006; CSJN, “Austral Cielos del Sur S.A. (TF 16.545- I) c. DGI”, publicado en La Ley 2011-D, 178; CSJN, “Video Club Dreams”, Fallos: 318:1154; “La Bellaca”, Fallos 319:3400 y “Kupchik”, Fallos: 321:366; “Berkley International A.R.T. S. A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, La Ley 2001-D, 504; CSJN, “Zofracor S.A. c. Estado Nacional”, La Ley 2003-C, 44.

16 CSJN, “Consumidores Argentinos”, Fallos: 333:633; CSJN, “Verrocchi,

4) Se compromete el federalismo, ya que con el dictado de un decreto de necesidad y urgencia se pierde la afluencia del parecer senatorial, control político-federal de orden provincial que la Constitución requiere para la sanción de una ley¹⁷.

5) Se eluden los controles previos de las múltiples revisiones inherentes al trámite legislativo, para hacerse un control posterior en los términos de la Ley N.º 26.122, una vez que la norma ya se encuentra vigente, con las complejidades propias (políticas, sobre todo) de privar de efectos a un acto que ya ha generado derechos subjetivos que están en cumplimiento.

6) Se carga en el Poder Legislativo el costo político e institucional de dejar sin efecto una medida resuelta a través de un decreto de necesidad y urgencia.

7) Se compromete el control judicial, ya que la norma, al producir efectos sin contar con la intervención de los representantes del pueblo, pone al juez o jueza a resolver por sí mismo cuál sería el parecer democrático. Es decir, el decreto de necesidad y urgencia debe ser controlado sin necesariamente haber transitado un proceso parlamentario y sin que se pronuncien los representantes del pueblo, por lo que el Poder Judicial, es posible que resuelva, incorporando a su decisión, un importante riesgo político en su sentencia. En ese caso, la sentencia sobre un decreto de necesidad y urgencia podría resolver lo que no llegaron a resolver los diputados y senadores en un trámite legislativo, con todas las consideraciones específicas que se pueden hacer sobre una decisión del estilo.

8) La recurrencia y habitualidad de este tipo de medidas, más que un problema de “desborde” presidencial, como se intentó demostrar más de una vez¹⁸, acarrea un riesgo de resignifica-

Ezio c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 322:1726.

17 CSJN, “Zofracor S.A. c. Estado Nacional”, La Ley 2003-C, 44, cons. 13.

18 Bianchi, ídem y Santiago, A., Veramendi E., Castro Videla, S. M. *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*, (1a edición), La

ción de las competencias otorgadas constitucionalmente a cada uno de los poderes del Estado.

9) Se corre el riesgo de que se desnaturalice el sistema republicano, ya que las atribuciones constitucionales de todos los Poderes para la construcción de una norma general y abstracta no son ejercidas en plenitud y con la finalidad para la que fueron pensadas.

10) La experiencia demuestra que se intentó utilizar decretos de necesidad y urgencia que violentaban los principios de transitoriedad (la medida debe ser pasajera, limitada en el tiempo), no sustancialidad (no debe definir la sustancia de los derechos) y el de no ratificación (no puede ser ratificado posteriormente por el Congreso a través de una ley)¹⁹, aunque ello no se configuró como una pauta replicada invariablemente a lo largo de la jurisprudencia subsiguiente.

11) Se dijo que no es posible utilizar decretos de necesidad y urgencia ante situaciones de mera conveniencia²⁰, lo que no puede constituirse como el “*presupuesto fáctico*”, de estas medidas.

12) No puede ser utilizado como medio para proteger intereses distintos a los generales de la sociedad²¹.

13) No puede utilizarse sin una genuina situación de emergencia que imponga al Estado el deber de “*amparar los intereses vitales de la comunidad*”, lo que importa que debe darse una declaración del legislador que encuentre “*debido sustento*”

Ley, Buenos Aires, 2019.

19 Ver considerandos 6 y 7 del voto de la Dra. Argibay en el caso “Massa, Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos: 329:5913.

20 CSJN, “Verrocchi, Ezio c/ Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 322:1726, cons. 9º, segundo párrafo, y “Consumidores Argentinos”, Fallos: 333:633, cons. 13.

21 CSJN, “Consumidores Argentinos”, Fallos: 333:63; CSJN, “Risolia de Ocampo”, Fallos 323:1934.

en la realidad”²².

14) No es posible utilizar la técnica de los decretos de necesidad y urgencia ante la existencia de una delegación legislativa en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional²³.

15) La ley cuenta con una fuerza persuasiva y una legitimación específica, para todo el sistema político, que no tiene el decreto de necesidad y urgencia.

En suma, todas ellas son objeciones que se fueron dando explícita e implícitamente, con mayor o menor grado de extensión, precisión y claridad, en la Jurisprudencia de la Corte Suprema, complementando las pautas y las previsiones constitucionales.

IV. Características del instituto

Todos estos casos, dados en base a la Constitución Nacional, conformaron una jurisprudencia relativamente homogénea, guiada por ciertos principios, a los que se deben someter los decretos de necesidad y urgencia, que se pueden resumir según se trata a continuación.

Ante nada, son excepcionales y están, por definición, prohibidos. El principio que deriva de la Constitución Nacional es el principio prohibitivo.

Lo que se intenta resolver en un análisis doctrinal, es si dicho principio fue respetado al momento de dictarse este tipo de medidas; o, dicho de otro modo, si ejercido el principio, su uso fue razonable.

Si igualmente se emiten, deben verificarse circunstancias excepcionales caracterizadas por un debido sustento en la realidad, sobre una situación excepcional que impida seguir el trámite legislativo, por lo que no pueden estar motivados en la

22 CSJN, “Avico”, Fallos: 172:21; “Nadur”, 243:449; “Videla Cuello”, 313:1638; “Rinaldi”, 330:855; “Risolia de Ocampo”, 323:1934.

23 CSJN, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional”, Fallos: 326:417.

mera conveniencia.

De igual manera, deben someterse al principio de reserva legal y no abordar materias tributarias, penales, electorales y del régimen de los partidos políticos.

Por otra parte, tienen que respetar la distribución de competencias legislativas entre Nación y las Provincias. No menos importante resulta su objeto, el que debe darse, necesariamente, sobre intereses generales de la sociedad y no por requerimientos particulares o sectorizados.

Por cierto, el contenido u objeto de la medida decidida debe ser razonable. Asimismo, las decisiones que contiene un decreto de este tipo no pueden ser ratificadas por una ley posterior, aunque, naturalmente, se someten al tratamiento que prevé la Ley N.º 26.122, como se refirió anteriormente.

Se puede señalar también las consideraciones que se dieron en el voto de la Dra. Argibay en el caso Massa. Allí se agregaron otras características interesantes, pero que, al momento, no se constituyeron claramente como jurisprudencia homogénea: estas características son las de la transitoriedad y no sustancialidad.

V. El período marzo de 2020 a mayo de 2022.

Ahora bien, con ese contexto jurídico, el Poder Ejecutivo Nacional, desde el 12 de marzo de 2020²⁴ hasta el día 1 de mayo de 2022²⁵ emitió 94 decretos de necesidad y urgencia, en los que se puede hacer una primera clasificación, entre aquellos

24 Se tomó al Decreto N.º 260 (B.O. 12-03-2020), como referencia de inicio del período de emergencia signado por la pandemia COVID-19, ya que a partir de ese momento, el Estado Nacional reconoció la existencia de la enfermedad.

25 Se tomó la fecha 1 de mayo de 2022 como fecha final del período de emergencia derivado de la pandemia COVID-19, ya que ese hito temporal fue establecido por la Resolución de la Secretaría de Gestión y Empleo Público N.º 58/2022 (B.O. 04-04-2022), como momento obligatorio de regreso de los empleados de la Administración Pública a las tareas presenciales, a pesar de que ciertos cuidados y las consideraciones específicas de la enfermedad persisten.

que configuraron una situación jurídica específica y otros que fueron prórrogas o modificaciones del grupo anterior. Así, en ese plazo, se dictaron 34 decretos de necesidad y urgencia que configuraron situaciones jurídicas específicas y nuevas por sí mismos (primer grupo), y 60 que fueron prórrogas o modificaciones de los anteriores (segundo grupo)²⁶.

Del primer grupo (de los 34 decretos que configuraron situaciones jurídicas específicas y nuevas por sí mismos) se puede hacer la siguiente clasificación, en razón de su materia: 10 fueron estrictamente sanitarios²⁷, 12 trataron asuntos de fomento y subsidios²⁸, 8

26 Decretos Nros. 287/2020 (B.O. 18/03/2020), 313/2020 (B.O. 27/03/2020), 316/2020 (B.O. 28/03/2020), 325/2020 (B.O. 31/03/2020), 346/2020 (B.O. 06/04/2020), 355/2020 (B.O. 11/04/2020), 365/2020 (B.O. 11/04/2020), 408/2020 (B.O. 26/04/2020), 409/2020 (B.O. 26/04/2020), 426/2020 (B.O. 01/05/2020), 457/2020 (B.O. 11/05/2020), 487/2020 (B.O. 19/05/2020), 493/2020 (B.O. 25/05/2020), 520/2020 (B.O. 08/06/2020), 542/2020 (B.O. 18/06/2020), 543/2020 (B.O. 19/06/2020), 569/2020 (B.O. 27/06/2020), 576/2020 (B.O. 29/06/2020), 605/2020 (B.O. 18/07/2020), 621/2020 (B.O. 27/07/2020), 624/2020 (B.O. 29/07/2020), 634/2020 (B.O. 30/07/2020), 636/2020 (B.O. 31/07/2020), 754/2020 (B.O. 20/09/2020), 756/2020 (B.O. 20/09/2020), 761/2020 (B.O. 24/09/2020), 767/2020 (B.O. 25/09/2020), 833/2020 (B.O. 31/10/2020), 840/2020 (B.O. 04/11/2020), 875/2020 (B.O. 07/11/2020), 891/2020 (B.O. 16/11/2020), 945/2020 (B.O. 27/11/2020), 961/2020 (B.O. 30/11/2020), 966/2020 (B.O. 01/12/2020), 975/2020 (B.O. 06/12/2020), 1033/2020 (B.O. 21/12/2020), 39/2021 (B.O. 23/01/2021), 66/2021 (B.O. 30/01/2021), 67/2021 (B.O. 30/01/2021), 122/2021 (B.O. 22/02/2021), 125/2021 (B.O. 28/02/2021), 167/2021 (B.O. 11/03/2021), 168/2021 (B.O. 13/03/2021), 235/2021 (B.O. 08/04/2021), 241/2021 (B.O. 16/04/2021), 266/2021 (B.O. 22/04/2021), 334/2021 (B.O. 22/05/2021), 345/2021 (B.O. 28/05/2021), 381/2021 (B.O. 12/06/2021), 411/2021 (B.O. 26/06/2021), 413/2021 (B.O. 28/06/2021), 455/2021 (B.O. 09/07/2021), 489/2021 (B.O. 05/08/2021), 494/2021 (B.O. 07/08/2021), 622/2021 (B.O. 18/09/2021), 678/2021 (B.O. 01/10/2021), 809/2021 (B.O. 26/11/2021), 836/2021 (B.O. 09/12/2021), 867/2021 (B.O. 24/12/2021) y 886/2021 (B.O. 24/12/2021).

27 Decretos Nros. 260/2020 (B.O. 12/03/2020), 274/2020 (B.O. 16/03/2020), 297/2020 (B.O. 20/03/2020), 326/2020 (B.O. 31/03/2020), 367/2020 (B.O. 14/04/2020), 677/2020 (B.O. 16/08/2020), 792/2020 (B.O. 12/10/2020), 814/2020 (B.O. 26/10/2020), 287/2021 (B.O. 01/05/2021) y 431/2021 (B.O. 03/07/2021).

28 Decretos Nros. 311/2020 (B.O. 25/03/2020), 331/2020 (B.O.

buscaron evitar el agravamiento de vulnerabilidades²⁹, 4 trataron temas no vinculados a la pandemia³⁰.

Vale enfatizar que esta emisión de decretos de necesidad y urgencia se dio en un contexto que, en los hechos, no registra precedente similar en la ventana temporal posterior a la reforma constitucional de 1994.

Acá se puede ver que se da un contraste con la línea doctrinaria que acostumbra a recurrir al método empírico derivado del estudio de campo para obtener conclusiones de carácter probabilístico sobre decretos de necesidad y urgencia³¹.

En dichos estudios se pone en juicio que la habitualidad del dictado de decretos de necesidad y urgencia y su correlativo control defectuoso, es un inconveniente severo, por lo que se debilita la división de poderes y son prácticas contrarias a la atenuación del presidencialismo y de la consolidación del rol institucional del Congreso³².

01/04/2020), 332/2020 (B.O. 01/04/2020), 347/2020 (B.O. 06/04/2020), 547/2020 (B.O. 23/06/2020), 643/2020 (B.O. 05/08/2020), 1020/2020 (B.O. 17/12/2020), 234/2021 (B.O. 07/04/2021), 512/2021 (B.O. 13/08/2021), 725/2021 (B.O. 23/10/2021), 857/2021 (B.O. 17/12/2021) y 57/2022 (B.O. 31/01/2022).

29 Decretos Nros. 312/2020 (B.O. 25/03/2020), 319/2020 (B.O. 29/03/2020), 320/2020 (B.O. 29/03/2020), 329/2020 (B.O. 31/03/2020), 475/2021 (B.O. 19/07/2021), 512/2021 (B.O. 13/08/2021), 674/2021 (B.O. 30/09/2021) y 885/2021 (B.O. 24/12/2021).

30 Decretos Nros. 522/2020 (B.O. 09/06/2020), 690/2020 (B.O. 22/08/2020), 1036/2020 (B.O. 23/12/2020) y 412/2021. (B.O. 26/06/2021).

31 Véase Santiago, A. y otros, ídem.

32 Al respecto, se dice: “*En definitiva, el relevamiento y análisis efectuado en relación a la actuación de la Comisión Bicameral Permanente y las Cámaras del Congreso, evidencia que el régimen establecido por el artículo 24 de la Ley 26.122 particularmente en lo que refiere a los decretos de necesidad y urgencia, permite prácticas institucionales que pueden afectar los principios de división de poderes y de corrección funcional que informan todo el texto constitucional y están particularmente presentes en los arts. 1º, 29, 76 y 99, inc. 3º. Prácticas que también resultan en definitiva contrarias a los propósitos de atenuación del presidencialismo y de consolidación del rol institucional del Congreso que persiguió la reforma*

En esos desarrollos doctrinarios se sigue que los decretos de necesidad y urgencia con un débil control del Poder Legislativo son inconvenientes para el sistema jurídico en su conjunto. Sin embargo, es indudable que esa afirmación en sí misma y considerada en forma aislada es axiológicamente válida y nadie podría estar en desacuerdo.

Pero tal afirmación adolece de un sesgo de confirmación por utilizar impropriamente la estadística, al transformar las posibilidades combinatorias de sucesos en lenguaje probabilístico³³, cuando lo que parecería que busca realizar es un análisis de frecuencia, a partir del cual, se pueda inferir que, ante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, éste no seguiría el control que debería realizarse, por espíritu de la Ley N.º 26.122 o del propio texto de la Constitución.

Esencialmente, el problema estriba en que en un proceso de esa índole se analiza un suceso estadístico (control debido indebido según la Ley N.º 26.122) dependiente de otro suceso estadístico no observable (voluntad de los legisladores y voluntad del titular del Poder Ejecutivo), y por lo tanto, imposible de integrar un campo muestral.

Ante sucesos donde interviene la voluntad humana como determinante, siempre existe la probabilidad de que se actúe de manera alterna y el resultado no es producto del azar (como tirar un dado o una moneda) o de un comportamiento de un hecho de la naturaleza para obtener datos (la natalidad, la mortalidad, etc.). Sí se puede hacer estadística de probabilidades experimentales cu-

constitucional de 1994.” Ver Santiago (h), A., Veramendi, E, Castro Videla, S.M., y D’Acunti, P., en el informe denominado “La Comisión Bicameral Permanente de Control Legislativo: balance y reflexiones a doce años de su conformación”, publicado en archivo enlazado en el sitio <https://www.austral.edu.ar/escueladegobierno/2019/08/09/una-de-cada-cuatro-normas-fueron-decretos-de-necesidad-y-urgencia-dnu/>, último acceso, 28 de julio de 2022.

33 Al respecto, se lee, entre las conclusiones del informe de Santiago (h), A., Veramendi, E, Castro Videla, S.M., y D’Acunti, P. (2018), “*parece más probable obtener la aprobación por la Comisión y las Cámaras de un decreto delegado que de un decreto de necesidad y urgencia...*” (ídem, p. 6).

ando los casos sean idénticos entre sí, lo que no es predicable del análisis estocástico de los decretos de necesidad y urgencia sin ningún tipo de optimización, modulación o prospección previa³⁴, ya que éstos suponen, naturalmente y en esencia, una diferencia entre unos y otros.

Además, no menos importante y también como crítica del método estadístico utilizado, en la doctrina señalada, se excluyen de la perspectiva analítica, los incentivos generados por el mismo texto constitucional. De allí que las conclusiones críticas con respecto a la habitualidad del uso de los decretos de necesidad y urgencia parte de una mirada parcial (derivada de una decisión voluntaria o del error) o selectiva de las normas involucradas, para afirmar lo que se intuye que se debería afirmar, y así, conferir un resultado acientífico, cuando no, una afirmación con cierto *grado de creencia*, pero no con cierto *grado de certeza*.

Los análisis estadísticos sirven como muestra de una realidad, y como tales, pueden contener errores. Es algo propio de esa ciencia, la que, incluso, dispone de fórmulas para modelar el error y trabajar con fórmulas que contemplen márgenes aceptables. Pero no es lícito estadísticamente tomar como *caso posible* algo que no surgió como resultado de un experimento dado en un espacio muestral sino que derivó de la voluntad de las personas interviniendo, como son los decretos de necesidad y urgencia.

Eventualmente, se pueden estudiar conductas en base a parámetros psicológicos, políticos, jurídicos, económicos, sociológicos, etcétera; pero no es lícito científicamente estudiar ciertas conductas bajo criterios de experiencia estadística, si es que carecen de

34 Al respecto, Santaló dice “Tanto las probabilidades que pueden ser calculadas de antemano, como las que resulta como frecuencia de cierto proceso experimental, son probabilidades objetivas, que pueden expresarse en números y ser sometidas al cálculo matemático. Son las únicas de que trata el cálculo de probabilidades. Hay otros casos, sin embargo, en que la palabra ‘probabilidad’ se usa en un sentido menos preciso, casos en que, si bien es posible una evaluación más o menos grosera de la misma, no se pueden dar reglas para su determinación precisa, y por lo tanto escapa al tratamiento matemático. Se trata, más bien, de un ‘grado de creencia’ acerca de que tenga o no lugar un determinado hecho... Todos estos problemas quedan fuera de la teoría de las probabilidades en el sentido usual.” Santaló, L. A., Probabilidad e inferencia estadística, Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, Universidad de Buenos Aires, 1975, págs. 9 a 10.

condiciones analíticas válidas, porque eso está fuera de cualquier análisis matemático³⁵.

Ahora bien, incluso, yendo un poco más allá, si se tomara por válido el método científico de la referida literatura, las conclusiones del análisis dado para esta oportunidad tampoco concuerdan con esas afirmaciones de la doctrina ni con sus fundamentos, incluso, luego de optimizar las condiciones analíticas³⁶.

Véase que la utilización de decretos de necesidad y urgencia aparecía, para el plazo en estudio, en su enorme mayoría, necesaria por la velocidad del contagio. Es decir, sólo 4 decretos de necesidad y urgencia, el 4,55% del total de decretos dictados no tuvieron que ver con los objetivos de atender los problemas específicos derivados de la pandemia.

Por el contrario, el resto, es decir, el 95,45% de los decretos de necesidad y urgencia dictados, buscaban atender objetivos epidemiológicos, sanitarios y sociales³⁷.

Es por ello que esta escasa tasa de dictado de decretos de necesidad y urgencia amerita analizar cómo se dan y cómo evolucionan los incentivos políticos que pudieran motivar su dictado.

35 Santaló, L. A., ídem, pág. 13.

36 La optimización se da por agrupar los decretos de necesidad y urgencia en materias semejantes, de manera de comparar sucesos similares, así como por considerar los incentivos políticos del texto constitucional involucrado.

37 La ponderación se hace sobre el total de los decretos de necesidad y urgencia y no sobre el grupo donde se configuraron situaciones específicas y novedosas (primer grupo de 34 decretos de necesidad y urgencia), ya que siempre es posible dictar una ley y evitar las prórrogas, de manera que lo analizable es el grupo como un todo, porque lo que se quiere significar jurídicamente es la índole de la habitualidad, que es lo que se critica por alguna doctrina. Esta es la razón por lo que no sería correcto metodológicamente seccionar el primer grupo referenciado, porque incluso, así es posible comparar las diferentes líneas analíticas.

VI. Los incentivos políticos de dictar decretos de necesidad y urgencia

Es posible afirmar que un decreto de necesidad y urgencia se emite (en situaciones de regularidad) porque es el instrumento que permite alinear los incentivos políticos involucrados y actuar con racionalidad política ante la urgencia, por lo que se refiere a continuación.

Ante la aparición de la necesidad de contar con una disposición legislativa de manera urgente, no existe un incentivo a que el Poder Legislativo sesione y emita una ley. Por su parte, quien dispone de la herramienta para descomprimir la presión política es el Poder Ejecutivo, el que, por ese mismo motivo, es quien se encuentra señalado para actuar. Ello ocurre a su vez, porque el ámbito de actuación política y la asignación unipersonal de la titularidad del Poder Ejecutivo, diseñado por los institutos constitucionales, es proclive a dar preeminencia al Poder Ejecutivo, antes que a otros poderes. Esto no es una invención de nuestra Constitución, sino que la asignación de la responsabilidad del poder en una sola persona es un rasgo característico de los modos de la gubernamentalidad de los países occidentales³⁸.

De esta manera, se puede ver que: i) el Poder Ejecutivo ocupa la centralidad política del diseño institucional, a partir de lo cual, si la medida necesaria y urgente no se dicta, el costo político lo asume exclusivamente el Poder Ejecutivo; ii) el procedimiento constitucional para resolver cuestiones necesarias y urgentes fue asignado al Poder Ejecutivo.

Por ello, desde luego que será el Poder Ejecutivo quien esté motivado negativamente (dicho de otra forma, motivado a actuar *por las consecuencias negativas de no hacerlo*) a dictar decretos de necesidad y urgencia, siendo que, en nuestro régimen constitucional, nadie más que el titular del Poder Ejecutivo asume el costo o el beneficio de tomar una decisión urgente, cuando no sea posible

seguir el procedimiento de sanción de las leyes.

Además, otra motivación, aunque de carácter positivo (es decir, motivado *por las buenas consecuencias, a su favor, de hacerlo*), se puede describir del siguiente modo: el dictado de decretos de necesidad y urgencia es una forma de concentrar en una persona, muy excepcionalmente y para casos muy específicos, la emisión de disposiciones de carácter legislativo y de su consecuente y posterior ejecución (la que radica en el Poder Ejecutivo). Entonces, por esos momentos excepcionales, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se hacen uno, lo que tanto intentaron evitar los teóricos del republicanismo. El Poder Judicial, por momentos, aparece con una sentencia y en el contexto de un caso, a indicar que ese decreto de necesidad y urgencia cumplió o no con el régimen jurídico aplicable.

De ello se puede observar, que estas mismas motivaciones, aunque con los efectos que pudieran ser propios, se traslada al Poder Judicial: el Poder Judicial, al emitir una sentencia -naturalmente- sin la legitimación propia del debate parlamentario y del proceso de construcción del poder de legislar a través de normas del Congreso, debe reemplazar en las decisiones del Poder Ejecutivo a lo largo del juicio de la medida analizada, receptando o rechazando las motivaciones que pudieran haber existido originariamente. Es decir, el Poder Judicial *hereda* los incentivos que pesaron en el Poder Ejecutivo al dictar el decreto de necesidad y urgencia, y consecuentemente, emite una sentencia, aunque asumirá esa *herencia* y resolverá con otras motivaciones propias de su ubicación institucional, enfocando el tema desde otra perspectiva y en base a otro campo científico-jurídico, para lograr el mismo u otros resultados. De coincidir las motivaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, el decreto será declarado legítimo en sede judicial.

La identificación de motivaciones lleva a que coincidan los costos políticos de la decisión: la motivación a dictar un decreto de necesidad y urgencia tiene un porqué, naturalmente, a los fines de evitar un costo u obtener un rédito de algún tipo (en suma, acumular capital en cualquiera de las formas que éste pudiera adoptar -político, jurídico, econó-

38 Foucault, M., *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France: 1977-1978*, 1ª ed. 5ª reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016. Ver Clases del 15 de febrero de 1978, pp. 161 y ss., y del 22 de febrero de 1978, pp. 191 y ss.

mico, simbólico, etc.-). Ahora, ello sólo podrá ocurrir en los límites que establezca el régimen jurídico aplicable.³⁹

Entonces, dentro de ese régimen jurídico aplicable, se podrá tomar una decisión en base a motivaciones, a los fines de evitar un costo político u obtener un rédito. Eventualmente, ese costo o rédito podrá ser repartido o compartido con el Poder Judicial al momento en que éste intervenga en una causa, pero ello no siempre ocurre, y si ocurre, se da con una distancia temporal a partir de la cual y por lo general, se ha aplacado la urgencia del dictado de la disposición legislativa, por el solo hecho del paso del tiempo.

Si el riesgo de esa decisión recayera sobre el Poder Legislativo, es probable que el Congreso tome intervención al respecto (pero esto no existe en nuestro sistema).

Así las cosas, hay incentivos positivos y negativos a que intervenga el Poder Ejecutivo, y para morigerarlos, es necesario, en primer lugar, desarticular, desarmar, deconstruir la figura y el rol del Poder Ejecutivo y volverlos a armar en otro diseño institucional, ajustando y asignando los incentivos hacia otros actores institucionales.

Por eso, no es correcto indicar que, en este diseño institucional haya un abuso de la figura, porque todos los incentivos están alineados para que el Poder Ejecutivo asuma todo el riesgo jurídico y político, e incluso, es correcto que lo haga si la situación de hecho así lo requiere. Entonces, si el riesgo es asumido, sobre todo, por uno de los Poderes, no se puede advertir que haya un problema de habitualidad o de debilitamiento del sistema republicano, más aún, cuando es posible el control judicial posterior.

A partir de la práctica legislativa y judicial, se puede ver que no se debilitó el sistema republicano por el dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Esa afirmación que se hace desde las posturas críticas surge más como una doxa, que como una certeza.

Sí se puede decir, que detrás del dictado de un decreto de ne-

³⁹ Este razonamiento es posible que fundamente la afirmación de que las intervenciones jurídicas dispongan de un derecho de veto.

cesidad y urgencia subsisten los problemas de la falta de representatividad y de ruptura del republicanismo y del federalismo, aunque ello es inherente a la forma actual que tiene el instituto. Ambos inconvenientes los acaban absorbiendo el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, aunque la Constitución Nacional no da otra salida ante la necesidad y la urgencia, cuando no se puede seguir el trámite legislativo.

Esto da cuenta de que los inconvenientes que pudieron haber verificado algunos autores en la antigüedad, pudieron haber existido en otras épocas, pero parecería que ya no se dan y tales argumentos han perimido.

Del análisis del período analizado signado por la pandemia y de otros períodos previos en consideración a la actividad parlamentaria a la que fueron sometidos en la actualidad, parecería que el uso de decretos de necesidad y urgencia tiene otras formas y admite otras conclusiones diferentes a la de los autores de tiempos pasados, que son las siguientes.

Se puede afirmar que las medidas pudieron ser plenamente tratadas en el ámbito del Congreso y que el trámite de la Ley N° 26.122 es algo corriente hoy en día.

Se puede afirmar que con los decretos de necesidad y urgencia no se eludió el control judicial, ya que siempre que el Poder Judicial intentó el control, se logró adecuadamente, tanto por cautelares como por acciones sobre el fondo⁴⁰.

La producción no fue muy prolífica y se respetó el principio de excepcionalidad. Se puede afirmar que no se abusó de la figura.

Existió un notable cumplimiento de las condiciones de validez que fueron labradas por la Constitución y la jurisprudencia. De hecho, casi todo el sistema jurídico construido por los decretos se

⁴⁰ Con cierta anticipación a como ocurrió posteriormente en la jurisprudencia, en el año 1996 y al poco tiempo del reconocimiento judicial de los decretos de necesidad y urgencia, Sammartino señalaba la plenitud revisora por conducto del amparo. En particular, decía que es admisible el control del "estado de necesidad", de la razonabilidad, del procedimiento y de la competencia de los decretos de necesidad y urgencia, a través de la acción de amparo. Al respecto, ampliar en Sammartino, *ídem*, págs. 359 a 364.

mantuvo vigente.

Los decretos de necesidad y urgencia se dictaron cuando el objeto de las normas se alineaba con los incentivos políticos para hacerlo.

Los controles son diferentes para los decretos de necesidad y urgencia que acarrear una hipótesis de conflicto de aquellos que se podrían llamar como *no conflictivos*, que son aquellos que trajeron aparejado un *caso, causa o controversia*: unos deben pasar por el control judicial, que parecería que sería más severo que el control del Congreso Nacional.

El dictado de decretos de necesidad y urgencia que no cumplen condiciones sociojurídicas válidas de producción, más allá de respetar las normas y la jurisprudencia, pueden acarrear un riesgo político apalancado, por lo que el incentivo a arriesgarse a tomar una medida del estilo, se reduce.

VII. En conclusión

Los decretos de necesidad y urgencia aparecieron como una herramienta de gobiernos que concentraban poder, y posteriormente, como una herramienta útil ante asuntos urgentes, como lo pensaron los constituyentes en 1994.

Con el paso del tiempo, de la reforma constitucional y de la jurisprudencia, el Poder Ejecutivo asumió una tendencia a dictar decretos válidos, ya que el diseño de la Constitución de 1994 generaba los incentivos necesarios para hacerlo así.

Los incentivos a tomar medidas súbitas recaen eminentemente en el Poder Ejecutivo y, además, no se distribuye el riesgo político de tomar una decisión urgente, por lo que no es posible decir que, si éstos se emiten válidamente, exista un abuso de la figura o haya un problema de habitualidad, ya que no existe un mecanismo alternativo para resolver cuestiones como lo permiten los decretos de necesidad y urgencia.

Desde luego, es posible pensar en que los decretos de necesidad y urgencia son una herramienta a través de la cual se administra mucho riesgo sin las protecciones y seguridades que da una

ley⁴¹, lo que complejiza la consecuente actividad administrativa y judicial. De allí que esta figura aparezca siempre tan interesante y la jurisprudencia, novedosa.

41 Téngase presente la afirmación de Locke sobre el poder político y las leyes: "...el poder político consiste en el derecho de hacer leyes (...) y de emplear la fuerza del común en la ejecución de tales leyes (...)" Locke, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Ediciones Libertador, 1^o Edición, Buenos Aires, 2009, pto. 3. De este postulado es que los teóricos intentaron sus esfuerzos en dividir el poder, siendo que los decretos de necesidad y urgencia, vuelven a juntarlo, aunque sea, excepcionalmente y con diferentes controles posteriores. A todo evento, para realizarlo, el decisor efectúa ponderaciones y se sale de los procedimientos específicos, lo que acarrea consecuencias de difícil estimación.

